

En analyse av kontrollkommisjonene som rettssikkerhetsgaranti ved bruk av tvang i psykisk helsevern

Kandidatnummer: 188362

Veileder: Bjørn Henning Østenstad

Antall ord: 37500



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[22.5.2014]

1	Innledning.....	6
1.1	Problemstilling.....	6
1.2	Aktualitet.....	7
1.3	Fremstillingen videre.....	8
2	Kontrollkommisjonens oppgaver, sammensetning, historikk og kritikk.....	9
2.1	Kontrollkommisjonens oppgaver – en oversikt.....	9
2.2	Sammensetning.....	10
2.3	Historikk og kritikk.....	11
3	Metode.....	12
3.1	Den rettsdogmatiske analysen.....	12
3.2	Den rettspolitiske analysen.....	14
4	Verdier og hensyn.....	15
5	Kort om materielle vilkår og prosessuelle regler.....	17
5.1	Materielle vilkår.....	17
5.2	Prosessuelle regler.....	18
5.2.1	Innledning.....	18
5.2.2	Etablering av tvungent psykisk helsevern (herunder også tvungen observasjon).....	19
5.2.3	Pasientens rett til representasjon, veiledning, underretning og til å uttale seg.....	19
5.2.4	Formelle krav.....	20
5.2.5	Klageadgang.....	20
5.2.6	Klagefrister.....	20
5.2.7	Formelle krav til klage.....	20
6	Saksbehandlingen for kontrollkommisjonen.....	21
6.1	Innledning.....	21
6.2	Saksbehandlingen i klagesaker hvor § 6-4 får anvendelse.....	21
6.3	Saksbehandlingen i klagesaker hvor § 6-4 ikke får anvendelse.....	23
6.4	Saksbehandlingen ved etterprøving av vedtak uten klage.....	24
6.4.1	Dokumentkontrollen.....	24
6.4.2	3-månederskontrollen.....	24
6.4.3	1-årskontrollen.....	25
6.4.4	Annen etterprøving uten klage.....	25
7	Velferdskontrollen.....	26
8	Nærmere om enkelte særlige spørsmål.....	28
8.1	Krav til å gi skriftlig uttrykk for klage.....	28

8.2	Begrensninger i pasientens rett til opplysninger og til å være til stede i møte	30
8.3	«Tilsvarende klage»	33
8.4	Inhabilitet og inhabilitetslignende forhold.....	34
8.4.1	Innledning.....	34
8.4.2	Domstoloven kap. 6.....	35
8.4.2.1	Innledning.....	35
8.4.2.2	§ 106.....	36
8.4.2.3	§ 108.....	36
8.4.2.4	Ulik norm for kontrollkommisjonene?	38
8.4.3	Forholdet til EMK.....	39
8.4.3.1	Innledning.....	39
8.4.3.2	Avgjørelse av en domstol – særlig om kravet til upartiskhet	40
8.4.3.3	Overprøvingsordningen som helhet i forhold til artikkel 5	43
8.5	Varsel.....	43
8.5.1	Form	43
8.5.2	Innhold.....	45
8.6	Virkingen av feil.....	46
8.6.1	Dokumentkontrollen	46
8.6.1.1	Innledning.....	46
8.6.1.2	Forholdet til fvl § 41	46
8.6.1.3	Terskelen for å kjenne vedtak etter psykisk helsevernloven ugyldig.....	49
8.6.1.4	Typetilfeller.....	54
8.6.1.5	Alternative reaksjoner?	55
8.6.2	Individuell plan	55
9	Komparasjon.....	56
9.1	Innledning.....	56
9.2	Utvalg.....	57
9.3	Dansk rett	58
9.3.1	Innledning.....	58
9.3.2	Oversikt over kontrollordningen	58
9.3.3	Tilgjengelighet	59
9.3.4	Hurtighet	60
9.3.5	Faglig kompetanse.....	60
9.3.6	Saksbehandlingen.....	61

9.3.6.1	Likhet	61
9.3.6.2	Kontradiksjon.....	61
9.3.6.3	Uavhengighet og upartiskhet	62
9.4	Irsk rett	62
9.4.1	Innledning.....	62
9.4.2	Oversikt over kontrollordningen	62
9.4.3	Tilgjengelighet	63
9.4.4	Hurtighet	64
9.4.5	Faglig kompetanse.....	64
9.4.6	Saksbehandlingen.....	65
9.4.6.1	Likhet	65
9.4.6.2	Kontradiksjon.....	65
9.4.6.3	Uavhengighet og upartiskhet	65
9.5	Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker	66
9.5.1	Innledning.....	66
9.5.2	Oversikt over ordningen.....	66
9.5.3	Hurtighet	67
9.5.4	Faglig kompetanse.....	67
9.5.5	Likhet	68
9.5.6	Uavhengighet og upartiskhet	68
9.6	Kontrollordningen ved vedtak om behandling uten eget samtykke.....	68
10	Diskusjon	69
10.1	Innledning.....	69
10.2	Vurdering av kontrollkomisjonene som rettssikkerhetsgaranti.....	69
10.2.1	Tilgjengelighet	69
10.2.2	Hurtighet	70
10.2.3	Faglig kompetanse.....	72
10.2.4	Saksbehandling.....	73
10.2.4.1	Likhet	73
10.2.4.2	Kontradiksjon.....	74
10.2.4.3	Uavhengighet og upartiskhet	75
10.2.5	Velferdskontrollen.....	76
10.3	Forslag til endringer.....	76
10.3.1	Kontrollkomisjoner eller fylkesnemnder.....	76

10.3.2	Endringer i kontrollkommisjonsordningen.....	78
10.3.3	Generelle endringer	78
11	Kilder.....	81
	Litteratur.....	81
	Websider	81
	Offentlige publikasjoner (herunder rundskriv)	81
	Norge	81
	Danmark	82
	Irland.....	82
	Internasjonalt	82
	Lover og forskrifter	82
	Norge	82
	Danmark	83
	Irland.....	83
	Forarbeider (herunder høringsuttalelser)	83
	Norge	83
	Danmark	84
	Dommer (herunder kjennelser og beslutninger)	84
	Norge	84
	EMD	84
	England	85

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Denne avhandlingen søker å klarlegge reglene for kontrollkommisjonens virksomhet, og belyse hvorvidt kontrollkommisjonsordningen ivaretar rettssikkerheten til pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern på en tilfredsstillende måte. Fremstillingen har altså både en rettsdogmatisk og en rettspolitisk komponent. Den rettsdogmatiske fremstillingen vil danne en nødvendig basis for de rettspolitiske vurderingene.

Begrepet «rettssikkerhet» har vært brukt både som et krav til rettsriktige avgjørelser og som krav til avgjørelsens innhold.¹ Da tema for avhandlingen er de prosessuelle reglene forstås begrepet her i førstnevnte betydning. Mer presist, et krav til at enkeltindivider skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samt være i stand til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.² De prosessuelle reglene som skal ivareta disse formålene kan en kalle *rettssikkerhetsgarantier*. Hvilke verdier som hører inn under rettssikkerhetsbegrepet behandles nærmere under punkt 4.

Tvangsbegrepet har heller ikke noe entydig innhold. I denne avhandlingen forstås det, i tråd med definisjonen i psykisk helsevernloven (phvl) § 1-2, som inngrep uten samtykke. Noen sondring mellom ulike former for samtykke synes ikke nødvendig i denne sammenhengen. Det er imidlertid grunn til å bemerke at for barn under 16 år etableres psykisk helsevern alltid med foreldres samtykke, jf. phvl § 2-1, jf. pasient- og brukerrettighetsloven (pasrl) § 4-4 første ledd.³ Dette er altså ikke tvang i lovens forstand, men denne distinksjonen kan nok for mange av barna det gjelder fremstå som ubetydelig. Jeg har derfor inkludert en kortfattet fremstilling av kontrollkommisjonens rolle overfor også disse pasientene.⁴ Spørsmålet om kontrollkommisjonen er en tilfredsstillende rettssikkerhetsgaranti for barn under 16 år fordrer imidlertid svar på hvilke rettigheter denne gruppen faktisk i utgangspunktet har. Dette beror på vurderinger av modenhet og avveininger mellom barns autonomi og foreldremyndighet som fortjener betydelig mer oppmerksomhet enn det vil være rom for her. Jeg har derfor valgt å begrense fremstillingen på dette punktet til det rent deskriptive.

Hva som er *tilfredsstillende* er selvfølgelig også en relativ norm. Et rettssystem vil aldri kunne være ufeilbarlig. Videre vil hensynet til rettssikkerhet alltid måtte avveies mot blant annet hensynet til effektivitet og rettsøkonomi. Tidvis vil også administrative og økonomiske utfordringer være ukjente størrelser som må fastlegges ved hjelp av nettopp administrativ og økonomisk ekspertise. Dette lar seg ikke gjøre innen rammen av denne avhandlingen. Det eksisterer for øvrig intet absolutt fasitsvar på hva som er den riktige balanseringen av disse hensynene. De rettspolitiske konklusjonene i denne avhandlingen baserer seg naturligvis på verdier og prinsipper som eksisterer i rettssystemet, men den endelige avveiningen vil nødvendigvis være farget av mitt eget verdisyn. Hvor det avdekkes

¹ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, Oslo 2012 s. 113

² Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010 s. 58.

³ Dersom barneverntjenesten har overtatt omsorgen for barnet er det denne som har samtykkekompetansen, jf. pasrl § 4-4 tredje ledd.

⁴ Etter § 2-1 annet ledd skal spørsmålet bringes inn for kontrollkommisjonen dersom det igangsettes undersøkelse eller behandling med opphold i institusjon overfor barn over 12 år som er uenig i tiltaket. Kontrollkommisjonens prøving etter denne bestemmelsen behandles kort under punkt 6.1.3.4.

svakheter ved pasientenes rettssikkerhet vil jeg imidlertid forsøke også å peke på de utfordringer en vil stå ovenfor ved å utbedre forholdet.

1.2 Aktualitet

Økt grad av frivillighet i psykisk helsevern er en politisk ambisjon, sist nedfelt i Helse- og omsorgsdepartementets *Nasjonal strategi for økt frivillighet i psykiske helsetjenester*.⁵ En rekke faktorer vil ha betydning for omfanget av tvang i psykisk helsevern. De materielle vilkårene for bruk av tvang vil utgjøre en ramme. Hvilke forhold som rettferdiggjør bruk av inngripende tiltak overfor psykiatriske pasienter er et politisk og psykiatrifaglig spørsmål som faller utenfor denne avhandlingen. Når de materielle reglene er gitt vil den faglige kompetansen blant aktørene i helsetjenesten og effektiviteten av kontrollordningene være av avgjørende betydning for at bruken av tvang begrenses mest mulig innenfor denne rammen. Det er kontrollordningens effektivitet som er tema for denne avhandlingen.

Grunn til å stille spørsmål ved ordningens effektivitet aktualiseres av Helsedirektoratets rapport av 2013.⁶ Denne beskriver for det første store regionale forskjeller i bruken av tvang. I Helse Midt-Norge blir det for eksempel fattet 58 vedtak om tvungent psykisk helsevern per 100 000 innbyggere mot 110 vedtak i Helse Vest.⁷ Bryter en tallene ned på mindre regioner blir forskjellene enda større. I region Nord-Trøndelag fattes 32 vedtak om tvungent psykisk helsevern per 100 000 innbyggere mot 209 i region Sørlandet. Hva gjelder vedtak om tvungen observasjon utmerker region Østfold seg med nesten 3 ganger så mange vedtak som nummer 2 på listen (Helse Bergen), og over 11 ganger flere enn Nord-Trøndelag som treffer færrest slike vedtak.⁸ Det er nærliggende å anta at forskjellene til dels er et resultat av ulik forekomst av psykiske lidelser, ulikt tjenestetilbud utenfor institusjon og ulike holdninger til psykiske lidelser i befolkningen. Rapporten konkluderer imidlertid med at forskjellene er så store at de neppe kan forklares utelukkende med disse faktorene.⁹ En står da igjen med ulike holdninger til bruk av tvang innen spesialisthelsetjenesten – det direktoratet beskriver som behandlingsskulturen. Slike variasjoner i praktiseringen av reglene er klart et rettssikkerhetsmessig problem som illustrerer behovet for effektive kontrollmekanismer.

Indikasjoner på ulik praksis kan en for øvrig også finne mellom kontrollkommissjonene. Helsedirektoratet pekte i sin evaluering av ordningen særlig på variasjoner i kvaliteten på vedtakene, ulik forståelse av hvilke formelle feil som skal lede til ugyldighet og usikkerhet vedrørende vurderingstemaet ved klage på overføring etter phvl § 4-10.¹⁰

Også FNs Menneskerettighetskommissjon uttrykte i sin rapport av november 2011 bekymring angående bruken av tvang i norsk psykisk helsevern.¹¹ Det vises særlig til kontrollkommissjonens evne til å overvåke de enkelte institusjonene. I rapportens punkt 10 står følgende:

⁵ Helse- og omsorgsdepartementet, *Bedre kvalitet – økt frivillighet. Nasjonal Strategi for økt frivillighet i psykiske helsetjenester (2012-2015)*

⁶ Helsedirektoratet, *Bruk av tvang i psykisk helsevern for voksne i 2012*. IS-0410/2013

⁷ Figur 3.1 s. 39

⁸ *Ibid*

⁹ s. 39

¹⁰ Helsedirektoratet, *Evaluering av kontrollkommissjonene i psykisk helsevern*. IS-1338/2006 s. 101 og 102

¹¹ UN Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant*, 18. November 2011 s. 3.

«The Committee is concerned at reports of excessive use of coercive force on psychiatric patients and the poor mechanisms of the Control Commissions for monitoring mental health-care institutions. »

1.3 Fremstillingen videre

En presentasjon av kontrollkommisjonens oppgaver, dens sammensetning, samt historikk og kritikk følger under punkt 2.

Punkt 3 gjør rede for metodiske spørsmål som gjør seg gjeldende. Under punkt 4 følger en fremstilling av sentrale verdier og hensyn.

De materielle reglene er ikke tema for denne avhandlingen, men jeg vil under punkt 5.1 peke på enkelte trekk ved disse reglene som får betydning for vurderingen av de prosessuelle reglene. Under punkt 5.2 følger en oversikt over prosessuelle regler som ikke spesifikt retter seg mot kontrollkommisjonens virksomhet, og som derfor kun undergis en kortfattet behandling.

Reglene om saksbehandlingen for kontrollkommisjonen er av særlig interesse for det foreliggende spørsmålet. En fremstilling av disse reglene følger under punkt 6.

Punkt 7 inneholder en redegjørelse for reglene om kontrollkommisjonens kontroll- og tilsynsvirksomhet – det som typisk betegnes som velferdskontrollen.

Punkt 8 inneholder en mer utførlig behandling av enkelte utvalgte spørsmål.

Under punkt 9 følger en fremstilling av reguleringen i Dansk og Irsk rett med særlig fokus på områder hvor det er identifisert forbedringspotensial ved den norske ordningen. Videre vil det også ses hen til ordningen med fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker her i Norge.

Ved tvungen legeundersøkelse etter psykisk helsevernloven § 3-1 annet ledd og behandling uten eget samtykke etter § 4-4 er Fylkesmannen kontrollinstans. Da tema for denne avhandlingen er kontrollkommisjonens funksjon som rettssikkerhetsgaranti blir ikke disse reglene analysert her. Det har imidlertid vært tatt til orde for at samme organ bør behandle klager over alle vedtak etter loven.¹² Rettmessigheten av behandling uten pasientens samtykke er så sentralt for pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern at det vil være naturlig å behandle spørsmålet om samme organ bør ha kontrollansvar også i forhold til disse inngrepene. En kort fremstilling av Fylkesmannen som overprøvingsorgan for vedtak om behandling uten pasientens samtykke gis derfor under punkt 9.6.

På bakgrunn av denne fremstillingen vil det under punkt 10.2 foretas en vurdering av dagens ordning knyttet opp mot de verdiene som er identifisert under punkt 4. Endelig følger en diskusjon om potensielle endringer under punkt 10.3.

¹² NOU 2011: 9, *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet - Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern*, s. 212-213

2 Kontrollkommisjonens oppgaver, sammensetning, historikk og kritikk

2.1 Kontrollkommisjonens oppgaver – en oversikt

Kontrollkommisjonens virksomhet er regulert i psykisk helsevernloven § 6-1. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

«Hvor noen er under psykisk helsevern etter loven her, skal det være en kontrollkommisjon som etter nærmere regler gitt av departementet treffer de avgjørelser som særlig er tillagt den.»

Kontrollkommisjonen skal for det første behandle klager over nærmere bestemte avgjørelser etter psykisk helsevernloven. Disse er:

- Klage over vedtak om etablering av tvungen observasjon, jf. § 3-2 fjerde ledd.
- Klage over vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern, jf. § 3-3 tredje ledd.
- Klage over vedtak om opprettholdelse eller opphør av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, jf. § 3-7 fjerde ledd.
- Klage over etablering av psykisk helsevern for barn som har fylt 12 år hvor barnet er uenig i tiltaket, jf. § 2-1 annet ledd.
- Klage over begjæring om samtykke til å være underlagt tvungent psykisk helsevern i 3 uker, jf. § 2-2 fjerde ledd.
- Klage over vedtak om skjerming, jf. § 4-3 tredje ledd.
- Klage over vedtak om restriksjoner i forbindelse med omverdenen, jf. § 4-5 femte ledd.
- Klage over vedtak om undersøkelse av rom og eiendeler samt kroppsvisitasjon, jf. § 4-6 tredje ledd.
- Klage over vedtak om beslag, jf. § 4-7 annet ledd.
- Klage over vedtak om urinprøve, jf. § 4-7 a annet ledd.
- Klage over vedtak om bruk av tvangsmidler i institusjon for døgnopphold, jf. § 4-8 femte ledd.
- Klage over vedtak om overføring uten samtykke, jf. § 4-10 annet ledd og § 5-4 første ledd.
- Klage over vedtak om sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger, jf. §§ 4A-4 fjerde ledd, 4A-6 syvende ledd og 4A-6a femte ledd.
- Klage over vedtak om særskilte sikkerhetstiltak i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå, jf. §§ 4A-8 fjerde ledd og 4A-13 tredje ledd.

Det bemerkes at kontrollkommisjonen ikke er klageinstans for vedtak om tvungen undersøkelse etter § 3-1 eller behandling uten samtykke etter § 4-4. For disse vedtakene er Fylkesmannen klageinstans, jf. § 3-1 tredje ledd og § 4-4 syvende ledd.

Kontrollkommisjonene er videre tillagt ansvar for av eget tiltak å etterprøve nærmere angitte vedtak etter loven. Disse er:

- Dokumentkontroll ved etablering av tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern, jf. § 3-8 første ledd.
- Vurdere om det er behov for tvungent psykisk helsevern når det har gått 3 måneder etter vedtaket samt kontrollere at det foreligger en individuell plan, jf. § 3-8 annet ledd.

Endelig må kontrollkommisjonen samtykke til forlengelse av tvungent psykisk helsevern ut over ett år dersom institusjonen søker om dette, jf. § 3-8 tredje ledd.

I tillegg til de oppgaver nevnt ovenfor skal kontrollkommisjonen etter § 6-1 annet ledd «i den utstrekning det er mulig (...) føre den kontroll den finner nødvendig for pasientenes velferd». Hva denne kontrollen innebærer er nærmere angitt i psykisk helsevernforskriften §§ 62 og 63.

Av § 62 første ledd går det frem at kontrollkommisjonen, med ett eller flere av dens medlemmer, minst en gang hver måned skal besøke institusjoner eller avdelinger som er godkjent for å ha ansvar for pasienter under tvungent psykisk helsevern med døgnopphold. I andre institusjoner og privat forpleining skal besøk skje minst 4 ganger årlig. Noen av besøkene bør skje uanmeldt.

Av § 63 følger nærmere bestemmelser om innholdet av kontrollen. Det fremgår at kontrollkommisjonen skal:

- Føre kontroll med bruken av restriktive tiltak.
- Gjennomgå protokollene om bruk av skjerming, behandling uten eget samtykke og tvangsmidler.
- Undersøke om det er husordensreglement ved institusjonen og påse at dette er i overensstemmelse med gjeldende lovgivning.
- Gi pasientene anledning til å fremsette klager over vedtak etter psykisk helsevernloven, og ellers ta opp forhold av betydning for pasientens opphold ved institusjonen eller forpleiningsstedet. Pasienter innlagt etter forrige besøk skal få tilbud om samtale med kommisjonen. Kommisjonens medlemmer kan for øvrig så vidt mulig bistå pasientene med råd og hjelp.
- Varsle Fylkesmannen om alvorlige forhold ved institusjonen og ellers ta forholdet opp med institusjonens ledelse eller den faglig ansvarlige for vedtak.

2.2 Sammensetning

Det er i dag 56 kontrollkommisjoner i Norge.¹³ Hver av disse er tilknyttet en institusjon eller et geografisk område.

Phvl § 6-2 beskriver kontrollkommisjonens sammensetning. Første ledd slår fast at kommisjonen skal bestå av en jurist, en lege og to legmedlemmer, alle med personlige varamedlemmer. Juristen er kommisjonens leder og skal være kvalifisert til å gjøre tjeneste som dommer, jf. domstolloven (dl) §§ 53 og 54. En av de to sistnevnte skal selv ha vært under psykisk helsevern, vært nærstående til pasient eller ha representert pasientinteresser i stilling eller verv.

Annet ledd bestemmer at medlemmene oppnevnes for 4 år av gangen, og at et medlem kun kan gjenoppnevnes en gang. Oppnevningstiden ble ved vedtakelsen av psykisk helsevernloven redusert fra 6 år til 4 år for å unngå at kommisjonens medlemmer blir for «husvarme» og dermed undergraver pasientens rettssikkerhet.¹⁴

¹³ IS-0410/2013 s. 34

¹⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), *Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)*, s. 134

Tredje ledd slår fast at medlemmene skal være uavhengige av de institusjoner kommisjonen skal føre tilsyn med. Kommisjonens uavhengighet er ytterligere presisert i § 6-3.

2.3 Historikk og kritikk

Ordningen med kontrollkommisjoner ble innført ved sidsygeloven av 1848. Kommisjonene skulle føre tilsyn og kontroll med sinnssykeasylene, og avgjøre klager fra pasientene vedrørende innleggelse. Kommisjonens oppgaver utover klagebehandling omfattet formalkontroll ved innleggelse, kontroll med asyls bestyrelse og økonomi, andre forhold av betydning for pasientenes velferd, samt bruken av tvangsmidler.¹⁵

Ved lov om psykisk helsevern av 1961 ble ordningen videreført med enkelte endringer. Antallet medlemmer ble endret fra 3 til 4 og kravet til at en av disse skulle være jurist ble absolutt. Videre ble det i § 9 lovfestet mer utførlige saksbehandlingsregler.

Ordningen har i tiden mellom vedtagelsen av 1961-loven og lov om psykisk helsevern av 1999 ved flere anledninger vært gjenstand for kritikk. I St.meld. nr. 32 (1976-1977) pekte departementet på at kommisjonene satt på begrenset psykiatrisk kompetanse, et lavt antall klagesaker hvilket kunne tyde på at ordningen var lite tilgjengelig for pasientene og endelig at det var en fare for at kommisjonen ville identifisere seg med institusjonene.¹⁶

Georg Høyer foretok på 1980-tallet en analyse av rettssikkerheten ved tvungent psykisk helsevern med særlig vurdering av kontrollkommisjonsordningen.¹⁷ Høyer fant at tvangsinnlagte pasienter ikke hadde tilstrekkelige forutsetninger for å benytte seg av klageadgangen, og at dette i hvert fall til dels kunne forklares med manglende informasjon. Videre ble det at ulike kommisjoner hadde utviklet ulik praksis, at kommisjonene i liten grad tok opp saker på eget initiativ, samt manglende kompetanse i psykiatriske spørsmål fremhevet som svakheter ved ordningen.¹⁸

Også i NOU 1988 nr. 8 ble kontrollkommisjonsordningen gjenstand for kritikk. Utvalget mente for det første at ordningen med både kontrollansvar og et generelt tilsynsansvar innebar en fare for lojalitetsforhold mellom kommisjon og institusjon. Videre ble det pekt på at kontrollens effektivitet i stor grad blir personavhengig, og ville stå og falle på evne og vilje hos medlemmene. Det ble også fremhevet at når samme kommisjon med samme sammensetning får alle saker vedrørende den enkelte pasient blir muligheten for en «second opinion» betydelig redusert.¹⁹ Ordningen ble likevel foreslått opprettholdt, men disse svakheter skulle bøtes på ved å frigjøre kommisjonene fra et mer generelt tilsynsansvar, en sterkere formalisering av krav til saksbehandlingen og innføring av fylkesvise kommisjoner med varierende sammensetning fra sak til sak. Videre ble det foreslått at kommisjonen av eget tiltak skulle kontrollere vedtak om tvungent psykisk helsevern senest etter 2 måneder, samt at forlengelse av vern deretter måtte godkjennes av kommisjonen minst hvert annet år.²⁰

¹⁵ IS-1338/2006 s. 15

¹⁶ St.meld. nr. 32 (1976-1977) *Rettsikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner*, s. 59 og 60.

¹⁷ Georg Høyer, *Tvungent psykisk helsevern i Norge*, Tromsø 1986

¹⁸ Høyer s. 71 og 72

¹⁹ NOU 1988: 8, *Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke*, s. 162

²⁰ *Ibid*

Ved vedtagelsen av psykisk helsevernloven av 1999 fikk deler av kritikken gjennomslag, blant annet ved at oppnevningstiden ble redusert til 4 år, enda mer utførlige regler om saksbehandlingen, automatisk overprøving etter 3 måneder, samt en programbestemmelse om kommisjonenes uavhengighet. Ordningen med stedlige kommisjoner ble likevel opprettholdt da departementet vurderte det slik at fordelene med en lokal tilknytning oppveide de ovennevnte betenkelighetene.²¹

På oppdrag fra Helse- og sosialdepartementet foretok Helsedirektoratet i 2006 en evaluering av kontrollkommisjonene. Av rapporten fremgår det at kontrollkommisjonene etter direktoratets oppfatning på mange områder fungerer tilfredsstillende. Det vises til at kommisjonenes saksforberedelse i hovedsak fremstod ensartet og i overensstemmelse med regelverket, at klagen syntes godt opplyst gjennom dokumentasjon og muntlige forklaringer, at vedtak stort sett ble fattet innen 2 uker og at kommisjonene fremstår som relativt aktive når det gjelder å ta opp forhold med institusjonen på eget initiativ i forhold til tvangsmiddelbruk.²²

Det ble imidlertid også avdekket svakheter. Direktoratet viser til varierende kvalitet på skriftlige vedtak, ulik lovforståelse på enkelte punkter og et inntrykk av at kommisjonene synes å legge mindre arbeid i klager over skjermingsvedtak. Det ble også pekt på manglende kapasitet til velferdskontrollen og ulikt innhold av denne.²³

Også i NOU 2011: 9 ble kontrollkommisjonsordningen kritisert. Utvalget rettet for det første kritikk mot den praksis at dommere har bistillinger som kontrollkommisjonsledere. Dette fører potensielt til forsinkelser hvor lederen for kontrollkommisjonen fungerer som dommer ved den tingrett kontrollkommisjonens vedtak bringes inn for. Videre var det etter utvalgets oppfatning fortsatt varierende kvalitet på skriftlige vedtak og ulik lovforståelse mellom kommisjonene. At samme organ er tillagt både tilsyns- og kontrollfunksjon, samt at ikke samme organ har kontrollansvar i forhold til alle vedtak etter psykisk helsevernloven ble også kritisert.²⁴ Utvalget foreslo at all overprøving og klagebehandling som gjelder tvangsbruk etter psykisk helsevernloven legges til Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, og at de tilsynsoppgaver som i dag ivaretas av kontrollkommisjonene legges til et eget tilsynsorgan.²⁵

3 Metode

3.1 Den rettsdogmatiske analysen

I den rettsdogmatiske analysen vil lovtekst (herunder også forskrifter) og forarbeider være sentrale kilder. Om enkelte spørsmål foreligger også noe relevant rettspraksis, både fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Sistnevnte har fått særlig betydning ved at enkelte konvensjoner, herunder den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), er gitt særlig forrang i forhold til norsk lovgivning etter menneskerettsloven § 3, jf. § 2. Også andre internasjonale

²¹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 131

²² IS-1338/2006 s. 100

²³ *Ibid* s. 100 og 101

²⁴ NOU 2011: 9 s. 209 flg.

²⁵ *Ibid* s. 213 og 214

konvensjoner inneholder bestemmelser av betydning for psykiatriske pasienters rettsstilling, særlig FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP).^{26 27}

Dette er videre et rettsområde hvor det tradisjonelle norske legalitetsprinsippet vil utgjøre en skranke for forvaltningens kompetanse. Prinsippet har vært gjenstand for betydelig oppmerksomhet i juridisk litteratur og har ikke noe entydig innhold. For denne fremstillingen er det tilstrekkelig å benytte den tradisjonelle definisjonen av prinsippet, «et krav om at myndighetsutøvelse overfor borgerne må ha *hjemmel i lov*».^{28 29} Prinsippet stiller krav til forvaltningens hjemmel for dens materielle myndighetsutøvelse – i vår sammenheng vedtak om tvang overfor mennesker med psykiske lidelser. Da tema for denne avhandlingen ikke er grensene for forvaltningens materielle kompetanse etter psykisk helsevernloven, men kontrollkommisjonen og de prosessuelle reglens funksjon som rettssikkerhetsgarantier kommer ikke prinsippet direkte til anvendelse. De samme hensyn som tilsier et strengt hjemmelskrav på dette området understreker imidlertid også viktigheten av betryggende prosessuelle garantier. Dette vil være et viktig moment ved tolkingen av de prosessuelle reglene. Særlig hvor hjemmelen for inngrep er skjønnsmessig utformet, slik tilfellet ofte er etter psykisk helsevernloven, stiller det strenge krav til de øvrige rettssikkerhetsgarantiene.

Helsedirektoratet har søkt å klargjøre rettstilstanden på enkelte områder ved å publisere rundskriv til reglene i psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften. Rundskriv har i utgangspunktet liten selvstendig vekt som rettskilde, men de hensyn som trekkes frem vil ha betydning i kraft av sin argumentasjonsverdi. Videre vil rundskriv gi uttrykk for en sannsynlig forvaltningspraksis.

Bernt skriver at hvilken betydning forvaltningspraksis vil ha som rettskildefaktor særlig vil bero på organets art og rolle i forvaltningsapparatet, saksbehandlingen i de saker som påberopes som presedensskapende og rettsspørsmålets karakter.³⁰ Da det i denne avhandlingen ikke vil bli undersøkt forvaltningspraksis utover den (sannsynlige) som er uttrykt i rundskriv fra Direktoratet kommer ikke spørsmålet om de to første momentene på spissen. Av stor betydning for hvorvidt forvaltningspraksis kan tillegges vekt i denne sammenhengen blir om den taler for en tolkning til gunst eller ugunst for pasientene i forhold til en tolkning basert på de øvrige rettskildefaktorer. I sistnevnte tilfelle er det mindre grunn til å tillegge denne vekt.³¹ Hva gjelder forståelsen av

²⁶ EMK artikkel 5 og SP artikkel 9 slår begge fast individets vern mot vilkårlig frihetsberøvelse. Når det i denne avhandlingen fokuseres på EMK artikkel 5 er det fordi det foreligger betydelig mer praksis om forståelsen av denne bestemmelsen enn SP artikkel 9. Det er heller ingenting ved ordlyden i SP artikkel 9 som taler for at denne tilstår individet videre prosessuelle rettigheter enn EMK artikkel 5.

²⁷ FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) inneholder en rekke bestemmelser av betydning for mennesker med psykiske lidelser. I NOU 2011: 9 tok Hege Orefellen til orde for at eksistensen av de særlige tvangshjemler som finnes i psykisk helsevernloven er i strid med bestemmelser i denne konvensjonen. Temaet for denne avhandlingen er om kontrollkommisjonene ivaretar pasientenes rettssikkerhet på en tilfredsstillende måte gitt eksisterende materiell rett. Spørsmålet om de materielle reglene i psykisk helsevernloven er forenlig med CRPD faller således utenfor denne rammen.

²⁸ Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett Bind I*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 43

²⁹ For en redegjørelse av ulike sider ved legalitetsprinsippet og ulike formuleringer, se Eckhoff og Smith s. 361 flg. med henvisninger på s. 362 og Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007 s. 69 flg.

³⁰ Jan Fridthjof Bernt, «Rettskildebuk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebuk», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1989 s. 265 på s. 274

³¹ Tilsvarende synspunkter i Eckhoff og Smith s. 366, Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 131 og Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 234. Alle forfatterne uttaler seg om tolkingen av forvaltningens materielle kompetansegrunnlag. De samme synspunkter må imidlertid gjøre seg

prosessuelle regler, som har særlig interesse i denne avhandlingen, skriver Bernt følgende om spørsmålet:

«Vi befinner oss her i et spenningsfelt mellom hensynet til effektivitet og hensynet til partens individuelle rettssikkerhet, hvor forvaltningen lett vil oppleve at det påligger den en svært tung bevisbyrde hvis man vil hevde at effektivitetskrav nødvendiggjør en svekkelse av parters og andre berørtes prosessuelle rettigheter.»³²

Hensett til arten av de inngrep det dreier seg om etter psykisk helsevernloven vil et slikt synspunkt måtte stå særlig sterkt. Bernt skriver da også, riktignok formodentlig med henblikk på materielle regler, følgende:

«På noen saksområder, som tvangsinnlegg innen sosial- og helse retten, ligger det innebygget både i den alminnelige rettskultur og i de særlige regler om full domstolsoverprøving at forvaltningspraksis neppe vil bli forsøkt påberopt med særlig styrke som et selvstendig rettskildemessig argument.»³³

Uttalelser i rundskrivene om forståelsen av de prosessuelle reglene vil således i liten grad tillegges selvstendig vekt hvor de taler for en innskrenking av pasientenes prosessuelle garantier.

På flere områder gir ikke de autoritative kildene svar. Hvor en rettsregel ikke kan utledes utelukkende på bakgrunn av slike kilder vil løsningen måtte bero på en avveining av verdier – det som gjerne betegnes som reelle hensyn. Se nærmere om dette under punkt 4.

3.2 Den rettspolitiske analysen

Hva gjelder den rettspolitiske analysen vil de rettsdogmatiske konklusjonene danne utgangspunktet for vurderingen. Her vil det også være naturlig å se hen til statistikk som kan belyse hvordan ordningen fungerer. Erfaringer med ordningen og hvordan reglene praktiseres vil videre være sentrale momenter.

En gjennomgang av praksis fra kontrollkommisjonene ville også kunne være hensiktsmessig. Hensett til det store antallet kontrollkommisjoner vi har vil det imidlertid bli for omfattende å gjøre rede for et representativt utvalg innenfor rammen av en slik oppgave. Tidligere arbeider som inneholder slike analyser vil imidlertid være av verdi.

Den rettspolitiske analysen har også en komparativ komponent hvor det ses hen til hvordan pasientenes rettssikkerhet er søkt ivaretatt i Danmark og Irland, samt ordningen med fylkesnemnder for barnevern og sosiale saker. Her vil det være viktig å være bevisst på at disse alternative systemene eksisterer i en egen kontekst, og at graden av måloppnåelse kan bero på faktorer som ikke avdekkes av fremstillingen. Hensiktsmessigheten av alternative løsninger kan således ikke autoritativt slås fast basert på statistikk eller erfaringer, men vil måtte bero på en kvalitativ vurdering.

gjeldende også for forståelsen av prosessuelle regler. Innrettelseshensyn som sistnevnte forfatter trekker frem som et ytterligere argument for å opprettholde en praksis til gunst for den private part antas dog ikke å ha noen vesentlig betydning for tolkningen av prosessuelle regler.

³² Bernt, *Rettskildebruk for forskeren* s. 280

³³ *Ibid* s. 282

4 Verdier og hensyn

Psykisk helsevern er et rettsområde som kjennetegnes ved flere motstridende verdier. Reglene er ofte utslag av en balansering av hensynet til individets autonomi på den ene siden, og på den andre siden et ønske om å verne både individet selv og samfunnet for øvrig. Vanskelige avveininger oppstår særlig hvor det er spørsmål om det skal ytes helsehjelp overfor individer som motsetter seg dette, og som ikke utgjør en fare for andre. Den riktige balanseringen av disse hensyn er et rettspolitisk spørsmål som særlig får betydning for de materielle reglene, og som langt på vei skal få ligge i denne avhandlingen.

All den tid tema for avhandlingen er en analyse av kontrollkommisjonen som rettssikkerhetsgaranti er det særlig de verdiene en legger inn i rettssikkerhetsbegrepet som får betydning for drøftelsene. Innledningsvis definerte jeg rettssikkerhet som et krav til at enkeltindivider skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samt være i stand til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser. Større rettssikkerhet kan oppnås ved utforming av materielle, prosessuelle og personelle regler, samt ved etablering av klageorganer og domstolskontroll.³⁴ I denne avhandlingen er det klageorganet og de prosessuelle reglenes funksjon som er i fokus.

Som grunnleggende krav til ethvert forvaltningsvedtak trekker Bernt frem at det treffes av en person som er *upartisk og uhildet*, og at vurderingene som foretas skjer på et strengt *saklig grunnlag*. Videre peker han på et krav om at *saksbehandlingen* må være slik at det tilveiebringes et betryggende *beslutningsgrunnlag*. I tillegg fremhever han *hensynsfull og hurtig* saksbehandling som et selvstendig rettssikkerhetskrav.³⁵ Som en særlig variant av kravet til hensynsfull saksbehandling viser Bernt til et krav om å *unngå umyndiggjøring*. Borgeren skal informeres og gis anledning til å uttale seg som *part i saken*.³⁶ Det pekes i den sammenheng på at saksbehandlingen skal være *kontradiktorisk*, hvilket ikke bare innebærer et vern av borgerens rett til å bli behandlet skikkelig, men er også et element i den *kvalitetssikring* av beslutningsprosessen som ligger i kravet til saksbehandlingen.³⁷ Som et siste element i rettssikkerhetsbegrepet som er særlig relevant i vår sammenheng nevner Bernt *mulighet for effektiv kontroll og overprøving av avgjørelsen*.³⁸ Det er nettopp dette elementet kontrollkommisjonsordningen skal ivareta. De hensyn som er nevnt ovenfor gjør seg selvfølgelig gjeldende i like stor grad på dette stadiet av prosessen som ved førsteinstansvedtaket.

Eckhoff og Smith trekker i likhet med Bernt frem *uhildete beslutningstakere, kontradiktorisk og hensynsfull* saksbehandling og *mulighet for overprøving*, både innenfor forvaltningen selv og i siste instans for domstolene, som grunnleggende krav til et forvaltningsvedtak.³⁹ Disse forfatterne trekker også frem at svake parter ofte vil være avhengige av *gode veilednings- og rettshjelpsordninger* for å få fullt utbytte av de rettssikkerhetsgarantier som finnes. I forlengelsen av dette pekes det imidlertid på at dersom alle gis reell mulighet til å fremme sine interesser kan belastningen på systemet bli så stor at man kanskje må forenkle saksbehandling og klageordning.⁴⁰ Slik motstrid mellom verdier vil være viktig å ta hensyn til ved vurderingen av om kontrollkommisjonsordningen er tilfredsstillende

³⁴ Kjønstad og Syse s. 114

³⁵ Bernt og Rasmussen s. 47

³⁶ *Ibid* s. 48

³⁷ *Ibid*

³⁸ *Ibid*

³⁹ Eckhoff og Smith s. 59 og 60

⁴⁰ *Ibid* s. 60

som rettssikkerhetsgaranti. Som argument mot å legge innleggelseskompetansen til domstolene kan det for eksempel anføres at en slik prosess i mange tilfeller vil utgjøre en ytterligere belastning i en ellers vanskelig situasjon, særlig fordi pasienten vil måtte transporteres ut av institusjon for å delta i møtet. Bestemmelser som gir adgang til å nekte pasienten innsyn i saksopplysninger av hensyn til egen helse er også utslag av en avveining mellom hensynet til pasienten selv og dennes rettssikkerhet.

I forbindelse med kravet til regelbinding peker Eckhoff og Smith også på hensynet til *formell likhet*, i den forstand at alle som dekkes av samme regel skal behandles likt.⁴¹ Dette er en viktig verdi som fordrer betryggende saksbehandlingsregler, særlig hvor de materielle reglene er skjønnsmessig utformet.

Paulsrudutvalget fremhever i NOU 2011:9 følgende forhold som særlig viktig for en kontroll- og overprøvingsordning:

- «- oversiktighet og tilgjengelighet for pasienten
- kort tid fra klage til overprøving
- riktig kompetanse og gode kvalifikasjoner hos kontrollinstansen
- forsvarlig og likeverdig saksbehandling
- forsvarlige og effektive administrative rutiner
- betryggende rutiner for kvalitetssikring av kontrollordningen»⁴²

Dette er synspunkter jeg kan slutte meg til. Da utvalget omtaler kontrollordninger mer generelt, mens tema for denne avhandlingen er den mer spesifikke kontrollkommisjonsordningen har jeg likevel valgt en noe annen kategorisering. De hensyn som trekkes frem av forfatterne over, og av Paulsrudutvalget kan for denne fremstillingen sammenfattes i følgende fire punkter:

Ordningen må for det første være *tilgjengelig* for pasientene. Dette innebærer at informasjon om rettigheter og klageadgang må formidles pasientene på en måte som sikrer at de forstår innholdet av reglene og hvilken betydning disse har for dem. Tilrettelagt informasjon er et prinsipp som er nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5. I forlengelsen av dette må det legges til rette for at pasientene kan nyttiggjøre seg av ordningen, uavhengig av intellektuelle, sosiale og økonomiske forutsetninger. Rettshjelploven er et utslag av at nettopp økonomiske forutsetninger ikke skal være avgjørende for noens mulighet til å ivareta rettslige interesser av stor personlig betydning.

For det andre må ordningen være *hurtig*, i den forstand at det tar kort tid fra klage til overprøving. Hurtighet er særlig viktig for kontrollordninger ved de inngripende tvangsvedtak som omhandles her. Dette stiller blant annet krav til organisering og administrative rutiner. Kravet til hurtig overprøving av vedtak om frihetsberøvelse er knesatt i EMK artikkel 5.4.

For det tredje må overprøvingsorganet ha *høy faglig kompetanse* på de spørsmål som danner grunnlaget for de aktuelle vedtakene. I første rekke dreier dette seg om juridisk og medisinsk/psykiatrisk kompetanse. Det grunnleggende poenget med prosessuelle regler er å sikre materielt riktige avgjørelser. At vedtakenes materielle innhold – uavhengig av saksbehandlingsregler – langt på vei står og faller på at organet faglig er i stand til å gjøre en forsvarlig vurdering ligger imidlertid i dagen. Slike vurderinger er bakgrunnen for at det i domstolloven § 54 stilles faglige krav

⁴¹ *Ibid* s. 61

⁴² s. 209

til dommere, som også er gitt anvendelse på kontrollkomisjonens leder og en rekke andre organer, for eksempel Trygderetten, jf. trygderettsloven § 3 tredje ledd.

For det fjerde må det eksistere saksbehandlingsregler som sikrer alle en *rettferdig prøving* av saken sin. Dette innebærer at grunnleggende krav til *likhet, kontradiksjon, uavhengighet og upartiskhet* må ivaretas. Krav til likhet, i den forstand at avgjørelser skal baseres på rettsregler og at det kun skal legges vekt på saklige hensyn, er et grunnleggende prinsipp i all offentlig myndighetsutøvelse. Kontradiksjon anses likeså som et grunnleggende krav til en rettferdig prosess. Dette er gitt utslag blant annet i form av regler om rett til dokumentinnsyn, tilstrekkelig varsel, til å la seg representere av advokat eller fullmektig og til å føre vitner. Retten til å få sin sak avgjort av et uavhengig og upartisk organ er nedfelt i EMK artikler 5 og 6 og også i en rekke enkeltregler, for eksempel i domstolloven kapittel 6 og forvaltningsloven kapittel 2.

Her er det rom for å diskutere kategoriseringen. Hva gjelder krav til likhet fordrer dette klart nok saksbehandlingsregler som sikrer at avgjørelser er basert på rettsregler, og at det ikke tas utenforliggende hensyn. Med mange lokale organer – slik som kontrollkomisjonene - oppstår imidlertid også et behov for å sikre lik lovforståelse og kvalitet på saksbehandlingen mellom disse. Her kommer de rutiner for å kvalitetssikre ordningen som utvalget peker på ovenfor inn. Hva gjelder krav til uavhengighet er det tilsvarende ikke tilstrekkelig med regler som slår fast organets uavhengighet. Det er også av stor betydning at ordningen organiseres slik at en kan stole på at dette faktisk er realiteten. Av fremstillingstekniske årsaker har jeg likevel valgt å samle diskusjonen om disse forholdene under punktet for saksbehandling.

De ovennevnte fire momentene vil være tolkningsfaktorer i den rettsdogmatiske analysen, i form av reelle hensyn, og referansepunkter i den rettspolitiske evalueringen.

5 Kort om materielle vilkår og prosessuelle regler

5.1 Materielle vilkår

De materielle reglene for etablering av tvungen observasjon og tvungen psykisk helsevern finnes i phvl kapittel 3. I kapittel 4 er det gitt regler om bruk av tvang under oppholdet og behandling uten pasientens samtykke. En fullstendig fremstilling av disse reglene vil enten bli for kortfattet til å tilføre noe av verdi eller mer omfattende enn det er rom for i denne avhandlingen.⁴³

Jeg begrenser meg her til kort å presentere phvl § 3-3 første ledd nummer 1, 3 og 6 som fastsetter de materielle vilkårene for etablering av tvungen psykisk helsevern.⁴⁴ Bestemmelsen lyder som følger:

«På bakgrunn av opplysninger fra legeundersøkelsen etter § 3-1 og eventuell tvungen observasjon etter § 3-2, foretar den faglig ansvarlige en vurdering av om de følgende vilkårene for tvungen psykisk helsevern er oppfylt:

1. Frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt, uten at dette har ført fram, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke dette.

(...)

⁴³ For en grundig gjennomgang av disse reglene vises det til Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven*, 2. utgave, Oslo 2007 og Tore Roald Riedl og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, Oslo 2008

⁴⁴ Vilråene for tvungen observasjon følger av § 3-2 som i hovedsak er likelydende med unntak av nummer 3. Denne bestemmelsens nummer 3 krever at det er «overveiende sannsynlig» at vilråene etter § 3-3 er oppfylt.

3. Pasienten har en alvorlig sinnslidelse og etablering av tvungent psykisk helsevern er nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen enten

a. får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret, eller

b. utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse.

(...)

6. Selv om lovens vilkår ellers er oppfylt, kan tvungent psykisk helsevern bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende, med mindre han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende.»

Bestemmelsens nummer 1 slår fast *det minste inngreps prinsipp*. Det kreves at det har vært forsøkt å gi et behandlingstilbud på frivillig grunnlag før det treffes vedtak om tvungent vern. Dersom dette «åpenbart er formålsløst» kan det imidlertid ses bort fra kravet. Typisk om pasienten klart mangler samtykkekompetanse. Dette er et vilkår kontrollkommisjonen vil ha gode forutsetninger for å prøve.

For etablering av tvungent psykisk helsevern må videre grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» i nummer 3 og minst ett av de alternative vilkårene i bokstav a og b være oppfylt. De alternative vilkårene kalles typisk henholdsvis behandlings- og farevilkåret.⁴⁵

Endelig følger det av nummer 6 at selv om lovens øvrige vilkår er oppfylt skal tvungent psykisk helsevern kun finne sted hvor det etter en helhetsvurdering fremtrer som «den klart beste løsning for vedkommende». Dette har karakter av en forholdsmessighetsvurdering.

Denne fremstillingen er kun ment å presentere de vilkårene som oftest kommer på spissen for kontrollkommisjonen og å eksemplifisere to viktige trekk ved de materielle reglene. For det første benytter flere av inngrepshjemlene til dels svært skjønnsmessige uttrykk. For det andre beror vurderingen under de ulike bestemmelsene ofte på vanskelige psykiatrifaglige vurderinger.⁴⁶ Disse trekkene ved de materielle reglene stiller særlig store krav til overprøvingsinstansens kompetanse og uavhengighet av institusjonene.

5.2 Prosessuelle regler

5.2.1 Innledning

I det følgende vil det gis en kortfattet redegjørelse for de prosessuelle reglene om etablering og opphør av tvungent psykisk helsevern, bruk av tvang under oppholdet, pasientens rettigheter og reglene om klage. Reglene om saksbehandlingen for kontrollkommisjonen behandles mer inngående under punkt 6.

⁴⁵ Kristin Hagen, Tore Roald Riedl og Roger Østbøl, *Psykisk helsevernloven med innledning og kommentarer*, Oslo 2002 s. 156 og 161

⁴⁶ Også psykologspesialister kan være faglig ansvarlig for vedtak etter psykisk helsevernloven, men i mangel på et konsist og dekkende uttrykk brukes i fortsettelsen *psykiatrifaglig* om vurderinger som krever særlig innsikt i psykiatri/psykologi.

5.2.2 Etablering av tvungent psykisk helsevern (herunder også tvungen observasjon)

Phvl §§ 3-2 nr. 2 og 3-3 nr. 2 er likelydende og slår fast at det er et vilkår for etablering av det respektive tiltak at pasienten «er undersøkt av to leger, hvorav én skal være uavhengig av den ansvarlige institusjon, jf. § 3-1».

Phvl § 3-1 første ledd lyder som følger:

«Tvungent psykisk helsevern kan ikke etableres uten at en lege personlig har undersøkt vedkommende for å bringe på det rene om lovens vilkår for slikt vern er oppfylt. Legen som foretar undersøkelsen, skal gi skriftlig uttalelse.»

Bestemmelsen slår fast at forutgående legeundersøkelse er et vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern. Formålet med undersøkelsen er å avklare om vilkårene for etablering av tvungent vern etter §§ 3-2 eller 3-3 er oppfylt.⁴⁷ Mer overordnet er poenget med en forutgående legeundersøkelse, i tillegg til den som foretas på institusjonen, å styrke beslutningsgrunnlaget ved at flere fagfolk blir involvert.

Av annet punktum fremgår det at legen skal gi skriftlig uttalelse i saken. Hva som skal fremgå av uttalelsen er nærmere regulert i psykisk helsevernforskriften § 8. Når pasienten tas i mot på institusjon skal den faglig ansvarlige påse at skriftlig uttalelse fra legen foreligger, jf. psykisk helsevernforskriften § 10 første ledd første punktum. Uttalelsen skal ikke være eldre enn 10 dager, jf. første ledd annet punktum.

Phvl § 3-1 annet ledd gir kommunelegen hjemmel til å treffe vedtak om at undersøkelsen skal foretas ved tvang, enten av eget initiativ, eller på begjæring fra offentlig myndighet eller nærmeste pårørende. Tredje ledd slår fast at Fylkesmannen er klageinstans for slikt vedtak om tvungen legeundersøkelse. Klagen har ikke oppsettende virkning.

5.2.3 Pasientens rett til representasjon, veiledning, underretning og til å uttale seg

Av phvl § 1-7 første ledd første punktum går det frem at pasienten har rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig ved klage til kontrollkommisjonen eller Fylkesmannen over vedtak etter loven. Det er verdt å merke seg at denne retten ikke gjelder ved etableringen av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, men først når det klages over et vedtak.

Tredje ledd slår fast at pasienten har rett til advokat etter lov om fri rettshjelp i saker om tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, overføring samt prøving av foreldresamtykke etter § 2-1 annet ledd og § 2-2 fjerde ledd. Hvorfor en slik rett ikke er gitt ved klage over andre vedtak etter loven er ikke kommentert i forarbeidene. Isolert sett er dette en uheldig økonomisk skranke for å nyttiggjøre seg av den rettssikkerhetsgaranti som klageadgangen utgjør.

Av psykisk helsevernforskriften § 6 går det frem at den som treffer vedtak etter psykisk helsevernloven skal sørge for at både pasienten og dennes nærmeste pårørende får nødvendig informasjon om sine rettigheter etter relevant lovverk samt forskriften.

Av phvl § 1-6 går det frem at forvaltningsloven (fvl) får anvendelse på behandlingen av saker etter loven. Pasienten har således etter fvl § 27 rett til å bli gjort kjent med vedtaket og begrunnelsen for

⁴⁷ Syse s. 66-67

dette, samt klageadgang, klagefrister, klageinstans og fremgangsmåten ved klage. I psykisk helsevernloven § 10 tredje ledd siste punktum er det videre slått fast at pasienten skal gjøres kjent med sin rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig, jf. phvl § 1-7.

Phvl § 3-9 slår fast pasientens samt nærmeste pårørende og offentlig myndighets rett til å uttale seg før det treffes vedtak etter kapitlet. Dette gjelder for pasientens vedkommende også spørsmålet om hvilken institusjon som skal ha ansvaret for vernet. Ordlyden kan gi inntrykk av at retten til fritt sykehusvalg her er begrenset til en uttalerett. Pasrl § 2-4 tredje ledd begrenser imidlertid kun denne retten «dersom dette vil være uforsvarlig eller i betydelig grad er egnet til å svekke formålet med det tvungne vernet». Noen begrensning i retten utover dette kan ikke oppstilles med støtte i § 3-9.

5.2.4 Formelle krav

Alle vedtak etter loven skal «straks nedtegnes» og inneholde informasjon om grunnlaget for dette. Dette er stort sett presisert i de aktuelle inngrepshjemlene, men følger også av fvl §§ 23-25.

5.2.5 Klageadgang

Kontrollkommisjonen er klageinstans for alle vedtak etter loven med unntak av vedtak om tvungen legeundersøkelse, samt tvangsbehandling. For disse vedtakene er Fylkesmannen klageinstans, jf. henholdsvis phvl §§ 3-1 tredje ledd annet punktum og 4-4 åttende ledd. Kontrollkommisjonen behandler heller ikke klager over brudd på pasient- og brukerrettighetsloven. Her er Helsetilsynet i fylket klageinstans, jf. pasrl § 7-2.

5.2.6 Klagefrister

Hovedregelen er forvaltningslovens klagefrist på tre uker fra pasienten er blitt kjent med vedtaket, jf. phvl § 1-6, jf. fvl § 29 første ledd. For vedtak om opprettholdelse av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern er klagefristen 3 måneder fra vernets opphør, jf. phvl § 1-7 fjerde ledd annet punktum. Det samme gjelder vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern, jf. § 3-3 tredje ledd siste punktum. Pasienten kan imidlertid kreve seg utskrevet fra tvungent vern på et hvilket som helst tidspunkt, jf. § 3-7 tredje ledd. Den faglig ansvarlige må da treffe vedtak i saken som kan påklages til kontrollkommisjonen.

Hvorfor den samme fristen ikke er gjort gjeldende for vedtak om etablering av tvungen observasjon er ikke kommentert i forarbeidene. I helsedirektoratets rundskriv til kontrollkommisjonene er det da også uttalt at en slik regel er utelatt ved en inkurie.⁴⁸ Videre er direktoratets vurdering at kontrollkommisjonen også bør behandle klager over vedtak om etablering av tvungen observasjon såfremt den er fremsatt innen 3 måneder etter observasjonens opphør.

For vedtak om overføring til annen institusjon er klagefristen kun en uke, jf. phvl § 4-10. Dette er begrunnet med at vedtaket ikke kan effektueres før klagefristen er utløpt, jf. tredje ledd.⁴⁹

5.2.7 Formelle krav til klage

Forvaltningsloven § 32 inneholder generelle krav til en klages adressat, form og innhold. Psykisk helsevernloven § 28 presiserer disse utgangspunktene. I første ledd første punktum er det slått fast at en klage som hovedregel kan fremsettes både skriftlig og muntlig for den faglig ansvarlige,

⁴⁸ Helsedirektoratet, *Saksbehandlingsrundskriv for kontrollkommisjonene i det psykiske helsevern*. IS-10/2007 s. 13.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006), *Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.*, s. 82

annet helsepersonell eller direkte til Fylkesmannen eller kontrollkommissjonen. Den som mottar muntlig klage skal skrive den ned.

Av § 28 første ledd tredje punktum går det frem at dersom det «etter forholdene er grunn til det», kan den som tar i mot muntlig klage be om at pasienten gir skriftlig uttrykk for at vedkommende vil klage. Siste punktum slår fast at helsepersonellet skal bistå med nedtegningen og straks oversende den til den respektive klageinstans.

Ved så inngripende vedtak som kan gjøres etter psykisk helsevernloven er det svært viktig at pasienten ikke opplever de formelle kravene som noen begrensning i klageadgangen. Det er således grunn til å stille spørsmål om når det kan kreves at pasienten skal gi skriftlig uttrykk for klagen, og hva som ligger i dette kravet. Dette spørsmålet behandles under punkt 8.1.

6 Saksbehandlingen for kontrollkommissjonen

6.1 Innledning

Forvaltningslovens saksbehandlingsregler får anvendelse på kontrollkommissjonens virksomhet, jf. phvl § 1-6. Det er videre gitt særlige saksbehandlingsregler i phvl § 6-4 samt psykisk helsevernforskriften kapittel 7.

Av psykisk helsevernforskriften § 51 går det frem at de særlige saksbehandlingsreglene i lovens § 6-4 kommer til anvendelse på behandling av klage i sak om «tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, samt sak om overføring». Klager over andre vedtak etter loven skal behandles etter forvaltningslovens regler, supplert med bestemmelsene i psykisk helsevernforskriften kapittel 7 del II, jf. forskriften § 51.

I saker hvor kontrollkommissjonen skal etterprøve vedtak uten klage gjelder tilsvarende reglene i forvaltningsloven supplert med psykisk helsevernforskriften kapittel 7 del III.

6.2 Saksbehandlingen i klagesaker hvor § 6-4 får anvendelse

I det følgende gjøres det rede for de særlige saksbehandlingsreglene i § 6-4 samt psykisk helsevernforskriften kapittel 7 del II. En fullstendig behandling av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven faller utenfor rammen av denne avhandlingen. Disse reglene vil kun bli kommentert i den utstrekning de har betydning for kontrollkommissjonens virksomhet.

Av § 6-4 første ledd går det frem at «pasienten eller den som handler på hans eller hennes vegne» skal gis rett til å uttale seg før kontrollkommissjonen treffer vedtak i saken. Med den som «handler på hans eller hennes vegne» menes pasientens advokat eller fullmektig, jf. § 1-7. En slik rett følger også av fvl § 16 første ledd første punktum, jf. § 12.

Paragraf 6-4 annet ledd første punktum er en parallell til fvl § 17, og slår fast at kontrollkommissjonen skal sørge for at saken «blir best mulig opplyst».

Av annet ledd annet punktum går det frem at enhver har plikt til å møte for kommissjonen som vitne eller sakkyndig etter reglene i tvisteloven (tvl) kapittel 24 og 25. Noen parallell regel finnes ikke i forvaltningsloven. Av tvl § 24-1 første ledd første punktum går det frem at denne plikten gjelder enhver «som kan ha noe å forklare av betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken».

Etter § 6-4 tredje ledd kan kontrollkommissjonen begjære bevisopptak ved tingretten. Dette kan være aktuelt dersom det ville være forbundet med særlig ulempe for et vitne å møte for kommisjonen eller det på grunn av for eksempel sykdom antas hensiktsmessig at det foretas bevisopptak. Visstnok foretas slikt bevisopptak svært sjelden.⁵⁰

Av § 6-4 fjerde ledd første punktum går det frem at advokater har rett til å gjøres kjent med alle opplysninger i saken og til å være til stede ved parts- og vitneavhør. Annet punktum slår fast at dette også gjelder pasienten selv eller den som handler på dennes vegne, i den grad kontrollkommissjonen finner dette «tilrådelig».

I forskriften § 56 første ledd gjentas pasientens rett til å være til stede i møter der det skal opptas forklaringer eller gis muntlige redegjørelser til bruk i saken. Etter annet ledd kan kontrollkommissjonen dersom «sterke grunner» taler for det bestemme at pasienten skal forlate møtet. Når pasienten kommer tilbake skal vedkommende opplyses om det som er opplyst i dennes fravær med mindre det er «påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv». Informasjon kan også utelates dersom det er «klart utilrådelig av hensyn til personer som står pasienten nær».

Å nekte pasienten informasjon utgjør et betydelig inngrep i det kontradiktoriske prinsipp. Rekkevidden av denne adgangen har således stor betydning for pasientens rettsikkerhet. En nærmere behandling av disse reglene følger under punkt 8.2.

Paragraf 6-4 femte ledd slår fast at kontrollkommissjonen skal prøve alle sider av saken. En tilsvarende regel følger av fvl § 34 annet ledd første punktum. All den tid et vedtak om bruk av tvang i psykisk helsevern i stor grad hviler på psykiatrifaglige vurderinger er det avgjørende for pasientenes rettssikkerhet at også disse kan overprøves fullt ut.

Sjette ledd første punktum slår fast at kontrollkommissjonen «om mulig skal treffe sitt vedtak innen to uker etter at saken ble brakt inn for den». Av annet punktum følger det at grunnen til at fristen eventuelt ikke overholdes skal opplyses om i vedtaket. Bestemmelsen innebærer en innskjerping i forhold til fvl § 11 a som slår fast at organet skal treffe sitt vedtak «uten ugrunnet opphold». Dette er en konsekvens av at kontrollkommissjonen behandler klager over svært inngripende vedtak hvor klagen som hovedregel ikke gis oppsettende virkning. Hvor vedtaket lider av feil er det således viktig at dette blir avdekket så fort som mulig.

Syvende ledd første punktum slår fast at vedtak treffes av fulltallig kommisjon. Av annet punktum går det frem at lederens stemme er avgjørende ved stemmelikhet. Tredje punktum slår fast at domstollovens regler om ugildhet får anvendelse på kontrollkommissjonens medlemmer. Dette reiser særlige spørsmål som vil bli behandlet under punkt 8.4.

Åttende ledd inneholder en viktig begrensning i klageadgangen. Bestemmelsens første punktum slår fast at når en klage har blitt avslått av kontrollkommissjonen kan ikke «tilsvarende klage» fremsettes før minst 6 måneder er gått. Av annet punktum følger det at det samme gjelder hvor en sak har vært prøvd for retten etter reglene i tvl kapittel 36. Fristen løper da fra dommen ble rettskraftig. Hva som skal anses for å være «tilsvarende klage» behandles under punkt 8.3.

⁵⁰ Syse s. 165 og Riedl og Dahl Elde s. 216

Niende ledd inneholder regler om gebyr og godtgjøring for personer som forklarer seg for kommisjonen.

Tiende ledd slår fast at pasienten sammen med begrunnelsen for vedtaket skal gjøres kjent med reglene om domstolsprøving, jf. § 7-1.

Av psykisk helsevernforskriften § 52 første ledd går det frem at kontrollkommisjonen kan be om skriftlig redegjørelse fra den faglig ansvarlige. I saker etter phvl kapittel 3, samt sak om overføring etter § 4-10 og § 5-2 skal slik redegjørelse gis av eget tiltak. Av annet ledd går det frem at redegjørelsen skal inneholde opplysninger om den avgjørelse som er påklaget, herunder den faglige ansvarliges vurdering av lovens vilkår, samt de opplysninger vedtaket bygger på. Av tredje ledd går det frem at redegjørelsen skal gjøres kjent for pasienten og den som eventuelt handler på dennes vegne.

Av forskriften § 53 går det frem at kontrollkommisjonen skal underrette pasienten eller den som handler på dennes vegne om navnet på kommisjonens medlemmer, pasientens rett til å være til stede etter § 56, tidspunktet for berømmelse, at pasienten har rett til å uttale seg, samt at det må gis beskjed snarest om det vil anføres at noen av kommisjonens medlemmer er inhabile.

Forskriften § 54 omhandler sakens opplysning. Første ledd pålegger kommisjonens leder et ansvar for at saken er «så godt opplyst som mulig». Av annet ledd annet punktum følger det at begjæring fra pasienten eller den som handler på dennes vegne om å få innhentet opplysninger eller avhørt vitner kan avvises av kontrollkommisjonen dersom opplysningene «synes å være uten betydning for saken». Tredje ledd slår fast at slik avgjørelse skal begrunnes. Fjerde ledd slår fast at forklaringer avgitt til lederen alene skal skrives ned. Kontrollkommisjonen avgjør i hvilken grad protokollering utover dette skal finne sted. Femte ledd slår fast at det i saker etter phvl § 6-4 skal holdes møter og at forvaltningsloven § 17 gjelder tilsvarende.

Forskriften § 55 omhandler kontrollkommisjonens vedtak. Av tredje ledd går det frem at dette skal inneholde:

- «a) opplysning om kontrollkommisjonens sammensetning samt tid og sted for det avsluttende møtet
- b) en kort fremstilling av hva saken gjelder, avgjørelsesgrunnene og slutningen
- c) de faktiske forhold som har vært avgjørende for vedtaket samt de hensyn som er lagt vekt på ved en eventuell skjønnsutøvelse
- d) opplysning om vedtaket er enstemmig
- e) grunner for de forskjellige standpunkter dersom vedtaket ikke er enstemmig.»

Siste ledd slår fast at kopi av vedtaket snarest mulig skal sendes pasienten, den som handler på dennes vegne og den faglig ansvarlige for vedtaket.

6.3 Saksbehandlingen i klagesaker hvor § 6-4 ikke får anvendelse

Saksbehandlingsreglene i § 6-4 får som nevnt kun anvendelse ved klage over vedtak om tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, samt sak om overføring. Ved klage over øvrige vedtak etter loven får forvaltningslovens saksbehandlingsregler anvendelse supplert med forskriften §§ 52-56.

Hva gjelder pasientens uttalerett som er nedfelt i § 6-4 første ledd har denne en parallell i fvl § 16. Kommisjonens plikt til å sørge for sakens opplysning som følger av § 6-4 annet ledd er også nedfelt i fvl § 17. 2-ukersfristen for å fatte vedtak er slått fast i forskriften § 55 fjerde ledd som gjelder for alle klagesakene. Pasientens og dennes representants rett til innsyn er regulert i fvl §§ 18-19, jf. § 12, samt forskriften § 56. Reglene tilsvare det som følger av § 6-4 fjerde ledd. At kommisjonen skal prøve alle sider av saken, som slått fast i § 6-4 femte ledd, følger også av fvl § 34. På disse punktene har altså ikke skillet mellom vedtak hvis klage behandles etter § 6-4 og andre vedtak noen betydning.

Regelen i § 6-4 annet ledd annet punktum som pålegger enhver vitneplikt for kommisjonen har ingen parallell som får anvendelse på disse klagesakene. Videre er det ikke domstolslovens regler om inhabilitet som får anvendelse i disse sakene, men reglene i forvaltningsloven kapittel II.

Den viktigste forskjellen på de to grupper klagesaker er at det kun skal holdes møter i § 6-4-sakene, jf. forskriften § 54 femte ledd. I de øvrige klagesakene er saksbehandlingen skriftlig.

De øvrige reglene i § 6-4 har ingen betydning eller passer ikke på disse klagesakene.

6.4 Saksbehandlingen ved etterprøving av vedtak uten klage

Ved etterprøving av vedtak uten klage kommer forvaltningslovens saksbehandlingsregler til anvendelse, supplert med psykisk helsevernloven §§ 57-60.

6.4.1 Dokumentkontrollen

Av phvl § 3-8 første ledd og psykisk helsevernloven § 57 første ledd går det frem at hvor noen er underlagt tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern skal kontrollkommisjonen forelegges underlagsdokumentene og snarest mulig forvise seg om at riktig fremgangsmåte er fulgt og at vedtaket bygger på en vurdering av vilkårene i psykisk helsevernloven § 3-2 eller § 3-3. Av forskriftens annet ledd følger det at dersom kontrollkommisjonen finner at vedtaket lider av «alvorlige formelle eller materielle feil» kan det kjennes ugyldig. Dette betegnes som dokumentkontrollen.

I praksis forekommer det relativt sjelden at kontrollkommisjonen finner feil ved vedtaket som fører til ugyldighet. Av de 2466 saker fra 2012 som inneholdt tilstrekkelig data kom kommisjonen etter dokumentkontrollen til at vernet skulle opphøre i kun 13 av sakene⁵¹ I Helsedirektoratets evaluering av kontrollkomisjonene blir det vist til at kommisjonene ved dokumentkontrollen fant formelle eller materielle mangler ved 5.4 % av vedtakene. Likevel ble kun 1 % av vedtakene opphevet.⁵² Rapporten peker videre på at kommisjonene hadde ulik praksis i forhold til hvilke typer formelle feil som medførte ugyldighet.⁵³ Virkningen av feil ved dokumentkontrollen behandles under punkt 8.6.1.

6.4.2 3-månederskontrollen

Av § 3-8 annet ledd går det frem at når det har gått 3 måneder fra vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern skal kontrollkommisjonen «av eget tiltak vurdere om det er behov for tvungent vern og kontrollere at det foreligger en individuell plan for pasienten». Spørsmålet om når individuell plan skal foreligge behandles under punkt 8.6.2.

⁵¹ IS-0410/2013 s. 39

⁵² IS-1338/2006 s. 73

⁵³ *Ibid* s. 74

Av psykisk helsevernforskriften § 58 tredje ledd går det frem at kontrollkommisjonen skal påse at saken er så godt opplyst som mulig, at kommisjonen kan prøve alle sider av saken og at pasienten har rett til å uttale seg, jf. phvl § 3-9. Siste punktum presiserer at vedtaket skal treffes av fulltallig kommisjon.

Pasientens uttalerett etter § 3-9 fordrer at vedkommende er oppmerksom på at det skal fattes vedtak. Hvilke krav som stilles til varselets form og innhold vil behandles under punkt 8.5.

Paragraf 58 siste ledd slår fast at kopi av vedtaket skal sendes pasienten selv, den som handler på dennes vegne, og den faglig ansvarlige snarest mulig.

6.4.3 1-årskontrollen

Det følger av phvl § 3-8 tredje ledd første punktum at tvungent psykisk helsevern opphører etter ett år med mindre kontrollkommisjonen samtykker til forlengelse. Av annet ledd går det frem at kommisjonen kan samtykke til forlengelse med inntil ett år av gangen. Av forskriften § 59 annet ledd går det frem at saksbehandlingen vil være tilsvarende den som gjelder ved overprøving etter 3 måneder.

Den behandelende institusjon må selv begjære om forlenget vern. Slik begjæring skal være kontrollkommisjonen i hende senest 4 uker før vernet opphører, jf. psykisk helsevernforskriften § 14. Dersom det ikke begjæres om forlenging vil vernet opphøre automatisk etter ett år.

Dersom begjæring om forlenget vern kommer kommisjonen i hende senere enn 4 uker, men før ettårsfristen bøl kommisjonen, hensett til en formodning om at forlenget vern er i pasientens interesse, likevel behandle begjæringen såfremt det er tid til forsvarlig saksbehandling. Om begjæring kommer inn så tett opp til fristen at en forsvarlig saksbehandling ikke er mulig må pasienten i alle tilfeller utskrives når vernet har vart i ett år. En eventuell reinnleggelse må da skje etter reglene i § 3-3.

Hvor slik begjæring kommer inn senere enn fristen bøl kommisjonen ta dette opp med institusjonens ledelse. Ved gjentatte tilfeller av slik fristoverskridelse kan det være aktuelt å varsle Helsetilsynet.

6.4.4 Annen etterprøving uten klage

Hvor det etableres psykisk helsevern for barn mellom 12 og 16 år og barnet er uenig i vedtaket skal saken forelegges kontrollkommisjonen, jf. § 2-1 annet ledd og § 2-2 fjerde ledd. Kontrollkommisjonen skal ikke her foreta en prøving av om lovens vilkår for tvang er til stede, men en avveining mellom hva som kan oppnås ved tiltaket og barnets motstand mot at tiltaket gjennomføres. En avveining mellom den mindreåriges «behandlingsbehov» og «frihetslengsel».⁵⁴

Departementet skriver følgende om vurderingen:

«Etter departementets vurdering vil det være naturlig at kontrollkommisjonen tar stilling til om pasientens nektelse bøl respekteres ut fra en helhetsvurdering av pasientens tilstand og alder, pasientens grunner for å nekte, samt behandlingens planlagte varighet og intensitet. I vurderingen vil det videre være naturlig å se hen til vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern.»⁵⁵

⁵⁴ Syse s. 61

⁵⁵ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 56

Vurderingen vil altså ha likhetstrekk med en prøving av om vilkårene for tvang er oppfylt, men da grunnlaget for innleggelsen er foreldrenes samtykke er dette ikke avgjørende. En kan kanskje si at en pasient mellom 12 og 16 år som er uenig i tiltaket i større grad enn en helserettslig myndig pasient starter i oppoverbakke ved kontrollkomisjonens prøving. Når det er sagt synes kontrollkomisjonens prøving å være langt fra betydningsløs. I 2012 mottok kommisjonene 37 slike saker, hvorav pasienten fikk medhold i 11 av dem.⁵⁶

Pasienten er i disse sakene gitt rett til fri advokatbistand, jf. § 1-7 tredje ledd.

7 Velferdskontrollen

Phvl § 6-1 annet ledd lyder som følger:

«I den utstrekning det er mulig, skal kontrollkomisjonen også føre den kontroll den finner nødvendig for pasientenes velferd. Den kan ta opp saker etter eget initiativ eller etter henvendelse fra pasienten, pasientens nærmeste pårørende eller personalet. Finner den forhold den vil påpeke, skal den ta saken opp med den faglig ansvarlige og eventuelt Fylkesmannen.»

Oppgavene etter denne bestemmelsen har typisk blitt betegnet som velferdskontrollen, formodentlig på grunn av nettopp henvisningen til pasientenes velferd i første punktum. Innholdet av denne kontrollen strekker seg imidlertid lenger enn det som er naturlig kan karakteriseres som kontroll med pasientenes velferd. Når uttrykket likevel brukes her som en fellesbetegnelse på kontrollkomisjonens oppgaver etter § 6-1 annet ledd er det fordi det er slik det refereres til kontrollen både i forarbeider og litteratur.⁵⁷

Det følger av bestemmelsen at kontrollkomisjonen, «i den utstrekning det er mulig», skal føre en generell kontroll med pasientenes velferd. Innholdet av denne oppgaven er nærmere definert i psykisk helsevernloven §§ 62 og 63.

Spørsmålet er om formuleringen «i den utstrekning det er mulig» innebærer at innholdet og intensiteten av kontrollen er avhengig av kommisjonens øvrige arbeidsbelastning eller om enkelte elementer er så viktige at de ikke kan nedprioriteres.

Lovteksten i § 6-1 annet ledd gir inntrykk av at kontrollkomisjonene er gitt en diskresjonær kompetanse til å føre kontroll, men at det ikke eksisterer noe minimumsnivå for denne.

I forarbeidene uttales det at den alminnelige velferdskontrollen i forhold til tidligere lovgivning er tonet ned til fordel for lovpålagte oppgaver.⁵⁸ I Helsedirektoratets rundskriv til psykisk helsevernloven og psykisk helsevernloven er det derfor presisert at tilsynet med institusjonene skal ivaretas av Fylkesmannen og Statens helsetilsyn. Det sentrale med kommisjonenes besøk er å skaffe tilstrekkelig oversikt til å kunne ivareta dens egne oppgaver på en tilfredsstillende måte.⁵⁹

Av forskriften § 62 første ledd følger det at et eller flere av kommisjonens medlemmer minst en gang per måned skal besøke institusjoner eller avdelinger godkjent for å ha ansvar for pasienter under tvungent psykisk helsevern med døgnopphold. I andre institusjoner eller privat forpleining skal besøk

⁵⁶ IS-0410/2013 s. 35

⁵⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 133, NOU 2011: 9 s. 211, Syse s. 160 og Riedl og Dahl Elde s. 206

⁵⁸ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 165

⁵⁹ Helsedirektoratet, *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernloven*. IS-9/2012 s. 169

skje minst 4 ganger i året. Siste punktum slår fast at noen av besøkene bør skje uanmeldt. At det i forskriften oppstilles et minimumskrav til hvor ofte kontrollkommisjonen skal besøke institusjonene innebærer en presisering av lovtekstens formulering «i den utstrekning det er mulig». I hvert fall hva gjelder hyppighet eksisterer altså et minimumsnivå for kontrollen. Dette gir også grunn til varsomhet med å tolke § 6-1 annet ledd dithen at det ikke eksisterer noe minimum hva intensitet og innhold angår.

Forskriften § 63 første ledd slår fast at kontrollkommisjonen skal føre kontroll med bruken av restriktive tiltak. Dette er en oppgave det ikke umiddelbart er naturlig å betegne som en kontroll med pasientenes velferd. Spørsmålet er om denne kan nedprioriteres til fordel for øvrige oppgaver slik det forutsettes at tilfellet er for velferdskontrollen, jf. formuleringen «i den utstrekning det er mulig» i § 6-1 annet ledd og uttalelser i forarbeidene.⁶⁰

Annet ledd synes å presisere hva kontrollen med restriktive tiltak skal innebære. Bestemmelsen slår fast at kommisjonen under sine besøk skal gjennomgå tvangsprotokollene, undersøke om det er husordensreglement ved institusjonen og påse at dette er i samsvar med gjeldende lovgivning. Det følger av dette at hva gjelder kontroll med restriktive tiltak eksisterer det et innholdsmessig minimumsnivå slik det er beskrevet i § 63 annet ledd.

Etter tredje ledd første punktum skal kontrollkommisjonen ved sine besøk være tilgjengelig for pasienter som vil fremsette klage eller ta opp andre forhold av betydning for oppholdet ved institusjonen. Annet punktum slår fast at pasienter som er innlagt uten samtykke etter siste besøk skal få tilbud om samtale med kommisjonen. Av tredje punktum følger det at kommisjonen for øvrig kan bistå pasienter med råd og hjelp. Oppgavene som er beskrevet her er det mer naturlig å betegne som *velferdskontroll*. Formuleringen «kan bistå med råd og hjelp» trekker også i retning av en større frihet til å nedprioritere slike oppgaver. Likevel er det også for disse oppgavene antydning av et visst minimumsnivå. Kommisjonen «skal» være tilgjengelig for pasientene og «skal» tilby nyinnlagte pasienter en samtale.

Av fjerde ledd følger det at kommisjonen skal varsle Fylkesmannen om alvorlige forhold ved institusjonen og ellers ta opp forhold med ledelse eller faglig ansvarlig.

Om innholdet av kontrollen etter første og annet ledd skriver Helsedirektoratet følgende:

«Kontrollkommisjonens fremste oppgave er å føre kontroll med bruk av integritetsinngripende tiltak, og med at dette skjer i henhold til bestemmelsene i psykisk helsevernloven. Bruk av skjerming, behandling uten eget samtykke og tvangsmidler skal kontrolleres ved gjennomgang av tvangsprotokollene (...).

Kontrollkommisjonene har et visst ansvar for kontroll av disse tiltakene. Ansvarer begrenser seg til løpende tilsyn på grunnlag av opplysninger som umiddelbart fremgår av protokollen, eksempelvis i hvilket omfang tiltakene benyttes og at det ved bruk av medikamenter benyttes registrerte preparater og vanlige doser (jf. kravene i loven § 4-4 annet ledd bokstav a). Ansvarer omfatter ikke en nærmere gjennomgang av hvorvidt medikamenter er egnet i behandlingen av en pasient. Kontrollkommisjonens ansvar ved gjennomgang av protokoller under gjennomføring av velferdskontroll begrenser seg til å "slå alarm" dersom det fremgår av protokollene at institusjonen benytter et tiltak i påfallende stort omfang, herunder at bruk av preparat eller doser fremstår som

⁶⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 165

påfallende. I tilfeller der forholdene fremstår som alvorlige har kontrollkommissjonen plikt til å varsle Fylkesmannen jf. fjerde ledd.»⁶¹

Uttalelsen gir inntrykk av at kontroll med integritetsinngripende tiltak har prioritet fremfor en mer generell kontroll med pasientenes velferd, for eksempel at fritidsaktivitetene eller andre forhold pasientene tar opp er tilfredsstillende. Det synes likevel som kontrollen i alle tilfeller er forutsatt begrenset til det som umiddelbart fremgår av protokollene. En av fordelene med et organ som jevnlig besøker institusjonene er at de vil ha anledning til å lete etter eventuell «skjult tvang» – forhold som per definisjon ikke vil fremgå av protokollene. Når kontrollen med institusjonene for kontrollkommissjonens vedkommende er gjort sekundær til deres øvrige oppgaver er det grunn til å anta at også kontroll med integritetsinngripende tiltak vil begrenses til det minimum som følger av forskriften og som er presisert i det ovennevnte rundskrivet.

Konklusjonen er at det hva gjelder hyppighet og innhold eksisterer et minimumsnivå for velferdskontrollen som går utover en naturlig forståelse av formuleringen «i den utstrekning det er mulig» i phvl § 6-1 annet ledd. Dette gjelder særlig kontrollen med integritetsinngripende tiltak. Dette minimumsnivået kan imidlertid likevel beskrives som en relativt overfladisk kontroll som neppe er egnet til, i særlig utstrekning, å avdekke tilfeller av «skjult tvang».

Når det legges opp til at kontrollansvar er delt mellom ulike organer – her kontrollkommissjonen og Helsetilsynet – er det avgjørende at ansvarsfordelingen er klar slik at det ikke oppstår tomrom hvor ingen tar ansvar. Det er denne ansvarsfordelingen som er forsøkt klargjort i *Saksbehandlingsrundskriv for kontrollkommissjonene i det psykiske helsevern*⁶², men det kan argumenteres for at dette ikke er helt vellykket. Det presiseres riktignok at Helsetilsynet har det overordnede faglige ansvaret for kvaliteten på behandlingen, og at det er dette organet som har myndighet til å gi bindende pålegg om retting, jf. helsetilsynsloven §§ 1 og 5.⁶³ Det fremgår imidlertid ikke eksplisitt at Helsetilsynet i egen regi skal stå for et mer inngående tilsyn utover det som foretas av kontrollkommissjonen i forbindelse med deres besøk på institusjonene. Det kan da være en fare for at en ordning som er ment å skulle dra vekslers på den kjennskap til institusjonene kontrollkommissjonen får gjennom sitt arbeid fører til at tilsynet med institusjoner i det psykiske helsevern samlet blir mindre grundig enn i den øvrige helsetjenesten. Hensett til de vide inngrepshjemler som foreligger i denne delen av helsetjenesten er det grunn til å sikre at tilsynet her tvert i mot er særlig grundig.

8 Nærmere om enkelte særlige spørsmål

8.1 Krav til å gi skriftlig uttrykk for klage

Som det fremgår av psykisk helsevernloven § 28 første ledd første punktum er hovedregelen at det ikke eksisterer noen formkrav til klage på vedtak etter psykisk helsevernloven. Spørsmålet er hva som skal forstås med at det etter tredje punktum kan kreves at det gis skriftlig uttrykk for klagen «når det etter forholdene er grunn til det».

⁶¹ IS-9/2012 s. 170

⁶² s. 21 flg.

⁶³ *Ibid* s. 21

Forarbeidene til psykisk helsevernloven berører ikke spørsmålet. Kravene som følger av fvl § 32 kan imidlertid gi en viss veiledning om hvilke opplysninger som generelt bør bringes på det rene ved en forvaltningsklage. Av dennes første ledd bokstav c går det frem at klagen skal «nevne det vedtak som det klages over, og om påkrevet gi opplysninger til bedømmelse av klagerett og av om klagefrist er overholdt».

Spesielt i forhold til pasienter som er kognitivt svekket kan det tidvis være uklart hva de ønsker. Det kan være tvil om hvorvidt de faktisk ønsker å *klage* eller om de kun *beklager* seg over en vanskelig livssituasjon. I forhold til pasienter med flere tvangsvedtak kan det videre være tvilsomt hvilket vedtak de klager over. Hvor en muntlig klage gir rom for tvil om hvilket vedtak som faktisk påklages eller om det overhodet dreier seg om en klage vil det være nødvendig å bringe dette på det rene. I slike tilfeller kan det være hensiktsmessig at klagen kommer skriftlig til uttrykk. Det vil være gunstig at det ved slike uklarheter normalt søkes å bringe dette på det rene ved skriftlighet fremfor å overlate til helsepersonell å avgjøre hvorvidt det foreligger en klage. Dette vil kunne motvirke at potensielle klager feies under teppet i påvente av at pasienten kommer på andre tanker. Som nevnt skal helsepersonellet bistå med slik nedtegning.

Henvisningen til «opplysninger til bedømmelse av klagerett og av om klagefrist er overholdt» ble oppmyket av departementet i forhold til komitéforslaget.⁶⁴ Slike opplysninger skal kun gis hvor det er «påkrevd». Formentlig betyr dette at slike opplysninger kun er nødvendig hvor det kan være tvil om at klageren har klagerett eller det er særegne forhold som gjør at fristen ikke er utløpt.⁶⁵ Da pasienten kan kreve seg utskrevet på et hvert tidspunkt under oppholdet vil dette neppe være særlig aktuelt ved vedtak etter psykisk helsevernloven.

Etter fvl § 32 første ledd bokstav d skal klagen nevne den endring som ønskes i vedtaket det klages over. For klager på vedtak etter psykisk helsevernloven vil den ønskede endring gjennomgående være at vedtaket opphører. Det er neppe grunn til å kreve at dette skal komme skriftlig til uttrykk.

Av fvl § 32 annet ledd går det frem at klagen «bør (...) nevne de grunner klagen støtter seg til». Av formuleringen «bør» går det frem at dette ikke er noe krav, men kun en veiledning i klagerens interesse. Således vil det heller ikke være grunnlag for å kreve noen skriftlig begrunnelse for klagen etter psykisk helsevernloven. Pasienten vil for øvrig uansett ha anledning til å fremme sine synspunkter under kontrollkommisjonens møte, jf. phvl § 6-4 første ledd.

Som nevnt innledningsvis er det et grunnleggende krav til en klageordning som skal ivareta individers rettssikkerhet at den er tilgjengelig for disse, uavhengig av intellektuelle, sosiale og økonomiske forutsetninger. At slike prinsipper skal ivaretas ved etablering og gjennomføring av psykisk helsevern er nedfelt i phvl § 1-1. Hensett til pasientenes vanskelige situasjon og at de ofte ikke er veldig ressurssterke bør klageordningen være så tilgjengelig og uformell som mulig. Det er således grunn til å være varsom med å tolke adgangen til å kreve skriftlighet videre enn det som er nødvendig for å fastlegge om det dreier seg om en klage og hva det klages over.

Endelig er det grunn til å ta opp spørsmålet om klagen må undertegnes av pasienten. Av fvl § 32 første ledd bokstav b følger nettopp et slikt krav, enten av «klageren eller hans fullmektig». Et slikt

⁶⁴ Ot.prp. nr. 38 (1964-1965), *Om lov om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)* s. 105

⁶⁵ Geir Woxholth, *Forvaltningsloven*, 5. utgave, Oslo 2011 s. 540

krav vil kunne reise problemer, særlig i forhold til pasienter med paranoide vrangforestillinger, da disse kan tenkes å ville vegre seg mot å skrive under på dokumenter.

Hvorvidt de formelle kravene i fvl § 32 burde være absolutte eller retningsgivende er kort kommentert i forarbeidene hvor en mer lempelig regel avvises.⁶⁶ Sammenholdt med den klare formuleringen «skal» i bestemmelsens første ledd taler dette for at undertegning er nødvendig.

På den annen side kan det ikke være tilfredsstillende med en klageordning innenfor det psykiske helsevern hvor enkelte pasienter på grunn av sin sykdomstilstand opplever de formelle kravene som uoverkommelige. Det er vel også grunn til å tro at problemstillingen neppe var overskuet ved utformingen av forvaltningsloven. Til dette kommer det at behovet for notoritet som en underskrift skal ivareta i liten grad gjør seg gjeldende for klager fra tvangsinnlagte pasienter.

Etter dette antas det at helsepersonell som tar i mot klage må akseptere at pasienter unnlater å undertegne klage. Kontrollkommisjonen må tilsvarende behandle slik klage selv om den mangler signatur.

8.2 Begrensninger i pasientens rett til opplysninger og til å være til stede i møte

Av phvl § 6-4 fjerde ledd første punktum går det frem at advokater har rett til å gjøres «kjent med alle opplysninger i saken og til å være til stede under parts- og vitneavhør». Annet punktum slår fast at dette også gjelder pasienten selv eller den som handler på dennes vegne, «i den utstrekning kontrollkommisjonen finner det tilrådelig». Regler som gir adgang til å nekte en part innsyn i opplysninger finnes også i fvl § 19 første ledd bokstav d, tvl § 36-6 tredje ledd og pasrl §§ 3-2 tredje ledd og 5-2 annet ledd. Disse reglene kommenteres nærmere i fortsettelsen.

Innledningsvis er det verdt å bemerke at § 6-4 fjerde ledd kun får anvendelse på enkelte av klagesakene, jf. psykisk helsevernforordningen § 51. Når kommisjonen foretar overprøving uten klage etter reglene i lovens § 3-8 eller behandler klager som hvor § 6-4 ikke får anvendelse er det fvl § 19 d som gir hjemmel for å begrense pasientens rett til dokumentinnsyn.⁶⁷ Denne bestemmelsen gir hjemmel til å nekte pasienten innsyn i opplysninger det av hensyn til «hans helse eller hans forhold til personer som står ham nær, må anses utilrådelig at han får kjennskap til». Det er ingen grunn til at terskelen for å nekte innsyn i denne konteksten skal være ulik etter disse to bestemmelsene. Det som anføres nedenfor antas derfor også å gjelde for forståelsen av fvl § 19 d når denne utgjør hjemmel for å nekte innsyn.

Ordlyden i phvl § 6-4 fjerde ledd første punktum synes å gi kontrollkommisjonen stor frihet til å avgjøre hvorvidt pasienten skal gis innsyn i dokumenter eller være til stede i møte. En parts rett til å gjøre seg kjent med opplysninger og til å være til stede når det forhandles om saken er et grunnleggende krav til kontradiktorisk saksbehandling. Hensett til arten av de inngrep det dreier seg om er slike verdier særlig viktig. Spørsmålet er om det på denne bakgrunn er grunnlag for en innskrenkende tolkning av adgangen til å nekte innsyn eller tilstedeværelse.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) s. 105

⁶⁷ Da behandling av saken i møte kun er et krav i § 6-4-sakene vil ikke pasientens tilstedeværelse i møte være et tema.

Bestemmelsen er hva gjelder tilstedeværelse i møte presisert i forskriften § 56 første ledd. Etter denne kan kontrollkommisjonen «dersom sterke grunner taler for det» bestemme at pasienten skal forlate møtet. Når pasienten kommer tilbake skal denne gjøres kjent med det som er opplyst i dennes fravær med mindre det er «påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv». Videre kan informasjon unnlates dersom det er «klart utilrådelig av hensyn til personer som står pasienten nær». Formuleringene her taler for at det dreier seg om snevre unntak. Det er vanskelig å se at terskelen for å nekte pasienten innsyn i dokumenter skal være annerledes enn terskelen for å nekte opplysninger om det som er forhandlet i dennes fravær. Phvl § 6-4 fjerde ledd annet punktum må derfor forstås i tråd med den høye terskel forskriften § 56 gir anvisning på, uavhengig av om det dreier seg om opplysninger fra møte eller dokumenter.

Forarbeidene til psykisk helsevernloven gir ingen veiledning om hvordan bestemmelsen skal forstås. Helsedirektoratet skriver i et rundskriv at «sterke grunner» vil kunne være tilsvarende hensyn som begrunner at pasienten ikke skal gjøres kjent med hva som er opplyst under hans eller hennes fravær. Videre står det at bestemmelsen er i overensstemmelse med pasient- og brukerrettighetslovens regler om informasjon til pasienten.⁶⁸

Ved fastleggingen av regelen etter phvl § 6-4 fjerde ledd er det naturlig å se hen til den tilsvarende bestemmelsen i pasrl § 3-2 tredje ledd. Også etter denne kan informasjon unnlates dersom det er «påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv» eller dersom det er «klart utilrådelig av hensyn til personer som står pasienten nær» å gi slik informasjon.⁶⁹ Om forståelsen av unntaket er følgende uttalt i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven:

«Innsyn kan altså nektes dersom pasientens liv kan stå i fare ved at hun eller han får kjennskap til journalopplysningene eller dersom dette kan medføre risiko for alvorlig helseskade hos pasienten. Det er altså nødrettsbetraktninger som må legges til grunn for vurderingen. Som eksempel på en slik situasjon kan nevnes tilfeller der man har diagnostisert en svært alvorlig somatisk sykdom samtidig som pasienten er inne i en psykisk ustabil periode. Dersom pasienten får vite om den alvorlige diagnosen gjennom innsynsretten på et slikt tidspunkt, kan dette medføre fare for pasientens liv eller fare for alvorlig helseskade hos pasienten.

Nærstående kan i enkelte tilfeller ha selvstendig behov for beskyttelse mot pasienten. Opplysninger som er nedtegnet i samtaler med pårørende, eller som bare kan stamme fra pårørende, kan gi grunn til frykt for represalier fra pasienten overfor de som har gitt opplysningene. Faren for mishandling eller annen form for voldsutøvelse kan dermed tilsi at pasienten nektes innsyn i journalopplysninger. Det samme må gjelde ved fare for vedvarende terrorisering av den nærstående. Rene bekvemmelighetshensyn kan imidlertid ikke begrense pasientens innsynsrett. Det må være reell fare for konsekvenser av et visst omfang for pasientens nærstående.»⁷⁰

Av det som er sitert fremgår det at det dreier seg om snevre unntak. Spørsmålet om det er adgang til å holde tilbake opplysninger om pasientens psykiske tilstand hvor det er grunn til å tro at *dennes* psykiske helsetilstand vil bli forverret av kjennskap til slike opplysninger er imidlertid ikke kommentert spesifikt. All den tid det nettopp er opplysninger om pasientens psykiske tilstand som er relevante som bevis i saker om tvangsvedtak kommer dette spørsmålet særlig på spissen. Dette påpekes også i den ovennevnte odelstingsproposisjonen hvor det uttales:

⁶⁸ IS-9/2012 s. 164 og 165

⁶⁹ For innsyn i egen pasientjournal er det gitt en spesialregel i § 5-1 annet ledd. Vilkårene for å nekte innsyn etter denne er de samme som etter § 3-2.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999), *Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)* s. 93

«Det vil uansett være svært betenkelig å begrense innsyn i opplysninger som gjelder selve grunnlaget for tvangen. Som et minimum må disse sikres innsyn i innleggelsesbegjæringer, sakkyndige legeuttalelser og de vedtak som blir truffet vedrørende tvang. Det samme gjelder journalopplysninger som er en del av grunnlaget for å beslutte innhold og omfang av tvang.»⁷¹

Proposisjonen synes altså å stenge for å holde tilbake opplysninger om pasientens psykiske tilstand hvor disse anføres som grunnlag for tvang. Det må imidlertid presiseres at uttalelser i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven alene ikke kan være avgjørende for forståelsen av bestemmelsen i phvl § 6-4 fjerde ledd. De betraktninger som fremføres er uansett ikke vanskelig å slutte seg til. Hensynet til pasientens behov for å kunne imøtegå opplysninger av betydning i saker om så alvorlige inngrep som det dreier seg om må veie svært tungt.

Det er riktignok ikke til å komme fra at flere av de bestemmelser som utgjør hjemmel for tvang har fått sin utforming som følge av en tanke om at inngrep overfor individer legitimeres med at inngrepet er til deres eget beste. Helsepersonell vil nok tidvis anføre at innsyn i journalopplysninger vil være til skade for pasientens psykiske helse. Ut fra en tankegang om at inngrep overfor individer er legitimt dersom alternativet vil føre til tilstrekkelig alvorlige konsekvenser kan en argumentere for at slike anførsler tidvis må føre frem.

På den annen side fordrer slike vidtrekkende inngrepshjemler at det foreligger betryggende rettssikkerhetsgarantier som sikrer at tvang ikke benyttes i større utstrekning enn det er gitt anledning til. Pasientenes rett til innsyn i opplysninger vil i så måte være sentralt og innskrenkninger i denne hva gjelder grunnlaget for tvangen er høyst betenkelig. For øvrig er det grunn til å tro at det å underlegges tvungent psykisk helsevern for så å nektes innsyn i grunnlaget for dette vil oppleves som en betydelig belastning som i seg selv kan ha en negativ effekt på pasientens psykiske helse.

I saker om administrative tvangsvedtak som går etter spesialreglene i kapittel 36 er det etter § 36-6 tredje ledd adgang for retten til å nekte den private part innsyn i dokumenter eller å utelukke denne fra forhandlingene «i den utstrekning partens helsetilstand eller lave alder gjør dette påkrevd». I disse tilfellene skal rettens leder eller partens prosessfullmektig eller representant gjøre parten kjent med «hovedinnholdet i dokumentene eller forhandlingene så langt opplysningene er av interesse for saken».

Det er interessant å merke seg at det etter § 36-6 kun er partens helsetilstand eller lave alder som kan være grunnlag for å nekte innsyn i dokumenter eller være til stede under forhandlingene. Hensyn til pasientens nærstående er ikke relevant etter denne bestemmelsen. Det synes kunstig at det skal være adgang til å nekte innsyn i visse opplysninger ved prøving for kontrollkommisjonen som det må gis innsyn i dersom dennes avgjørelse bringes inn for tingretten. Videre er det etter denne bestemmelsen et absolutt krav at pasienten skal gjøres kjent med hovedinnholdet av dokumenter eller forhandlingene så langt opplysningene er «av interesse for saken». Reglene i tvl kapittel 36 gis kun anvendelse på søksmål om gyldigheten av et pågående tvangsvedtak, jf. § 36-1 annet ledd. At pasienten i disse tilfellene etter § 36-6 tilstås en videre rett til innsyn enn etter phvl § 6-4, jf. forskriften § 56 bør få betydning ved tolkingen av de sistnevnte reglene.

⁷¹ *Ibid*

At partens advokat har rett til opplysninger pasienten nektes innsyn i avhjelper til en viss grad de rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å nekte innsyn. På den annen side vil det ofte være pasienten selv som er best i stand til å imøtegå de forhold som ligger til grunn for et vedtak om tvungent psykisk helsevern. Dette gjelder særlig komparentopplysninger som unntas «av hensyn til personer som står pasienten nær».

Slike komparentopplysninger var tema i Rt. 1984 s. 591 (Juklerød). Spørsmålet var om saksøker som tidligere hadde vært underlagt tvungent psykisk helsevern hadde rett til innsyn i opplysninger hans fraskilte kone hadde gitt om ham selv under løfte om konfidensialitet, og som var innført i hans journal. Retten kom til at innsynsretten etter den dagjeldende legeloven § 46 måtte vike for taushetsplikten etter samme lovs § 31 så langt denne rekker. Spørsmålet som kom på spissen var da om unntaket i § 31 annet ledd som gav adgang til å meddele taushetsbelagte opplysninger dersom «særlige grunner» gjør det rettmessig, kom til anvendelse. Retten gikk inn på en konkret vurdering av hvorvidt opplysningene hadde hatt betydning for tvungen og om saksøker fortsatt hadde rettslig interesse i få opplysningene. Da begge spørsmål ble besvart negativt forelå ikke slike «særlige grunner» som nevnt i § 31 annet ledd. Avgjørelsen ble avsagt under nå opphevede regler, men rettens resonnement viser at nettopp opplysningenes betydning for pasienten må være et avgjørende moment ved slike avveininger.

Etter dette må bestemmelsen forstås slik at pasienten alltid skal gjøres kjent med hovedinnholdet av dokumenter eller forhandlinger som er av betydning for det aktuelle tvangsvedtak. Dette har støtte i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven, og er også i tråd med regelen i tvl § 36-6 tredje ledd. Det er vanskelig å se noen grunn til at terskelen for innsyn etter disse bestemmelsene skal være ulik. Phvl § 6-4 fjerde ledd må tolkes innskrenkende på dette punktet.

Inkonsistensen mellom reglene i phvl § 6-4 fjerde ledd og tvl § 36-6 tredje ledd er særlig tydelig hva gjelder adgangen til å nekte innsyn av hensyn til pasientens nærstående. Det er som nevnt lite tilfredsstillende at det skal være adgang til å nekte innsyn i opplysninger i forbindelse med prøving for kontrollkommisjonen som det må gis innsyn i dersom saken bringes inn for tingretten. Da ordlyden i forskriften § 56 annet ledd er klar må likevel denne tilstanden antas å være gjeldende rett. All den tid pasienten uansett må gjøres kjent med hovedinnholdet av slike opplysninger i den utstrekning de er av betydning for saken vil unntaket imidlertid få begrenset betydning.

8.3 «Tilsvarende klage»

Phvl § 6-4 åttende ledd slår fast at pasienten ikke kan fremsette «tilsvarende klage» som tidligere er avslått før det har gått 6 måneder. Bestemmelsen er utslag av en avveining mellom behovet for å begrense kommisjonens arbeidsmengde og pasientens rett til med jevne mellomrom få prøvd frihetsberøvelsens lovlighet. Hensynet til kommisjonens arbeidsmengde må ses i sammenheng med det særlige behovet for hurtig saksbehandling. Av EMK artikkel 5 nr. 4 følger det et krav både om hurtig saksbehandling, og en rett til prøving med jevne mellomrom. Rett til prøving med jevne mellomrom har sin bakgrunn i at vilkårene for frihetsberøvelse kontinuerlig må være oppfylt under hele oppholdet, og at de underliggende forhold kan endre seg.

Under høringsrunden ble det fra enkelte instanser uttrykt at det ville være uheldig å beholde en regel om at det først kan klages på nytt etter seks måneder når en klage har vært avslått. Med henvisning til en effektiv bruk av kontrollkommisjonens ressurser ble regelen likevel opprettholdt.

Departementet valgte dog å ta inn den presisering som finnes i dagens lovtekst, at skranken kun gjelder «tilsvarende klage». Dette skulle forstås som klage over samme type vedtak.⁷²

I *Rundskriv til psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen* presiserer direktoratet at bestemmelsen ikke er «til hinder for at kontrollkommisjonen behandler en klage i tilfeller der for eksempel endrede forhold tilsier dette».⁷³ Det kan være grunn til å stille spørsmål ved hvorvidt det er realistisk at kontrollkommisjonen foretar en selvstendig prøving av om det foreligger endrede forhold. En fullstendig klarlegging av dette spørsmålet vil langt på vei tilsvare realitetsbehandling av klagen, en praksis som gjør at selve begrunnelsen for regelen faller bort.

Enkelte praktiske typetilfeller kan kanskje likevel oppstilles. Hvor pasienten overføres fra døgnpost til tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold kan dette vedtaket påklages kontrollkommisjonen, jf. § 4-10 annet ledd. Kontrollkommisjonen skal imidlertid ikke prøve grunnlaget for tvangen, men kun om vedtaket «ut fra hensynet til pasienten, plasseringsalternativer og forholdene ellers fremstår som urimelig». Dette er et vurderingstema som gjør at klage over overføringsvedtak først og fremst vil være aktuelt ved overføring til et strengere regime. Det har likevel formodningen for seg at grunnlaget for tvangsvedtaket har endret seg da det ikke lenger er behov for døgnopphold. Dersom pasienten klager på selve tvangsvedtaket vil det da være grunn til å la pasienten få prøvd den faglig ansvarliges vurdering av om de endrede forhold tilsier fortsatt tvang uten døgnopphold eller om det er grunnlag for opphør av tvang.

Det kan argumenteres for at når det eksplisitt presiseres i § 4-10 annet ledd at kun overføringens rimelighet skal vurderes må det bety at overføring til et mindre strengt regime ikke utgjør slike endrede forhold at det berettiger ny «tilsvarende klage» om selve tvangen før det har gått 6 måneder. Bestemmelsen regulerer imidlertid ikke kun overføring fra døgnpost til tvungent vern uten døgnopphold, men også overføringer mellom institusjoner med samme type vern, eller til et strengere institusjonsregime. I de sistnevnte tilfellene gjør ikke nødvendigvis de samme hensyn som tilsier fornyet prøving av selve tvangen seg gjeldende.

Utover dette må det bero på en konkret vurdering om det foreligger endrede forhold. Det vil da være naturlig å ta utgangspunkt i begrunnelsen for forrige avslag. Dersom pasienten med støtte i konstaterbare forhold anfører at grunnlaget for dette har endret seg bør kommisjonen ta klagen til behandling. Som nevnt ovenfor kan det ikke på dette stadiet bli snakk om noen fullstendig prøving, men kun om det kan sannsynliggjøres at forhold som kan ha betydning for berettigelsen av tvangen har endret seg. Det vil her nødvendigvis måtte kreves mer enn den rene påstand at vilkårene for tvang ikke lenger er oppfylt. Dokumenterbar reduksjon i behovet for psykofarmaka eller endret holdning til frivillig å ta slike kan for eksempel tenkes å være aktuelle grunnlag for å kreve ny klagebehandling hvor slike forhold lå til grunn for det tidligere avslag.

8.4 Inhabilitet og inhabilitetslignende forhold

8.4.1 Innledning

Av phvl § 6-4 syvende ledd tredje punktum går det frem at habilitetsreglene i domstolloven kap. 6 gjelder tilsvarende for kommisjonens medlemmer. Habilitetskrav følger også av EMK artikkel 5 nummer 4 som ved motstrid skal gå foran reglene i domstolloven, jf. menneskerettighetsloven § 3.

⁷² Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 136

⁷³ IS-9/2012 s. 107

En fullstendig behandling av habilitetsreglene faller utenfor rammen av denne avhandlingen. I det følgende vil kun et særlig spørsmål som oppstår i forhold til kontrollkommisjonen bli behandlet.

Siden kontrollkommisjonene er tilknyttet geografiske områder, typisk kun en institusjon, fører dette til at en kommisjon med samme sammensetning vil kunne ende opp med å behandle klage fra samme pasient flere ganger. Dette er for så vidt ikke en situasjon som er unik for dette organet. At samme dommer behandler en sak med samme part eller mellom samme parter forekommer også for domstolene. At dette ikke i seg selv er inhabilitetsgrunn er sikker rett. I Rt. 1998 s. 1467 uttales følgende om spørsmålet:

«En dommer vil ikke være inhabil etter domstolloven § 108 alene av den grunn at han har avsagt dom i et tidligere søksmål med de samme parter, se Rt 1997 side 1141. Det samme må gjelde også når den nye saken utspringer av samme sakskompleks. Det hører til en dommers profesjonalitet å forholde seg til hver enkelt sak på sakens egne premisser.»

Det må altså noe mer til enn tidligere behandling av klage fra samme pasient for å konstatere inhabilitet.

Av Phvl § 6-4 åttende ledd går det frem at «tilsvarende klage» kan fremmes 6 måneder etter et avslag. Om begrepet «tilsvarende klage», se punkt 8.3. Dette reiser særlig spørsmål om medlemmenes habilitet der kommisjonen tidligere har behandlet klage fra samme pasient over samme type vedtak. Her er det verdt å merke seg at adgangen til å klage på nytt etter 6 måneder gjelder selv om saken står i samme stilling som ved avslag på forrige klage, sett bort fra den lengre varigheten av vernet.

Problemet er særlig aktuelt for pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold. Slike tiltak er ofte svært langvarige. En kan her risikere en situasjon - dersom pasienten klager regelmessig hvert halvår - at samme kommisjon, teoretisk med samme sammensetning, kan behandle slik klage 7-8 ganger i løpet av en fireårsperiode.

I det følgende vil dette spørsmålet behandles i forhold til reglene i domstolloven under punkt 8.4.2 og deretter forholdet til EMK under punkt 8.4.3.

8.4.2 Domstolloven kap. 6

8.4.2.1 Innledning

Om rekkevidden av henvisninger til domstollovens habilitetsregler skriver Bøhn følgende:

«Henvisningene til Domstollovens habilitetsregler fra andre lover og forskrifter må omfatte også rettspraksis som har utviklet seg rundt reglene. Dette gjelder særlig praksis rundt § 106, men må som utgangspunkt også gjelde den omfattende praksisen rundt § 108 der annen lovgivning henviser til denne bestemmelsen. Dette må gjelde så langt reglene som er utviklet i rettspraksis passer, og det ikke gjør seg særskilte hensyn gjeldende for vedkommende organ»⁷⁴

I det følgende vil det derfor redegjøres for domstollovens regler i lys av relevant praksis, og endelig hvorvidt det foreligger særskilte hensyn som taler for en avvikende anvendelse av reglene på kontrollkommisjonens medlemmer.

⁷⁴ Anders Bøhn, *Domstolloven*, 2. utgave, Oslo 2013 s. 366

8.4.2.2 § 106

Domstolloven § 106 inneholder en kasuistisk oppregning over forhold som medfører inhabilitet.

Av bestemmelsens nr. 8 går det frem at ingen kan være «dommer eller lagrettemedlem» dersom vedkommende «tidligere har hatt med saken å gjøre som voldgiftsdommer eller i lavere rett som dommer eller lagrettemedlem».

Der domstollovens regler er gitt tilsvarende anvendelse på kontrollkommisjonen må selvfølgelig «dommer eller lagrettemedlem» forstås slik at det omfatter kommisjonens medlemmer.

Bestemmelsen nevner kun befatning med saken som «voldgiftsdommer eller i lavere rett». Gjentatt befatning med saken i samme instans faller etter ordlyden utenfor.

Denne forståelsen har også vært lagt til grunn i en rekke avgjørelser, blant annet Høyesteretts Kjæremålsutvalgs avgjørelse inntatt i Rt. 1990 s. 1166. Saken gjaldt hvorvidt en av dommerne i Lagmannsretten var inhabil da han tidligere hadde avsagt kjennelse om samme spørsmål i samme tvist.

Kjæremålsutvalget uttaler at det følger indirekte av dl § 106 nr. 8 at det «skal meget til for at for at en dommer skal kunne ansees inhabil på grunn av sin tidligere befatning med saken i samme instans». ⁷⁵ Resultatet ble likevel at lagmannsrettens kjennelse ble opphevet da dommeren ble ansett inhabil etter den skjønnsmessige regelen i dl § 108, noe jeg straks kommer tilbake til.

I en rekke senere avgjørelser, blant andre kjennelsene inntatt i Rt. 2007 s. 855 og Rt. 2008 s. 1323, er det også uttrykkelig slått fast at bestemmelsen kun gjelder befatning med saken i lavere instans.

Etter dette anses det klart at kontrollkommisjonens medlemmers gjentatte befatning med «tilsvarende klage» over samme type vedtak ikke medfører inhabilitet etter dl § 106 nr. 8.

8.4.2.3 § 108

Spørsmålet i det følgende er om forholdet medfører inhabilitet etter den skjønnsmessige regelen i dl § 108.

Av denne bestemmelsen går det frem at en dommer eller et lagrettemedlem også er inhabil «når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete.»

Annet punktum slår fast at det skal legges særlig vekt på om en part har reist inhabilitetsinnsigelse. Slik innsigelse er imidlertid ikke noe absolutt vilkår, se f. eks. Rt. 1979 s. 606. «En innsigelse får først og fremst betydning der det kan være tvil om det foreligger inhabilitet.» ⁷⁶

Spørsmålet blir da om kontrollkommisjonen eller noen av dets medlemmers tidligere avgjørelse av «tilsvarende klage» fra samme pasient utgjør slike «særegne omstendigheter (...), som er skikket til å svekke tilliten til [kommisjonens] uhildethet».

Bøhn skriver følgende om begrunnelsen for habilitetsreglene:

⁷⁵ s. 1169 og 1170

⁷⁶ Bøhn s. 393

«Habilitetsspørsmålet har to sider. Dels er det spørsmål om dommeren på bakgrunn av forholdene i saken vil kunne ta en upartisk avgjørelse som ikke er påvirket av irrelevante hensyn knyttet til aktørene, dommerens egne interesser eller tidligere standpunkter i saken. Dels er spørsmålet hvordan forholdet må antas å bli oppfattet av («tar seg ut» for) partene og allmennheten.»⁷⁷

Dette omtales gjerne som henholdsvis objektiv og subjektiv habilitet.

Avgjørelsen av habilitetsspørsmålet må bygge på en helhetsvurdering, jf. f. eks. Rt. 1988 s. 99. I HR-2004-215-A gis det anvisning på en «objektiv vurdering av hvordan forholdet vil fremtre utad – for partene, det rettssøkende publikum og for offentligheten generelt».⁷⁸

I det følgende blir det gjort rede for praksis som kan belyse momenter i vurderingen, hva gjelder tidligere befatning med saken i samme instans.

En kjennelse inntatt i Rt. 2000 s. 1048 gjaldt et tilfelle hvor det var fremsatt påstand om utskriving fra tvungent psykisk helsevern. Med henvisning til at en av dommerne i Høyesterett hadde deltatt i kjæremålsutvalgets tidligere kjennelse om å nekte anke fra samme pasient med krav om utskriving påstod begge parter at vedkommende dommer var inhabil. Kjæremålsutvalget uttalte følgende om spørsmålet:

«Utgangspunktet må være at en dommer ikke er inhabil ved behandlingen av den nye saken selv om vedkommende har tatt del i den forrige avgjørelsen. Det kan være at den konkrete situasjon er slik at det allikevel vil foreligge særegne omstendigheter etter domstolloven § 108 som gjør at en dommer som har deltatt i en tidligere sak, anses inhabil i en ny sak. Slik er situasjonen ikke her. I tillegg kommer at det er opplyst at det ikke vil bli prosedert på at den forrige avgjørelsen hvor anken ble nektet fremmet, er uriktig.»

Avgjørelsen slår for det første fast at det skal mer til enn kun tidligere befatning med sak mellom samme parter. Dette er ikke overraskende, og følger som nevnt i innledningen også av Rt. 1998 s. 1467. Denne saken er av særlig interesse fordi den spesifikt gjelder sak om utskriving fra tvungent psykisk helsevern, og mer spesifikt påstand om opphør av den samme tvangsinnleggelsen.

Høyesterett holder døren åpen for at særegne omstendigheter kan foreligge som vil medføre inhabilitet i en slik situasjon. Hvilke omstendigheter det kan være tale om berøres ikke. En viss veiledning kan en imidlertid finne i at det legges vekt på at det ikke vil bli prosedert på at den forrige avgjørelsen var uriktig. Dette utsagnet kan tyde på at det kreves uendrede faktiske forhold for at en tidligere avgjørelse av samme rettslige spørsmål mellom samme parter skal virke inhabiliserende.

Samme standpunkt ble opprettholdt i Frostating Lagmannsretts kjennelse LF-2004-5933 hvor retten kom til at sorenskriveren ikke var inhabil til å dømme i en sak om omsorgsovertagelse til tross for at han hadde avgjort en tidligere sak mot samme foreldre om deres første barn. Retten viste til Rt. 2000 s. 1048 og uttalte at all den tid det dreide seg om et annet barn, og det uansett måtte bli ny bevisføring om foreldrenes personlighet og skikkethet i den nye saken «er det ingen betenkelighet knyttet til at dommeren har informasjon fra en tidligere sak».

I den ovenfor nevnte kjennelse inntatt i Rt. 1990 s. 1166 var forholdet nettopp at en av dommerne tidligere hadde tatt stilling til det samme rettskraftsspørsmålet som kjæremålet til lagmannsretten

⁷⁷ Bøhn s. 391

⁷⁸ Avsnitt 8

gjaldt, uten at nye momenter var kommet til i ettertid. Om inhabilitetsspørsmålet uttalte kjæremålsutvalget følgende:

«I en slik situasjon, hvor det dreier seg om å ta standpunkt til en tvist som gjelder det samme spørsmål som dommeren tidligere har avgjort eller vært med på å avgjøre, og uten at det er kommet til nye momenter i saken, mener kjæremålsutvalget at vedkommende dommer bør fratre, slik at partene kan ha full tillit til at domstolen er uhildet.»⁷⁹

Også i Rt. 2006 s. 1518 ble det konstatert inhabilitet. Forholdet var at 3 lagdommere i en tidligere kjennelse hadde tatt stilling til realiteten i ankesaken. Kjæremålsutvalget fant at de tre dommerne «har tatt stilling til realiteten i ankesaken på en slik måte at de ikke bør behandle saken, jf. domstolloven § 108».

Med henvisning til de ovenfor nevnte kjennelsene skriver også Bøhn at praksis går i retning av at «dommeren er inhabil hvis han tidligere i realiteten har behandlet samme (faktiske) spørsmål uten at det er kommet til nye momenter i saken».⁸⁰

Disse synspunktene er relevante for det foreliggende spørsmålet. Hvor en «tilsvarende klage» fremsettes for samme kontrollkommisjon etter at en tidligere klage har vært avslått er forholdet gjerne nettopp det at saken i det vesentlige står i samme stilling som ved forrige behandling. Problemet kommer særlig på spissen ved regelmessige klager fra pasienter underlagt langvarig vern. Volumet av klager som tidligere har vært behandlet av samme kommisjon blir da et ytterligere moment som kan svekke tilliten til at kommisjonen foretar en selvstendig og fullstendig prøving ved hver anledning.

På bakgrunn av den foregående drøftelsen kan en slutte at dl § 108 i utgangspunktet ikke er til hinder for at samme medlem av kontrollkommisjonen deltar i behandlingen av «tilsvarende klage» fra samme pasient flere ganger. Hvor både det samme faktiske og rettslige spørsmål blir forelagt kommisjonen gjentatte ganger synes imidlertid hverken hensynet til objektiv eller subjektiv habilitet å være tilstrekkelig ivaretatt. Praksis tyder på at forholdet da ville medført inhabilitet i domstolene.

8.4.2.4 Ulik norm for kontrollkommisjonene?

Utgangspunktet etter phvl § 6-4 syvende ledd er at normen skal være den samme for kontrollkommisjonen som for domstolene. Dersom særlig hensyn gjør seg gjeldende kan det likevel være grunn til å tolke reglene i domstolloven annerledes for kontrollkommisjonen. Hvorvidt det foreligger slike hensyn blir spørsmålet i det følgende.

Hvilke forhold som skal medføre inhabilitet vil bero på en avveining mellom effektivitet og rettsøkonomi på den ene siden og rettssikkerhet og tillit til de avgjørende organer på den andre.

Det er særlig to forhold som skiller kontrollkommisjonene fra de alminnelige domstoler hva gjelder dette spørsmålet.

For det første treffer kontrollkommisjonen vedtak i plenum mens saker i tingretten som regel ledes av kun en dommer. Hvor en tingrettsdommer er inhabil som følge av tidligere befatning med saken vil en annen dommer ved domstolen kunne behandle saken. Hvor et medlem av

⁷⁹ s. 1170

⁸⁰ Bøhn s. 399

kontrollkommisjonen er inhabil vil det enten måtte innkalles et varamedlem, eventuelt oppnevnes et settemedlem, eller saken henvises til en annen kommisjon. De to sistnevnte alternativene vil nødvendigvis medføre forlenget behandlingstid. Forholdet vil for øvrig ofte være at en inhabilitetsgrunn rammer flere av kommisjonens medlemmer.

For det andre er det et særlig behov for hurtig saksbehandling for kontrollkomisjonene, jf. phvl § 6-4 sjette ledd som gir anvisning på en 2-ukers frist. Dette vanskeliggjør ytterligere oppnevning av settemedlemmer eller henvisning til en annen kommisjon.

I lys av disse forholdene kan hensynet til effektiv saksbehandling tale for at inhabilitetsreglene praktiseres mindre strengt for kontrollkomisjonene. Til dette kommer det at kontrollkomisjonsordningen er lovfestet. Det må antas at det ved vedtagelsen av reglene var forventet at enkelte pasienter underlagt langvarig tvungent vern ville klage gjentatte ganger. Når dette har vist seg å være tilfelle har det heller ikke foranlediget regelendringer. Hensett til de problemer som oppstår i forhold til hurtig saksbehandling hvor medlemmer av kontrollkommisjonen er inhabile kan det neppe ha vært lovgivers mening at dette forholdet skulle medføre inhabilitet. Det antas etter dette at gjentatt behandling av «tilsvarende klage» fra samme pasient ikke medfører inhabilitet for kontrollkomisjonens medlemmer etter dl § 108.

Den rettsdogmatiske konklusjonen ovenfor til tross er det ikke til å komme fra at kontrollkomisjonene behandler klager over svært inngripende vedtak. Ved frihetsberøvelse eller annen tvang overfor enkeltindivider må hensynet til rettssikkerhet veie svært tungt. Hensett til dette bør det, til tross for administrative utfordringer, de lege ferenda ikke aksepteres at samme medlem deltar i behandlingen av «tilsvarende klage» fra samme pasient gjentatte ganger når både de faktiske og rettslige spørsmål er uendret. Dette forholdet illustrerer således et rettssikkerhetsmessig problem med kontrollkomisjonene på systemnivå.

8.4.3 Forholdet til EMK

8.4.3.1 Innledning

EMK artikkel 5 nr. 4 lyder som følger:

«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. »

Av formuleringen «is deprived of his liberty» følger det at retten tilkommer den som er frihetsberøvet. Noen rett til domstolsprøving av inngrepets rettmessighet etter løslatelse kan altså ikke bygges på bestemmelsen.⁸¹ Videre vil sannsynligvis kun pasienter underlagt tvungent vern med døgnopphold være frihetsberøvet bestemmelsens forstand. Dette innebærer at drøftelsen i fortsettelsen vil treffe en smalere gruppe pasienter, uten at det rokker ved problemstillingens aktualitet.

Etter sin ordlyd gir ikke bestemmelsen rett til fornyet prøving av inngrepets rettmessighet ved langvarig frihetsberøvelse. Hvor grunnlaget for frihetsberøvelsen kan endre seg med tiden er imidlertid en slik rett til fornyet prøving innfortolket i bestemmelsen. Dette ble første gang slått fast i

⁸¹ David Harris, Michael O'Boyle og Ed Bates, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Utgave, Oxford 2009 s. 184

*Winterwerp mot Nederland*⁸² som nettopp gjaldt psykiatriske pasienters rettsstilling. Kommisjonen uttalte følgende om spørsmålet: «The very nature of the deprivation of liberty under consideration would appear to require a review of lawfulness to be available at reasonable intervals. »⁸³

Hvilke tidsintervaller som anses «reasonable» beror på en konkret vurdering.⁸⁴ I *Herczegfalvy mot Østerrike*⁸⁵ ble perioder på 15 og 24 måneder ikke ansett rimelige, men domstolen aksepterte et intervall på 9 måneder. Det antas etter dette at adgang til fornyet prøving med 6 måneders mellomrom normalt vil tilfredsstille konvensjonskravet hva intervallenes lengde angår. Som nevnt under punkt 8.3 er det også adgang for kontrollkommisjonen til å prøve en ny «tilsvarende klage» før det har gått 6 måneder dersom endrede forhold tilsier dette.

8.4.3.2 Avgjørelse av en domstol – særlig om kravet til upartiskhet

Rett til avgjørelse av en «court» innebærer ikke noe krav om at organet skal være en del av det alminnelige domstolshierarki.⁸⁶ Det følger imidlertid av sikker praksis at bestemmelsen innebærer krav til organets uavhengighet og upartiskhet.⁸⁷ Som ved avgjørelsen av om kravet til en rettfærdig rettergang etter artikkel 6 nr. 1 er tilfredsstilt, er en objektiv test avgjørende.⁸⁸

Noen parallell til det foreliggende spørsmålet foreligger ikke i praksis fra EMD. Enkelte beslektede avgjørelser er likevel av interesse.

I *D.N. mot Sveits*⁸⁹ var spørsmålet om det var forenlig med kravet til avgjørelse av en «court» i artikkel 5.4 at en lege som etter å ha undersøkt pasienten, og to ganger uttalt at denne ikke burde utskrives, deltok i klagenemndas behandling av saken.

Domstolen bemerket først at artikkel 5.4 i motsetning til artikkel 6.1 ikke eksplisitt stiller krav til organets uavhengighet og upartiskhet. Videre ble det imidlertid presisert at det ville være «inconceivable that Article 5 § 4 of the Convention, relating, inter alia, to such a sensitive issue as the deprivation of liberty of persons of unsound mind (...) should not equally envisage, as a fundamental requisite, the impartiality of that court». (Avsnitt 42)

Domstolen uttalte videre følgende om den objektive testen:

«Under the objective test, it must be determined whether, irrespective of the judge's personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. Account must be taken in particular of internal organisation, though the mere fact that civil servants sit on account of their experience cannot give rise to doubts as to the independence and impartiality of the court (...). In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public, including the parties to the proceedings. Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. In deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear

⁸² Application no. 6301/73, 24. oktober 1979

⁸³ Avsnitt 55

⁸⁴ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 362

⁸⁵ Application no. 10533/83, 24. September 1992

⁸⁶ *Hutchison Reid mot Storbritannia*, application no. 50272/99, 20. mai 2003 (avsnitt 64)

⁸⁷ Harris, O'Boyle og Warbrick s. 189 med henvisninger til praksis.

⁸⁸ Aall s. 358

⁸⁹ Application no. 27154/95, 29. mars 2001

that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the parties concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified ...»⁹⁰

EMD presiserer her at inhabilitetsspørsmålet dreier seg om hvorvidt forholdet gir partene, eller publikum generelt, legitim grunn til å tvile på organets upartiskhet eller uavhengighet. Som Høyesterett ved anvendelsen av reglene i domstolloven uttaler EMD videre at partenes standpunkt i seg selv er viktig, men ikke avgjørende. Det avgjørende er om tvil om organets upartiskhet objektivt sett er legitim.

Om den konkrete saken uttalte domstolen følgende:

«Indeed, while it is to be expected that a court-appointed expert will duly transmit the expert opinion, with its conclusions, both to the court and to the parties to the proceedings, it is unusual for an expert judge, as in the present case, to have formed his or her opinion and disclosed it to the parties before the hearing. (...)

An issue will arise as to the impartiality of the court under the objective test if it is called upon to assess evidence which had previously been given by one of its judges in the form of expert advice. (...)

In the Court's opinion, this situation raised legitimate fears in the applicant that, as a result of R.W.'s position in these proceedings, he had a preconceived opinion as to her request for release from detention and that he was not, therefore, approaching her case with due impartiality (...).

The applicant's fears would have been reinforced by R.W.'s position on the bench of the Administrative Appeals Commission where he was the sole psychiatric expert among the judges as well as the only person who had interviewed her. The applicant could legitimately fear that R.W.'s opinion carried particular weight in taking the decision.

In the Court's view, these circumstances taken as a whole serve objectively to justify the applicant's apprehension that R.W., sitting as a judge in the Administrative Appeals Commission, lacked the necessary impartiality. »⁹¹

Avgjørende var altså at nemdsmedlemmet som også fungerte som fagkyndig i forkant av høringen hadde formidlet sin vurdering til partene, og deretter skulle delta i avgjørelsen på grunnlag av denne vurderingen. Dette gav legitim grunn til å frykte for at vedkommende var forutinntatt i spørsmålet om hvorvidt pasienten skulle utskrives. At den aktuelle legen var den eneste i nemnda med psykiatrisk kompetanse, og den eneste som hadde intervjuet pasienten, gav etter EMDs oppfatning ytterligere grunn til å frykte for nemndas upartiskhet.

Saken er ikke avgjørende for spørsmålet om et medlem av kontrollkommissjonen kan delta i behandlingen av en «tilsvarende klage» fra samme pasient etter å ha avslått en slik tidligere klage. For det første er det ikke snakk om et tilfelle hvor medlemmet selv har undersøkt og avgitt en uttalelse om pasientens tilstand før klagebehandlingen. For det andre ligger medlemmets tidligere befatning med den tidligere klage minimum 6 måneder tilbake i tid.

Saken er likevel av interesse. For det første fordi domstolen anerkjenner at det også i saker etter artikkel 5.4 eksisterer et grunnleggende krav til avgjørelsesorganets upartiskhet, og presiserer hva som ligger i dette. For det andre er det interessant at EMD legger vekt på at legens standpunkt var gjort kjent ovenfor partene. Dette vil jo også være situasjonen med et kommisjonsmedlems tidligere avslag på klage, men da med den reservasjon at dette standpunktet ligger lenger tilbake i tid.

⁹⁰ Avsnitt 46

⁹¹ Avsnitt 52-56

I *Hauschildt mot Danmark*⁹² var spørsmålet om en dommer som 9 ganger hadde tatt stilling til spørsmålet om varetektsfengsling etter en bestemmelse som krevde høy grad av sikkerhet for at tiltalte var skyldig var inhabil til å delta i straffesaken. Domstolen uttalte at i et slikt tilfelle var forskjellen mellom vurderingstemaet i fengslingssaken og hovedforhandlingen marginal. Klagerens frykt for at rettergangen ikke ville være rettferdig var da etter domstolens mening «objectively justified».⁹³ Artikkel 6 nr. 1 var således krenket. Standpunktet er blitt bekreftet i en rekke senere avgjørelser.

Også dette saksforholdet skiller seg betydelig fra det foreliggende spørsmålet. For det første var det snakk om en straffesak hvor artikkel 6.1 kom til anvendelse. Selv om det er sikker rett at rettighetene etter artikkel 6 nr. 1 ikke gis analogisk anvendelse på prosessen etter artikkel 5.4 er det imidlertid liten grunn til at normen for upartiskhet skal være vesentlig ulik.

For det andre er spørsmålet i en straffesak om tiltalte ved en eller flere bestemte handlinger har gjort seg skyldig i et straffbart forhold. Ved flere «tilsvarende klager» til kontrollkommisjonen er det situasjonen på tidspunktet for den nye klagen som skal vurderes. Forholdet kan imidlertid ofte være at situasjonen i det vesentlige er uendret siden forrige klage, slik at det materielle og faktiske spørsmålet i saken praktisk sett er det samme.

Vi ser at den objektive testen for hvorvidt det er legitim grunn til å frykte for en dommers upartiskhet ikke skiller seg fra den som foretas etter norsk rett. Videre synes praksis å tale for at dersom loven åpnet for en ny «tilsvarende klage» umiddelbart etter et avslag vil ikke samme kontrollkommisjon kunne behandle denne. Spørsmålet er om tidsmomentet, og det faktum at det er et nytt vedtak som er klagegjensstand gjør at det ikke lenger er legitim grunn til å frykte for medlemmets upartiskhet.

Hvor situasjonen har endret seg i mellomtiden har et slikt argument mye for seg. Inntil det er legitime grunner til å frykte det motsatte må en ha tillit til medlemmenes profesjonalitet og evne til å vurdere saken på nytt med åpent sinn. Hvor kommisjonens avgjørelsesgrunnlag er uendret siden forrige klage, sett bort fra tiden som er gått, er det imidlertid ikke vanskelig å tenke seg at et medlem, bevisst eller ubevisst, vil være «lojal» mot sin forrige vurdering eller ikke finner det nødvendig å tenke saken gjennom på nytt. Dette gjelder særlig hvor medlemmet flere ganger tidligere har deltatt i avgjørelse av klage fra pasienten uten at forholdene, utover tidsmomentet, har endret seg. Det er i hvert fall vanskelig å påstå at en slik frykt ikke er legitim.

Endelig må det bemerkes at EMD tilstår statene en viss skjønnsmargin i forhold til hvordan de skal oppfylle sine konvensjonsforpliktelser. Hvor stort spillerom statene gis avhenger særlig av tre forhold: inngrepets styrke, dets formål, og egnetheten for rettslig overprøving.⁹⁴ Her er det snakk om svært inngripende vedtak, noe som taler for en snever skjønnsmargin. At inngrepet bygger på et psykiatrifaglig skjønn og er begrunnet med enten et behov for å verne pasientens egne interesser eller samfunnet mot denne kan riktignok tale for tilbakeholdenhet med prøving av de materielle vilkårene. Spørsmålet om kontrollinstansens habilitet er imidlertid et prosessuelt spørsmål EMD nok vil anse seg kompetent til å prøve i større grad enn materielle vurderinger. Skjønnsmarginen antas derfor å være svært snever.

⁹² Application no. 10486/83, 24. mai 1989

⁹³ Avsnitt 52

⁹⁴ Aall s. 144 flg.

Etter dette synes det usikkert om EMD vil anse kravet til prøving ved en «court» oppfylt hvor samme medlem gjentatte ganger behandler det samme faktiske og materielle spørsmål i klage fra samme pasient.

8.4.3.3 Overprøvingsordningen som helhet i forhold til artikkel 5

Av phvl § 7-1 følger det at kommisjonens vedtak i sak om tvungen observasjon, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern, samt vedtak om overføring etter §§ 4-10 og 5-4 kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. I *Sanchez-Reisse mot Sveits*⁹⁵ ble ikke klageren, som stod overfor utlevering til Argentina, hørt med en anførsel om at han ikke hadde hatt adgang til å klage direkte til en domstol. EMD hadde ingen innvendinger mot et krav om forutgående administrativ behandling såfremt prosessen tilfredstilte kravet til hurtig avgjørelse.

Reglene i tvisteloven kapittel 36 faller utenfor rammen for denne avhandlingen. Det er imidlertid all grunn til å anta at denne prosessen vil tilfredsstille de prosessuelle kravene etter artikkel 5.4. Det som da blir spørsmålet er om kravet til hurtig avgjørelse kan tilfredsstilles ved et slikt system med to instanser.

Innholdet av fristen kan ikke gjengis eksakt, men beror på sakens omstendigheter.⁹⁶ I *Engel mfl. Mot Nederland*⁹⁷ ble en måned ansett å være for lang tid i en militær disiplinærsak, og i *E mot Norge*⁹⁸ som gjaldt lovligheten av frihetsberøvende sikring var 2 måneder for lang tid.

Tvisteloven § 36-5 annet ledd slår fast at saken skal «prioriteres og behandles så hurtig som hensynet til forsvarlig saksbehandling gjør mulig». Bestemmelsen presiserer at en tvangssak skal prioriteres foran andre saker, slik at det vil være hensynet til forsvarlig saksbehandling som utgjør skranken for hurtighet. Dette siste vil nettopp også være et moment ved vurdering av fristens lengde etter EMK.

Det antas etter dette at kravet til hurtighet i prinsippet er ivaretatt ved § 36-5. Det anses imidlertid betenkelig at pasienter som klager på nytt etter 6 måneder skal tvinges gjennom en behandling for kontrollkommisjonen hvor det kan stilles spørsmål ved dennes upartiskhet. Det er således grunn til å tro at EMD vil anlegge en intensiv prøving av tidsbruken hvor stevning for tingretten er nødvendig for å tilfredsstille kravet til avgjørelse av en «court» i artikkel 5.4.

8.5 Varsel

8.5.1 Form

Pasientens uttalerett etter § 3-9 fordrer at vedkommende er oppmerksom på at det skal fattes vedtak. Av fvl § 16 første ledd første punktum går det frem at part som ikke allerede har uttalt seg i saken skal varsles før vedtak treffes. Av tredje ledd bokstav c går det frem at varsel kan unnlates dersom parten «allerede på annen måte har fått kjennskap til at vedtak skal treffes og har hatt rimelig foranledning og tid til å uttale seg, eller varsel av andre grunner må anses åpenbart unødvendig».

Det kan stilles spørsmål ved om det er tilstrekkelig varsel at legen i forbindelse med 3-månederskontrollen spør pasienten om hans eller hennes syn på saken, eller om

⁹⁵ Application no. 9862/82, 21. oktober 1986

⁹⁶ Aall s. 360

⁹⁷ Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. juni 1976

⁹⁸ Application no. 11701/85, 29. august 1990

kontrollkommisjonen selv må ta kontakt. All den tid det dreier seg om pasienter som ofte har begrenset innsikt i sin egen situasjon er det liten grunn til å gi unntaket i fvl § 16 tredje ledd bokstav c anvendelse. Pasienten bør eksplisitt varsles om at vedtak skal treffes og gjøres oppmerksom på sin uttalerett. En slik forståelse er også lagt til grunn i *Saksbehandlingsrundskriv for kontrollkomisjonene* hvor det står at *kontrollkommisjonen* skal gjøre pasienten oppmerksom på sin uttalerett.⁹⁹ Tydelighet rundt rollefordelingen ved at kontrollkommisjonen står for denne kommunikasjonen vil også styrke kommisjonenes uavhengighet.

Det uttales videre i rundskrivet at hvordan dette skal gjøres må vurderes konkret i forhold til den enkelte pasient. Det antas at det her siktes til hvorvidt varsel skal gis skriftlig. Av fvl § 16 annet ledd annet punktum går det frem at varsel som hovedregel skal være skriftlig. Av siste punktum går det frem at varsel kan gis muntlig dersom det vil være «særlig byrdefullt» med skriftlig underretning. Forarbeidene viser til situasjoner hvor det haster med å treffe vedtak eller det er mer hensiktsmessig med offentlig kunngjøring grunnet et stort antall parter.¹⁰⁰

Av psykisk helsevernforskriften § 41 går det frem at meddelelser til pasienten som hovedregel skal skje i lukket brev til ham eller henne personlig, eventuelt ved bruk av elektronisk kommunikasjon dersom pasienten har samtykket til dette.

Det kan argumenteres for at et muntlig varsel nok vil være mest effektivt overfor enkelte pasienter, enten på grunn av vanskeligheter med skriftlig materiale eller behov for å få forklart betydningen av et slikt varsel. De hensyn som tilsier skriftlighet, i første rekke etterprøvbarehet, gjør seg imidlertid gjeldende også overfor denne gruppen. Det antas etter dette at skriftlig varsel alltid bør gis, selv i de tilfeller hvor dette må suppleres med muntlig underretning. At slik supplerende muntlig informasjon tidvis vil være nødvendig er også forutsatt i det ovennevnte rundskrivet hvor det står følgende om spørsmålet:

«Kommisjonen bør forvise seg om at pasienten forstår dokumentenes innhold. I tilfeller der det er grunn til å tro at det er behov for det, bør kommisjonen sørge for at pasienten gis en nærmere forklaring av avgjørelsens innhold og konsekvensen av den. Forklaringen bør gis av kontrollkomisjonens leder eller av pasientens advokat. Det bemerkes i denne sammenheng at det kan være uheldig dersom slik redegjørelse gis av sykehuset, da dette kan skade pasientens opplevelse av kontrollkommisjonen som et uavhengig organ.»¹⁰¹

Dette er fornuftige synspunkter. Direktoratet skriver likevel i neste avsnitt at det for pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold, og som dermed ikke har noen naturlig «møteplass» med kontrollkommisjonen, kan være hensiktsmessig at institusjonene veileder pasientene i forhold til kommisjonens tremåneders og 1-årskontroll.¹⁰² Det er for så vidt ingenting i veien for at institusjonen på forespørsel er behjelpelig med å forklare innholdet av kommunikasjon fra kontrollkomisjonene. De hensyn som tilsier at kommisjonen selv forsikrer seg om at pasienten varsles og har forstått sine rettigheter i den forbindelse gjør seg imidlertid gjeldende også for pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold.

⁹⁹ IS-10/2007 s. 10

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 3 (1976-1977), *Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)*, s. 70

¹⁰¹ IS-10/2007 s. 6

¹⁰² *Ibid*

Det legges etter dette til grunn at kontrollkommisjonen alltid skal gi skriftlig varsel med opplysninger om pasientens rettigheter når det skal fattes vedtak. Når det er grunn til å tro det er nødvendig skal kontrollkommisjonen selv ta kontakt med pasienten for å forsikre seg om at vedkommende har forstått varselet. Hvorvidt dette gjøres i møte med pasienten eller telefonisk må bero på en vurdering av hva som er hensiktsmessig i det konkrete tilfellet.

8.5.2 Innhold

Endelig kan det stilles spørsmål om hva varselet skal inneholde. Av fvl § 16 annet ledd første punktum går det frem at varselet skal «gjøre greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv».

I forarbeidene til bestemmelsen er det påpekt at det ikke påhviler forvaltningsorganet noen direkte plikt til å legge ved kopi av saksdokumenter. Det vises likevel til at det i mange saker vil være naturlig at parten får kopi av sentrale dokumenter. Omfanget av dokumenter som skal legges ved varselet beror på en konkret vurdering hvor blant annet dokumentmengden og sakens kompleksitet får betydning.¹⁰³

Spørsmålet om hva varselet skal inneholde må ses i sammenheng med pasientens rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter etter fvl §§ 18 og 19. Av § 18 første ledd første punktum går det frem at en part har rett til å gjøre seg kjent med «sakens dokumenter» med mindre noe annet følger av §§ 18 og 19. Etter § 19 første ledd bokstav d kan en part nektes innsyn i dokumenter som det «av hensyn til hans helse eller hans forhold til personer som står ham nær, må anses utilrådelig at han får kjennskap til». En tilsvarende regel følger av pasrl § 3-2. Se punkt 8.2 for en diskusjon om rekkevidden av slike unntak.

Dokumentmengden i saker om tvungent psykisk helsevern vil variere i omfang fra relativt beskjedne mengder til tusenvis av sider for kronikerne. Psykisk helsevernforskriften § 48 lister opp dokumenter som kontrollkommisjonen kan be om innsyn i. Disse inkluderer, grunnlagsdokumentene for vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern, pasientjournal, individuell plan og tvangsprotokollene. I tillegg vil det foreligge en uttalelse fra den faglig ansvarlige.

I mange tilfeller, spesielt hvor dokumentmengden er omfattende, vil pasienten kanskje ikke kunne nyttiggjøre seg av alt materialet. Videre dreier det seg om sensitive opplysninger som det er i pasientens interesse å unngå kommer på avveier. Åpent psykotiske kan for eksempel tenkes å finne på å dele dem ut til naboer eller lignende.

Hensett til at det i mange tilfeller dreier seg om store mengder dokumenter, samt potensiell spredningsfare taler de beste grunner for at grunnlagsdokumentene som hovedregel ikke følger med varselet. Pasienten bør imidlertid i varselet opplyses om at dokumentene kan utleveres på forespørsel i samsvar med de alminnelige prinsippene for dokumentinnsyn.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 71

8.6 Virkningen av feil

8.6.1 Dokumentkontrollen

8.6.1.1 Innledning

Av psykisk helsevernloven § 57 annet ledd går det frem at dersom kontrollkommisjonen «på bakgrunn av de fremlagte dokumenter finner at vedtaket lider av alvorlige formelle eller materielle feil, kan vedtaket kjennes ugyldig».

Hvor vedtaket kjennes ugyldig eksisterer ikke lenger grunnlag for tvungent psykisk helsevern og pasienten må utskrives. Spørsmålet blir hva som skal anses for «alvorlige formelle eller materielle feil».

Spørsmålet kommer i mindre grad på spissen hva gjelder rent materielle feil. Kontrollkommisjonen skal ved dokumentkontrollen ikke gjøre noen selvstendig prøving av de materielle vilkårene, men kun om vedtaket bygger på en vurdering av disse, jf. lovens § 3-8 første ledd annet punktum. Her vil det imidlertid være en vanskelig grensdragning mot formelle feil. Medisinere vil i mange tilfeller uttrykke seg unøyaktig sett med juristers øyne uten at det nødvendigvis reflekterer svakheter ved selve vurderingen.

I *Saksbehandlingsrundskriv for kontrollkomisjonene i det psykiske helsevern* uttales følgende om spørsmålet:

«Hvis det åpenbart er materielle feil ved vedtaket, for eksempel ved at hovedvilkår eller tilleggsvilkår ikke er vurdert eller begrunnet, kan konsekvensen av kontrollkomisjonens prøving bli at vedtaket anses som ugyldig. Dersom kommisjonen vurderer vedtaket til å være for dårlig begrunnet, men kommer til at det likevel ikke er ugyldig, kan det være naturlig å be institusjonen om (ytterligere) begrunnelse.»¹⁰⁴

Det Direktoratet her beskriver som materielle feil (svakheter ved begrunnelsen) kan like gjerne betegnes som en formell feil. Det kan selvfølgelig tenkes tilfeller hvor det fremgår av vedtaket at det er truffet i strid med materielle regler i psykisk helsevernloven. I slike tilfeller kan det imidlertid neppe være tvil om at det må kjennes ugyldig. Slike mangler ved begrunnelse som Direktoratet peker på ovenfor er nok mer praktiske. Hvilken virkning slike feil skal få er et viktig spørsmål, men å forsøke å trekke et skille for når disse skal kategoriseres som materielle feil antas ikke å være fruktbart for analysen. I det følgende vil mangler ved begrunnelsen behandles sammen med de øvrige formelle feil.

8.6.1.2 Forholdet til fvl § 41

Hvilken virkning formelle feil skal få er et vanskelig spørsmål. Det må i vurderingen både tas hensyn til å sikre at reglene etterleves i praksis og at underkjennelse av et vedtak innebærer den dramatiske følge at pasienten må utskrives, eventuelt holdes tilbake på nødrettslig grunnlag.

Forvaltningsloven § 41 får anvendelse på saker etter psykisk helsevernloven, jf. § 1-6. Bestemmelsen slår fast at dersom «reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold».

¹⁰⁴ IS-10/2007 s. 8

Det er alminnelig enighet om at det ikke kan kreves mer enn at det er en ikke helt fjerntliggende mulighet for at feilen kan ha hatt betydning.¹⁰⁵

Det er verdt å merke seg at bestemmelsen ikke sier noe om hvilken virkning en feil det er grunn til å tro kan ha virket bestemmende skal få. Kun at hvor det er grunn til å tro at feilen ikke kan ha virket bestemmende er vedtaket likevel gyldig. Spørsmålet blir da hvilke formelle feil som skal medføre ugyldighet.

Regelen er et utslag av at formålet med saksbehandlingsregler er å sikre materielt riktige avgjørelser. Brudd på slike regler som ikke kan ha virket inn på det materielle innholdet av et vedtak er det således i utgangspunktet ikke grunn til å tillegge virkning.

I Innst. O. nr. 2 (1966-1967) bemerkes det at bestemmelsen «gir adgang til i en viss grad også å trekke inn andre omstendigheter – f. eks. virkningen av ugyldighet og betydningen av at saksbehandlingsreglene på vedkommende saksområde håndheves særlig strengt».¹⁰⁶

I teorien har henvisningen til «virkningen av ugyldighet» vært oppfattet slik at gyldighet til tross for en feil som kan ha hatt innvirkning først og fremst er aktuelt hvor ugyldighet vil være til skade for en privat part.¹⁰⁷

Det er noe uklart hva som skal forstås med uttalelsen om at det kan legges vekt på betydningen av at saksbehandlingsreglene på vedkommende område håndheves særlig strengt. Lovens ordlyd stenger jo eksplisitt for ugyldighet som følge av formelle feil hvor det ikke er grunn til å tro feilen kan ha hatt betydning. En strengere anvendelse av reglene må da knytte seg til hvilken sannsynlighet som skal kreves for innvirkning. Et slikt synspunkt finner støtte hos Eckhoff og Smith som med henvisning til nettopp denne forarbeidsuttalelsen skriver at hvilken grad av sannsynlighet som kreves kan variere noe avhengig av hvor grove og tallrike feilene er, og særlig relevant i denne sammenheng, hvor inngripende vedtak det dreier seg om.¹⁰⁸

Det er vanskelig å si noe konkret om hvilke feil som vil føre til ugyldighet, og hvilke som kan repareres. Om vurderingen etter fvl § 41 skriver Graver at hvorvidt man skal se bort fra feilen beror på en helhetsvurdering hvor feilens art og grovhet virker inn. Inhabilitet hos den som forbereder saken, eller treffer vedtaket, samt brudd på utredningsplikten, varslingsplikten og kravene til kontradiktorisk saksbehandling må lett anses for å kunne hatt betydning for vedtaket. Avgjørende er det imidlertid om formfeilen er en indikasjon på at det foreligger vurderingsfeil.¹⁰⁹ Jeg kommer tilbake til noen konkrete typetilfeller under punkt 8.6.1.4.

Av ordlyden går det frem at bestemmelsen kun gjelder direkte for saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven. Om hvorvidt regelen også skal få anvendelse på saksbehandlingsregler gitt i andre lover uttaler justiskomiteen følgende:

«Etter proposisjonens § 41, 2. punktum, skulle bestemmelsen gjelde tilsvarende for behandlingsregler gitt i eller i medhold av andre lover. Justiskomiteén har vært i tvil om rekkevidden og berettigelsen av en slik regel. Under

¹⁰⁵ Woxholth s. 647 med henvisninger.

¹⁰⁶ s. 16

¹⁰⁷ Woxholth s. 647

¹⁰⁸ Eckhoff og Smith s. 489

¹⁰⁹ Graver s. 599-600

enhver omstendighet har man funnet å ville sløyfe regelen som heller ikke synes å høre naturlig sammen med det loven ellers regulerer. Spørsmålet har vært drøftet underhånden med justisdepartementet som ikke har hatt noe å innvende mot at bestemmelsen er tatt ut. Justiskomiteén antar imidlertid at det i mange tilfelle vil være naturlig å bruke § 41 analogisk på behandlingsregler i andre lover...»¹¹⁰

Det forutsettes altså at det ofte vil være naturlig å gi regelen analogisk anvendelse på regler gitt i medhold av andre lover. Graver synes å forstå den ovennevnte forarbeidsuttalelsen slik at bestemmelsen skal anvendes analogisk på bestemmelser om saksbehandlingen i andre lover.¹¹¹ Så absolutt er det vanskelig å forstå uttalelsen.

Om rekkevidden av justiskomiteens synspunkt skriver Woxholth følgende:

«Direkte regulerer § 41 bare brudd på forvaltningsloven og forskrifter gitt i medhold av den, jfr lovteksten. Men selv om feilen knytter seg til brudd på en bestemmelse i spesiallovgivningen, og også på ulovfestede saksbehandlingsregler, må prinsippet i § 41 komme inn i bildet. Se Rt 1965 s 181 (tapetsererdommen) og Eckhoff/Smith s 489. Dette gjelder selvsagt bare i den utstrekning særloven selv ikke har regler som avviker fra prinsippet i § 41, f eks regler om at enhver feil fører til ugyldighet, eller at ingen eller bare enkelte former for feil skal medføre ugyldighet.»¹¹²

Hva Woxholth mener med at prinsippet må komme inn i bildet er noe uklart. I dommen det refereres til var det reist sak mot en rekke håndverkere for å få kjent deres svenneprøve ugyldig da prøvenemnda ikke hadde overholdt de fastsatte bestemmelser. Førstvoterende for flertallet uttaler følgende:

«Det er ikke grunn for meg til å gå inn på spørsmålet om i hvilken utstrekning det vil være adgang til å se bort fra ubetydelige fravikelser fra de foreskrevne prøver når det ikke kan antas at fravikelsen under noen omstendighet har hatt betydning for bedømmelsen. Etter opplysningene i saken må jeg bygge på at kravet om at tapetet skal strekkes kan i kant er oppstilt med hensikt for å prøve kandidatenes kvalifikasjoner nettopp på dette punkt.»

Det er vanskelig å utlede noe konkret fra denne dommen utover at Høyesterett ikke avviser at prinsippet kan få anvendelse. Eckhoff og Smith går heller ikke lenger enn å uttale at regelen i stor utstrekning kan anvendes analogisk på andre saksbehandlingsfeil.¹¹³

I Rt. 1990 s. 1001 var det spørsmål om et vedtak om å nekte byggetillatelse var ugyldig da bygningsrådet ikke hadde forelagt spørsmål om avkjørselstillatelse for formannskapet. Kommunen hadde prosedert på at vedtaket likevel var gyldig da feilen ikke hadde hatt betydning for resultatet. Høyesterett uttaler følgende om spørsmålet:

«Forvaltningsloven § 41 gjelder etter sin ordlyd bare ved tilsidesettelse av saksbehandlingsregler gitt i denne loven eller i forskrifter gitt i medhold av denne. I praksis er imidlertid prinsippet i § 41 anvendt som et generelt prinsipp ved saksbehandlingsfeil i forvaltningen. Det er imidlertid ikke gitt at bestemmelsen skal legges til grunn på alle områder og uavhengig av hvilke feil som er begått. Når saksbehandlingsregelen i den tidligere bygningslov § 95 nr. 2 annet ledd ikke er fulgt, og bygningsrådet har nektet byggetillatelse i et tilfelle hvor det ikke foreligger nødvendig samtykke fra et annet organ som omfattes av bestemmelsen, kan gyldigheten av bygningsrådets vedtak i alminnelighet ikke avhenge av hva en måtte mene om sannsynligheten for at angjeldende organ ville imøtekommet en søknad eller ikke.»

¹¹⁰ Innst. O nr. 2 (1966-1967), *Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)*, s. 16

¹¹¹ Graver s. 597

¹¹² Woxholth s. 647

¹¹³ Eckhoff og Smith s. 489

Dommen kan enten forstås som et utslag av at prinsippet i § 41 ikke nødvendigvis gjelder i forhold til regler i plan- og bygningsloven, eller at vedtak som lider av personell kompetansemangel kan kjennes ugyldige uavhengig av om feilen kan ha virket inn. Graver forstås dommen på sistnevnte måte.¹¹⁴ Jeg er enig i denne forståelsen hva gjelder den konkrete saken, men mener uttalelsen mer generelt må forstås slik at enkelte feil er så grove at de må tillegges virkning uavhengig av om de kan ha hatt betydning.

Når reglene i forvaltningsloven er gitt anvendelse på saker etter psykisk helsevernloven må det for så vidt være klart at prinsippet – som Woxholth uttrykker det – i hvert fall kommer inn i bildet. Hensett til justiskomiteens uttalelse og det som er sitert fra Rt. 1990 s. 1001 synes det etter dette likevel klart at praktiseringen av fvl § 41 på vedtak etter psykisk helsevernloven må fastlegges særlig ut fra rettskildebildet på dette området. Det er i den sammenheng grunn til å stille spørsmål om enkelte feil bør tillegges virkning uavhengig av om de kan ha hatt betydning for innholdet av vedtaket.

I det følgende vil regelen i fvl § 41 tolkes i lys av de rettskilder og særlige hensyn som foreligger på dette området. Til slutt i fremstillingen vil jeg forsøke å konkretisere innholdet ved gjennomgang av noen praktiske typetilfeller.

8.6.1.3 Terskelen for å kjenne vedtak etter psykisk helsevernloven ugyldig

Grunnlaget for dokumentkontrollen er phvl § 3-8 første ledd som slår fast at kontrollkommisjonen skal oversendes alle vedtak etter §§ 3-2 og 3-3 sammen med kopi av underlagsdokumentene. Kontrollkommisjonene skal etter bestemmelsen «så snart som mulig forvise seg om at riktig framgangsmåte er fulgt og at vedtaket bygger på en vurdering av vilkårene i §§ 3-2 eller 3-3». Spørsmålet er altså hvilken virkning feil som avdekkes ved denne kontrollen skal få.

Forarbeidene til psykisk helsevernloven er kategoriske. Om spørsmålet uttales det:

«Er ikke den riktige framgangsmåte fulgt, det mangler f.eks. erklæring fra legeundersøkelse eller begjæring om tvungent psykisk helsevern, er ikke vedtaket om å etablere tvungent psykisk helsevern gyldig. Følgen av dette må være at pasienten blir utskrevet fra tvungent psykisk helsevern.»¹¹⁵

Forstått ordrett representerer dette et brudd med prinsippet i fvl § 41.

Forskriften § 57 som er en videreføring av den opphevede *forskrift om kontrollkommisjonenes virksomhet* § 3-1 representerer en oppmykning av dette standpunktet. Begge er gitt etter vedtagelsen av 1999-loven, og følgelig den siterte forarbeidsuttalelsen. Etter denne «kan vedtaket kjennes ugyldig» dersom det «lider av alvorlige formelle eller materielle feil». Kontrollkommisjonen er altså gitt en diskresjonær kompetanse til å kjenne vedtak ugyldig dersom feilen er «alvorlig».

Det foreligger ingen rettspraksis som direkte berører spørsmålet. I Rt. 1998 s. 937 (Almanakdommen) var det spørsmål om saksbehandlingsfeil hver for seg eller samlet medførte at det ikke forelå et gyldig vedtak som Høyesterett kunne prøve. Førstvoterende formulerte spørsmålet slik:

«Siden Høyesterett har full kompetanse i saken, er spørsmålet så om de saksbehandlingsfeil som i og for seg kan konstateres, hver for seg eller samlet, har en slik karakter at de bør utelukke at Høyesterett anser A for å være tvangsinlagt og realitetsbehandler kravet om utskrivning.»¹¹⁶

¹¹⁴ Graver s. 590 og 591

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 158

Til tross for at førstvoterende konstaterte at det ikke ble fattet skriftlig vedtak (kun et notat i overlegens private almanakk), at tvangsinnleggelsen ikke ble journalført slik dagjeldende forskrift krevde og at melding om vedtak ikke ble sendt kontrollkommisjonen, fant retten at «... vedtak om tvangsinnleggelse etter phvl § 5 reelt sett ble gjort...» den aktuelle dagen.

Almanakkdommen er sterkt kritisert av Syse i en artikkel inntatt i *Kritisk Juss* i 1998.¹¹⁷ Om betydningen av at prosessuelle regler overholdes skriver han følgende:

«Rettsikkerhetsgarantier, og en oppfyllelse av lovfestede rettsikkerhetskrav, er oppstilt for å hindre, eller bringe til avslutning, urettmessige og/ eller uhensiktsmessige tvangsinngrep. Både fra et prinsipielt ståsted, og i det enkelte tilfelle, er det derfor viktig å overholde de formkrav som oppstilles i loven. Ikke minst må dette gjelde når et vedtak kan medføre tidsubestemt administrativ frihetsberøvelse med mulighet for tvangsmedisinering. På et område hvor pasientene lett vurderes som ute av stand til å vurdere sitt eget beste, er det helt nødvendig at kontroll- og tilsynsorganer utøver sine lovbestemte funksjoner.»¹¹⁸

Dette er fornuftige synspunkter. Det må også antas at en administrativ frihetsberøvelse vil føles enda mer inngripende og integritetskrenkende hvor mangler ved grunnleggende rettsikkerhetsgarantier ikke får noen betydning.

I Rt. 2002 s. 1646 var det spørsmål om brudd på konverteringsforbudet i § 2-3 medførte at det ikke forelå et vedtak om tvungent psykisk helsevern som Høyesterett kunne prøve. Førstvoterende bemerker at vurderingen etter tvistemålsloven § 482 skal skje ut fra situasjonen på domstidspunktet og at det i prinsippet ikke er adgang til å få kjent et vedtak ugyldig. Førstvoterende presiserte likevel med henvisning til Scheis kommentar til tvistemålsloven at dette ikke utelukket at «... et vedtak kan lide av slike feil at det, i eksepsjonelle tilfeller, må kunne oppheves og eventuelt hjemvises til ny behandling i forvaltningen... »¹¹⁹

Førstvoterende kommenterte det som er sitert fra Almanakkdommen ovenfor slik:

«Jeg mener at dette kan være et hensiktsmessig utgangspunkt for vurderingen, og legger til grunn at det man i første rekke har siktet til er vedtak som lider av så grove kompetansemangler at de i realiteten må betraktes som en nullitet. I slike tilfeller vil normalt ikke domstolene ha det nødvendige grunnlag for å foreta den realitetsvurdering tvistemålsloven § 482 pålegger.»¹²⁰

Heller ikke i denne dommen ble feilen ansett for å være av en slik karakter at retten ikke kunne realitetsbehandle saken. Etter disse dommene synes terskelen for å bli hørt med saksbehandlingsfeil i saker etter dagjeldende tvml kapittel 33 (nå kapittel 36 i tvl) å være svært høy. Rettens premisser omhandler imidlertid dens kompetanse etter tvml § 482, og kan vanskelig sies å ha direkte betydning for spørsmålet om virkningen av feil ved dokumentkontrollen.

I forbindelse med lovgivningsprosessen i 2005/2006 tok departementet opp spørsmålet om hvilken virkning det skulle få for utfallet av en klagesak i kontrollkommisjonen at det var begått feil under etableringen eller opprettholdelsen av tvungent psykisk helsevern. I et høringsnotat skriver

¹¹⁶ s. 943

¹¹⁷ Aslak Syse, «Frihetsberøvet etter et almanakknotat – når lovoppstilte rettsikkerhetsgarantier ikke tar ansvar (Rt-1998-937)», *Kritisk Juss*, 1998 s. 227

¹¹⁸ *Ibid* s. 233

¹¹⁹ s. 1653

¹²⁰ *Ibid*

departementet med henvisning til den ovenfor siterte uttalelsen i Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) følgende:

«Dette tilsier at det er en noe lavere skranke for at kontrollkommisjonene kan komme til at innleggelsesvedtaket er ugyldig enn når domstolene prøver saken etter tvistemålsloven § 33. Etter departementets vurdering følger dette allerede av gjeldende rett. Likevel er det grunn til å vurdere en presisering i loven som synliggjør denne forskjellen i kompetanse mellom kontrollkommisjonene og domstolene.»¹²¹

Uttalelsen retter seg riktignok mot kontrollkommisjonens kompetanse i klagesaker, men det er vanskelig å se noen grunn til at denne skal være annerledes under dokumentkontrollen.

Videre presiserer departementet først at dersom saksbehandlingsfeil skal føre til utskrivelse kan dette ses på som en ytterligere forsømmelse overfor pasienten. Dette er etter departementets mening et viktig mothensyn som tilsier at det kun er de mer alvorlige saksbehandlingsfeil som skal kunne lede til utskriving.¹²²

På den annen side peker departementet på flere momenter som taler for at kontrollkommisjonen i noe større grad enn domstolene skal kunne la alvorligere saksbehandlingsfeil få konsekvenser for gyldigheten av det aktuelle vedtaket:

«Hensynet til kontrollkommisjonenes tillit som uavhengig overprøvingsorgan tilsier at de ikke bør "reparere" enhver prosessuell feil begått i forbindelse med etableringen av det tvungne vernet. Kontrollkommisjonenes organisering og funksjon nær institusjonen innebærer en risiko for at de utenfra kan anses å være for å være en del av institusjonen og "tvangsapparatet", og at de derfor kan ha sammenfallende interesser.

Kontrollkommisjonenes prøving er den første domstollignende prøving som skjer etter at faglig ansvarlig har truffet etableringsvedtaket. Dette tilsier at kontrollkommisjonene bør være nøye med å føre kontroll med at saksbehandlingen er korrekt. At brudd på saksbehandlingsregler i enkelte tilfeller kan innebære at pasienten blir skrevet ut må antas å være et virkemiddel som bidrar til etterlevelse av regelverket.

Kontrollkommisjonenes prøving vil alltid treffes på et tidligere punkt i forløpet av det tvungne vernet enn domstolenes prøving. Etter departementets vurdering er det større grunn til å reagere mot saksbehandlingsfeilene som er begått for kort tid siden, enn i de tilfeller hvor vedkommende person over lengre tid er holdt under tvungent vern til tross for at det på et tidligere stadium i prosessen er gjort saksbehandlingsfeil.

På denne bakgrunn mener departementet det er grunn til å presisere kontrollkommisjonenes overprøvingskompetanse i loven § 6-4 gjennom å la forvaltningsloven § 41 få anvendelse også for de særskilte saksbehandlingsregler som følger av psykisk helsevernloven.»¹²³

Få av høringsinstansene kommenterte dette forslaget. Enkelte høringsinstanser, herunder *Regjeringsadvokaten* og enkelte kontrollkommisjoner var skeptiske til en slik lovendring. De mente en bestemmelse som foreslått ikke ville innebære noen presisering eller endring av rettstilstanden. I tråd med disse synspunkter kom departementet etter en fornyet vurdering til at det ikke var behov for lovendring. Departementet avslutter likevel med å understreke «de særskilte hensyn som gjør seg

¹²¹ Helse- og omsorgsdepartementet, *Høringsnotat om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven*, 13.6.2005 s. 86

¹²² *Ibid*

¹²³ *Ibid* s. 87

gjeldende for spørsmålet om hvorledes kontrollkommisjonen skal bedømme saksbehandlingsfeil i forbindelse med klagesaksbehandling».¹²⁴

Den foreslåtte lovendringen kom ikke med i proposisjonen da departementet i tråd med enkelte høringsinstansers syn vurderte det slik at forslaget allerede fulgte av gjeldende rett. Da synspunktene er tatt inn i proposisjonen, og dermed forelagt for Stortinget, må de likevel tillegges vekt ved fastleggningen av kontrollkommisjonens kompetanse etter phvl § 3-8 første ledd. I den sammenheng er særlig hensynet til kontrollkommisjonens tillit som uavhengig organ, og den handlingsdirigerende effekt en streng holdning antas å ville ha av interesse. Samtidig er de potensielle negative følgene av at pasienten må utskrives, som departementet påpeker, et tungtveiende hensyn i motsatt retning.

I *Rundskriv til psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften* uttaler direktoratet at ikke enhver feil vil resultere i ugyldighet. Manglende underskrifter eller uriktig paragrafhenvising nevnes som eksempler på feil som bør kunne rettes. Det vises for øvrig generelt til forvaltningsloven § 41.¹²⁵

Spørsmålet er også behandlet i *Saksbehandlingsrundskriv for kontrollkomisjonene i det psykiske helsevern*.¹²⁶ Det uttales først at etter direktoratets mening bør kun de mer alvorlige feil føre til ugyldighet. Om vurderingen skriver direktoratet følgende:

“Hvilken konsekvens en feil skal få må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering. Ved denne vurderingen må det på den ene side tas hensyn til at ugyldighet som følge av formell feil kan ses som en ytterligere forsømmelse av en pasient i tilfeller der det er liten tvil om lovens materielle vilkår er oppfylt. På den annen side tilsier hensynet til kontrollkomisjonenes tillit som uavhengig overprøvingsorgan at de ikke bør reparere enhver prosessuell feil. At brudd på saksbehandlingsregler i enkelte tilfeller innebærer at kontrollkommisjonen underkjenner vedtaket, må videre antas å være et virkemiddel som bidrar til etterlevelse av regelverket.

I forbindelse med vurderingen av konsekvensen av feil ved sykehusets vedtak kan det være grunn til å ta spørsmålet opp med den faglig ansvarlige for vedtak.”

Direktoratet peker her på de samme hensyn som departementet i det ovennevnte høringsnotatet. Vektleggningen av hensynet til pasienten selv synliggjør et viktig særtrekk ved inngripende vedtak etter psykisk helsevernloven. Inngrepet er – som regel - ment å være til pasientens beste. Når en først har en lovgivning som anerkjenner inngrep basert på slike paternalistiske synspunkter ville det være inkonsekvent om en ikke tok hensyn til det ved tolkingen av de prosessuelle reglene. En ser det da slik at ugyldighet kan være til skade for pasienten. Isolert taler dette for en høyere terskel for å konkludere med at et tvangsvedtak er ugyldig.

Direktoratet peker videre på den annen side på at tilliten til kontrollkommisjonen som uavhengig overprøvingsorgan tilsier at ikke en hver prosessuell feil bør repareres, samt den handlingsdirigerende effekt en streng praktisering av reglene antas å ha.

Det er ikke vanskelig å slutte seg til disse synspunktene. De prosessuelle reglene er til for å sikre at vedtak får et materielt riktig innhold. Selv om lovgivningen anerkjenner at pasienten ikke alltid vet sitt eget beste rekker ikke denne legitimeringen lenger enn til de tilfellene hvor de materielle vilkårene er oppfylt. De aktuelle vedtakene er så inngripende at hvor det er grunn til å tro at en prosessuell feil kan ha hatt betydning for et tvangsvedtak kan det vanskelig forsvares å la det bli

¹²⁴ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 25

¹²⁵ IS-9/2012 s. 165

¹²⁶ IS-10/2007 s. 9

stående. I strafferetten taler en om at det er bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig blir dømt. Hensett til at en tross alt, i motsetning til i en straffesak, kan fatte nytt vedtak under korrekte prosedyrer hvor et vedtak blir kjent ugyldig bør vel en slik tankegang få gjennomslag også på dette området.

Det er endelig verdt å poengtere at dersom en ikke anlegger en streng holdning vil situasjonen ofte bli den at feilen aldri kan ha hatt innvirkning. For eksempel ved mangelfulle legeopplysninger vil den faglig ansvarliges vedtak i realiteten fungere som bevis for at feilen ikke hadde konsekvenser all den tid spesialisten kom til at vilkårene var oppfylt. I en slik situasjon blir de prosessuelle garantiene lite mer enn papirbestemmelser.

Det synes etter dette å være lite rom for synspunktet om likevel gyldighet på tross av formelle feil til pasientens beste hvor det ellers kan være tvil om de materielle vilkårene for tvang er oppfylt.

At overprøvingsinstansen reparerer enhver prosessuell feil er videre neppe forenlig med våre forpliktelser etter EMK artikkel 5.1 hvorav det følger at frihetsberøvelse kun kan aksepteres «in accordance with a procedure prescribed by law». I EMDs dom i *Mooren mot Tyskland*¹²⁷ som gjaldt en fengslingskjennelse ble dette forstått slik at det må foretas en vurdering av om prosessuelle feil utgjør «a gross and obvious irregularity».¹²⁸ Om dette besvares bekreftende vil ikke frihetsberøvelsen være i samsvar med artikkel 5.1. Dommen gjelder riktignok strafferettslig frihetsberøvelse, men det må antas at den samme testen vil få anvendelse på saker om administrativ frihetsberøvelse. I den konkrete saken fant EMD at beskrivelsen av grunnlaget for mistanken mot siktede ikke var tilstrekkelig detaljert og at siktedes advokat ikke hadde fått tilgang til saksdokumentene. Retten fant likevel at feilen ikke utgjorde en «gross and obvious irregularity».

Det dreier seg altså om en relativt høy terskel for at saksbehandlingsfeil automatisk skal medføre at en frihetsberøvelse ikke er i samsvar med artikkel 5.1. Det er likevel klart at enkelte feil automatisk vil ha slik virkning. EMD nevner eksempelvis tilfeller hvor avgjørelsen om frihetsberøvelse er tatt av en domstol som mangler jurisdiksjon eller hvor siktede ikke har fått tilstrekkelig varsel om en høring.¹²⁹

Konklusjonen må være at hvor en saksbehandlingsfeil gir grunn til å stille spørsmål ved om vedtaket har et materielt riktig innhold må det kjennes ugyldig. Hensett til arten av de inngrep det er tale om kan det ikke kreves mer enn en ikke ubetydelig mulighet for at feilen har fått betydning i form av et materielt galt vedtak.¹³⁰ Videre kan det tenkes tilfeller der det i og for seg ikke er grunn til å tro at feilen kan ha hatt innvirkning, men feilen likevel er så grov at den må føre til ugyldighet. I hvert fall hva gjelder personelle kompetansemangler kan et slikt synspunkt bygges på Rt. 1990 s. 1001, men slike er neppe særlig aktuelle og må nok uansett antas å kunne hatt innvirkning på vedtaket. EMDs test om hvorvidt feilen utgjør en «gross and obvious irregularity» vil være en skranke for hvilke feil som kan repareres, uavhengig av om de kan ha hatt betydning for vedtakets innhold.

Rettstilstanden kan etter dette oppsummeres ved at kontrollkommissjonen kun kan reparere feil som ikke kan ha hatt betydning for vedtakets innhold, og heller ikke utgjør en «gross and obvious

¹²⁷ Application no. 11364/03, 9. juli 2009

¹²⁸ Avsnitt 75

¹²⁹ *Ibid*

¹³⁰ Som nevnt tar Eckhoff og Smith på s. 489 til orde for å kreve mindre sannsynlighet for innvirkning ved svært inngripende vedtak.

irregularity». Praksis gir imidlertid ikke grunnlag for å si noe om hvorvidt en etter norsk rett skal gå lenger i å kjenne vedtak ugyldig enn hva som følger av konvensjonsforpliktelsen. Fremstillingen av typetilfeller under søker å konkretisere hvilken virkning ulike feil skal få.

8.6.1.4 Typetilfeller

De feil som er aktuelle ved dokumentkontrollen er i første rekke mangelfull dokumentasjon og begrunnelse. Hvor et vedtak er fattet uten at slik lovpålagt dokumentasjon er innhentet overhodet, for eksempel hvor det ikke er foretatt ekstern legeundersøkelse kan det neppe være tvilsomt at vedtaket må kjennes ugyldig. Dette er da også forutsatt i forarbeidene til psykisk helsevernloven.¹³¹ Dersom den faglig ansvarliges vurdering skal anvendes som norm for hva som uansett ville blitt resultatet forutsetter det en erkjennelse av at ekstern legeundersøkelse er meningsløst.

Når det gjelder mangler ved selve uttalelsen fra legen må det være avgjørende hvilke mangler det dreier seg om. At uttalelsen ikke inneholder opplysninger om hvem som har begjært undersøkelsen eller tid og sted for denne bør kunne rettes. Slike feil kan neppe ha hatt betydning for innholdet, og kan heller ikke karakteriseres som grove. Manglende uttalelser om pasientens syn på tilbud om psykisk helsevern, eller medisinske forhold bør på den annen side lett lede til ugyldighet. Dersom en først anerkjenner at ekstern legeundersøkelse har en funksjon må nødvendigvis betydelige mangler ved denne antas å kunne hatt betydning for vedtakets innhold. Et slikt resultat finner også støtte i phvl § 3-3 nummer 1 som stiller krav om at frivillig vern skal være forsøkt. Det antas at pasienten i samtale med egen lege tidvis vil være mer åpen for et frivillig behandlingstilbud enn i en hektisk innleggessituasjon hvor trusselen om tvungent vern er overhengende.

I de tilfeller hvor påkrevd dokumentasjon i og for seg foreligger, men det hefter formelle feil ved denne må det ses hen til feilens art og grovhet.

Manglende underskrift eller uriktig paragrafhenvvisning er i seg selv lite graverende feil, og bør kunne rettes, jf. Direktoratets synspunkter ovenfor.

Hvor uttalelsen fra ekstern lege er eldre enn 10 dager, jf. psykisk helsevernforskriften § 10 første ledd annet punktum, vil det være naturlig å se hen til hvor gammel uttalelsen er, samt om pasientens tilstand må antas å kunne ha endret seg i mellomtiden. Her vil det imidlertid være grunn til å legge vekt på at en streng praktisering vil kunne føre til at reglene etterleves i fremtiden.

Dersom den eksterne lege har tilknytning til innleggende institusjon, jf. psykisk helsevernloven §§ 3-2 nr. 2 og 3-3 nr. 2, bør det legges vekt på hvilken tilknytning det dreier seg om. All den tid dette er en regel som skal sikre tilliten til det medisinske skjønn som vil være avgjørende ved de aktuelle vedtak er det grunn til å anlegge en streng praksis. Nær tilknytning antas her potensielt å utgjøre en «gross and obvious irregularity», og representerer uansett en praksis kommisjonen ikke bør sanksjonere ved å reparere feilen.

Hvor begrunnelsen for vedtaket er utilfredsstillende må det foretas en vurdering av om dette tyder på en utilfredsstillende saksbehandling generelt. Om det dreier seg om en begrunnelse som i seg selv ikke levner tvil om at vilkårene er vurdert, men ikke tilfredsstillende de krav som generelt bør gjelde for begrunnelse av slike vedtak kan det være naturlig å gi anledning til å rette feilen. Det er absolutt grunn for kontrollkommisjonen til å sørge for at vedtak blir tilfredsstillende begrunnet, men

¹³¹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 158

konsekvente og umiddelbare pålegg om retting fremstår som en mer egnet følge av slike feil enn ugyldighet. Det forutsetter imidlertid at ytterligere begrunnelse kan innhentes straks, slik at kontrollen ikke blir vesentlig forsinket. Etter dette bør kun de grovere mangler ved vedtakenes begrunnelse føre til ugyldighet uten at det gis adgang til retting. Se i denne sammenheng Direktoratets uttalelse under punkt 8.6.1.1.

8.6.1.5 Alternative reaksjoner?

Fremstillingen ovenfor viser at kontrollkommisjonen står ovenfor en vanskelig balansering av hensyn når den avdekker saksbehandlingsfeil. På den ene siden er det viktig å sørge for at saksbehandlingsreglene følges i praksis, også hvor feil neppe kan tenkes å ha hatt betydning for det materielle innholdet. På den annen side er det ikke til å komme fra at ugyldighet ofte vil være en upraktisk reaksjon dersom pasienten uansett må holdes tilbake på nødrettslig grunnlag til det kan fattes gyldig vedtak.

Et hensiktsmessig alternativ kunne være å gi kontrollkommisjonen adgang til å pålegge institusjonene å oppdatere kommisjonen om pasientens sak i et visst tidsrom hvor vedtaket lider av saksbehandlingsfeil, men likevel ikke blir kjent ugyldig. Dette vil kunne gi et insentiv til å følge saksbehandlingsreglene, samtidig som en sikrer at det ikke blir begått nye feil overfor den aktuelle pasient. Også pasientene vil formodentlig ha interesse av en slik tydelig markering av de feil som er begått.

8.6.2 Individuell plan

Kontrollkommisjonen skal ved 3-månederskontrollen vurdere om det fortsatt er behov for tvungent vern, samt kontrollere at det foreligger en individuell plan for pasienten, jf. phvl § 3-8 annet ledd.

Av Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) går det frem at kontrollen med at det foreligger en individuell plan skal begrense seg til dennes eksistens. Planens kvalitative innhold hører under tilsynsmyndighetenes ansvarsområde.¹³²

Det kan stilles spørsmål om hvilken konsekvens det skal få dersom det ikke foreligger individuell plan for pasienten, jf. phvl § 4-1.

Direktoratet uttaler følgende om spørsmålet:

«Mangel på individuell plan vil ikke i seg selv gi grunnlag for å oppheve et tvungent vern, men kan være en indikasjon på manglende planlegning av pasientens behandling og videre oppfølging. Dette kan sammen med andre momenter tilsi opphør av det tvungne vernet etter hensiktsmessighetsvurderingen som skal foretas.»¹³³

Manglende plan gir altså etter direktoratets mening ikke i seg selv grunnlag for utskriving.

Direktoratet skriver at dersom slik plan ikke foreligger bør kommisjonen i sin tilbakemelding til institusjonen be om kopi av slik plan når den foreligger. Dersom det forekommer gjentatte tilfeller av manglende plan eller institusjonen ikke følger opp ved tilbakemelding om manglende plan kan dette være grunnlag for å varsle Helsetilsynet i fylket.¹³⁴

Av forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator § 17 første ledd går det frem at individuell plan ikke skal utarbeides uten samtykke fra pasienten eller den som kan samtykke

¹³² s. 40

¹³³ IS-10/2007 s. 10

¹³⁴ IS-10/2007 s. 23

på dennes vedkommende. Annet ledd slår fast at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 får anvendelse.

Dersom pasienten er samtykkekompetent og ikke samtykker til utarbeidelse av individuell plan er det klart at slik plan ikke kan utarbeides. Hvor det godtgjøres at fravær av individuell plan skyldes manglende samtykke fra samtykkekompetent pasient må dette være tilstrekkelig.¹³⁵

Av pasrl § 4-2 annet ledd går det frem at samtykkekompetanse kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av blant annet psykiske forstyrrelser «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Dette vil tidvis være tilfellet for pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern.

For denne gruppen er det grunn til å skille mellom tilfeller hvor pasienten er positiv eller ikke uttrykker noe standpunkt og tilfeller hvor pasienten motsetter seg utarbeidelse av individuelle plan.

I tilfeller hvor pasienten ikke er samtykkekompetent følger det av forskriften § 16 at dennes nærmeste pårørende kan medvirke sammen med pasienten. Nærmeste pårørende er her ikke gitt selvstendig rett til å medvirke til utarbeidelse av plan, men kun sammen med pasienten. Etter pasrl § 4-6 første ledd er kompetanse til å ta «avgjørelse om helsehjelp som er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet» lagt til helsepersonellet. Hvor pasienten ikke er samtykkekompetent, men heller ikke motsetter seg utarbeidelse av individuell plan antas denne bestemmelsen å gi hjemmel for å utarbeide plan for pasienten.¹³⁶

Dersom pasienten motsetter seg helsehjelp følger det av pasrl § 4-6 tredje ledd at det kreves særskilt hjemmel for å gi slik helsehjelp. Phvl § 4-1 fremstår ikke som en tvangshjemmel, men en rettighetsbestemmelse. Det anses således tvilsomt om denne kan danne grunnlag for å utarbeide individuell plan mot ikke samtykkekompetent pasients ønske.

Etter dette antas det at kontrollkommisjonen ved kontroll av om det foreligger individuell plan må akseptere at slik ikke utarbeides hvor samtykkekompetent pasient ikke samtykker, samt i alle tilfeller hvor pasienten motsetter seg utarbeidelse av slik plan.

9 Komparasjon

9.1 Innledning

I det følgende kapittelet vil det redegjøres for kontrollordningene i Danmark og Irland, samt Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker her i Norge. Det vil fokuseres særlig på de verdiene som ble identifisert i punkt 4; tilgjengelighet, hurtighet, faglig kompetanse og saksbehandlingsregler som sikrer likhet, kontradiksjon, uavhengighet og upartiskhet. Endelig vil det i punkt 9.6 gis en fremstilling over kontrollordningen ved vedtak om behandling uten samtykke etter psykisk helsevernloven § 4-4.

¹³⁵ Lasse Skaug skriver i boken *Juss og psykiatri i forvaltningen*, Oslo 2002 på side 55 at individuell plan alltid skal utarbeides for pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern, uavhengig av samtykke. Dette kan neppe være holdbart, og noe rettslig grunnlag for standpunktet oppgis ikke.

¹³⁶ Slik også Alice Kjellebold, *Retten til individuell plan og koordinator*, Bergen 2013, s. 63

9.2 Utvalg

Språklige utfordringer setter grenser for hvilke land det lar seg gjøre å inkludere i analysen. Dette innebærer at utvalget er begrenset til de nordiske landene, samt engelskspråklige. Innenfor denne rammen er det naturlig å sammenligne med land som i det vesentlige har tilsvarende materielle vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern.

Sett hen til en målsetning om at det skal brukes mindre tvang, og en hypotese om at effektive kontrollordninger bidrar til dette er det videre ønskelig å sammenligne med land som har en lavere tvangsrate enn vi har i Norge. Når det er sagt er kontrollordningene kun en av flere faktorer som påvirker bruken av tvang. Hvor de materielle vilkårene er like vil særlig morbiditet i befolkningen, sosioøkonomiske faktorer, samt holdninger til bruk av tvang i helsetjenesten være faktorer som ved siden av de prosessuelle garantiene antas å påvirke tvangsraten. Også selve tvangsbegrepet kan variere. Etter psykisk helsevernloven § 1-2 har Norge et bredt tvangsbegrep som nødvendigvis vil gi en høyere tvangsrate enn om tvang ble definert smalere. Slike konfunderende variabler lar seg ikke eliminere basert på det tallmaterialet som foreligger. All den tid analysen ikke tar sikte på å konkludere med hvilket system som er det beste basert på statistikk, men kun å peke på alternativer til det norske systemet hvor dette ikke anses tilfredsstillende er det heller ikke nødvendig.

Det vil videre være naturlig å sammenligne med land hvor både vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern treffes av forvaltningen, og overprøving i første instans også skjer ved administrativt vedtak. Dette innebærer ingen konklusjon på spørsmålet om domstolsprøving enten ved innleggelsen eller direkte ved klage er å foretrekke, men er kun en konsekvens av at dette ikke er aktuelle alternativer per i dag.

Endelig kan det tenkes at befolkningsrike land står overfor særlige administrative utfordringer ved utformingen av overprøvingsordninger. Tilsvarende vil kanskje utfordringer som følge av små fagmiljøer og begrenset tilgang på fagkompetanse i mindre grad gjøre seg gjeldende i større land. Hensett til dette vil det være ønskelig å se hen til land som i størrelse er noenlunde sammenlignbare med Norge.

Språklige hensyn tatt i betraktning vil Danmark, Sverige, Storbritannia, Irland, USA og Australia være aktuelle. I de to sistnevnte varierer lovgivningen i stor grad mellom de enkelte statene. Hva gjelder USA er det likevel en gjennomgående tendens til at de paternalistiske synspunkter som legitimerer behandlingsskriteriet i norsk lovgivning i mindre grad har fått gjennomslag. Kontrollorganene står da ikke overfor de samme utfordringer som i det norske systemet, og en sammenligning synes derfor mindre fruktbart. I Australia opereres det med et behandlingsvilkår blant annet i The Victorian Mental Health Act (1986). Et fremmed rettssystem samt mangel på sammenlignbar statistikk gjør likevel at heller ikke systemet i de australske statene blir gjenstand for analyse.

En står da igjen med Danmark, Sverige, Irland og Storbritannia. Alle disse landene opererer med både fare- og behandlingsvilkår. En studie publisert i 2004 sammenligner hyppighet av tvangsinnleggelses i 13 ulike europeiske land, både som prosent av totale innleggelses og per 100 000 innbyggere.¹³⁷

¹³⁷ Hans Joachim Salize og Harald Dressing, «Epidemiology of involuntary placement of mentally ill people across the European Union», *The British Journal of Psychiatry*, 2004 s. 163-168.

Norske data for 2011 viser at 16 % av alle innleggelses var under tvang med 198 tilfeller per 100 000 innbyggere.¹³⁸

Studien viser at av de aktuelle landene bruker Danmark minst tvang i innleggelsessituasjonen med kun 4.6 % av alle innleggelses og 34 tilfeller per 100 000 innbyggere. Tallene inkluderer imidlertid ikke tilfeller hvor frivillig innleggelse er konvertert til tvang. Irland bruker tvang i 10.9 % av totale innleggelses med 74 tilfeller per 100 000 innbyggere.¹³⁹ I Storbritannia er 13.5 % av totale innleggelses under tvang med 48 tilfeller per 100 000 innbyggere. Inkludert konverteringer dreier det seg om 93 tilfeller per 100 000 innbyggere. I Sverige er 30 % av innleggelsene under tvang med 114 tilfeller per 100 000 innbyggere. Tallmaterialet stammer fra 1997 til 2000.

Selv om tallene ikke er direkte sammenlignbare, og raten for Danmark må antas å være høyere om en teller med konverteringer til tvang, synes likevel Danmark og Irland å utmerke seg i forhold til de to andre når det gjelder å begrense bruken av tvangsinnleggelses.

Selv om denne statistikken i seg selv ikke sier noe om hvorvidt disse landene har effektive kontrollordninger tyder en lav tvangsrate på et målrettet fokus på å begrense tvang, noe som formodentlig også inkluderer gode kontrollordninger. At det dreier seg om land med en relativt liten befolkning, og som det således administrativt er naturlig å sammenligne Norge med gjør at Danmark og Irland på denne bakgrunn fremstår som fruktbare land å se nærmere på.

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker inkluderes i analysen fordi det har vært tatt til orde for at de kontrolloppgaver som i dag ligger til kontrollkomisjonene bør tillegges disse.¹⁴⁰

Fylkesmannen er i dag er klageinstans for vedtak om behandling uten eget samtykke og ordningen som sådan faller dermed utenfor rammen av denne avhandlingen. For drøftelsen av hvorvidt overprøving av også disse vedtakene bør legges til samme organ som de øvrige vedtak etter psykisk helsevernloven er det imidlertid nødvendig med en oversikt også over denne ordningen.

9.3 Dansk rett

9.3.1 Innledning

Under punkt 9.3.2 følger en oversikt over den danske kontrollordningen ved bruk av tvang i psykisk helsevern. Under punktene 9.3.3 til 9.3.6 følger deretter en vurdering av ordningen knyttet til de verdiene som ble identifisert under punkt 4, med særlig fokus på områder hvor det er svakheter ved det norske systemet.

9.3.2 Oversikt over kontrollordningen

Det følger av psykiatriloven § 34 at det ved statsforvaltningen er opprettet en psykiatrisk pasientklagenemnd bestående av direktøren for statsforvaltningen som formann, samt 2 andre medlemmer. Det ene av disse medlemmene beskikkes etter innstilling fra den danske legeforeningen, det andre etter innstilling fra foreningen Danske Handicaporganisasjoner.

¹³⁸ IS-0410/2013 s. 18

¹³⁹ Disse dataene er innhentet før Mental Health Act av 2001 trådte i kraft i 2006. Årsrapporten fra Irlands Mental Health Commission for 2012 viser en innleggelsesrate per 100 000 innbyggere på 46.67 %. (*Mental Health Commission Annual Report 2012 Including Report of the Inspector of Mental Health Services* s. 33.) Det er imidlertid ikke klart om disse tallene er direkte sammenlignbare med den ovennevnte studien.

¹⁴⁰ NOU 2011: 9 s. 213 og 214

Tidligere var det en pasientklagenemnd ved hver av de fire regionale statsforvaltningene, samt i København. Bestemmelsen ble endret i 2013 som følge av en sentralisering av statsforvaltningen.¹⁴¹ Det følger imidlertid av forarbeidene til lovendringen at det ikke er tilsiktet noen endring av nemndas oppgavevaretagelse. Det skal således beskikkes et antall medlemmer som dekker hele landet slik at ordningen med at nemnda holder møte på det aktuelle psykiatriske sykehus opprettholdes.¹⁴²

Det følger av bestemmelsens andre ledd at direktøren for statsforvaltningen kan bemyndige ansatte ved statsforvaltningen til å fungere som formann, noe som naturlig nok skjer i praksis. Medlemmene oppnevnes for en periode på 4 år og kan gjenoppnevnes.

Nemndas kompetanse er regulert i § 35. Av bestemmelsen følger det at nemnda skal behandle klager over vedtak om tvangsinnleggelse, tilbakeholdelse og tilbakeførsel, tvungen oppfølging etter utskrivning samt ulike tvangsinngrep under oppholdet, herunder også tvangsbehandling.

Noen ordning med automatisk overprøving etter en viss tid, eller for den del en dokumentkontroll, eksisterer ikke i Danmark. Ny klage over det samme tvangsinngrepet kan imidlertid fremsettes etter 2 måneder, mot 6 måneder i Norge, jf. § 27 annet ledd.

Av § 36 første ledd går det frem at nemnda når den får forelagt en klagesak skal oversendes saksdokumentene, herunder utskrift av tvangsprotokollen og en uttalelse fra overlegen. Utover dette har nemnda selv ansvar for sakens opplysning og ber selv om ytterligere opplysninger. Etter annet ledd første punktum har pasienten og pasientrådgiveren¹⁴³ rett til muntlig å fremlegge saken for nemnda. Annet punktum bestemmer likevel at pasienten i «særlig tilfælde» helt eller delvis kan nektes å delta i forhandlingen dersom hensynet til pasientens helbred eller sakens behandling avgjørende taler for dette.¹⁴⁴ Av tredje ledd går det frem at nemnda skal treffe sin avgjørelse snarest mulig. Dersom saken ikke er behandlet innen 14 dager skal pasienten underrettes om årsaken til dette og når avgjørelse forventes å foreligge. I saker om tvangsbehandling som er gitt oppsettende virkning, samt tvungen oppfølging etter utskrivning gjelder en absolutt frist på 7 dager.

Nemndas avgjørelse i sak om tvangsinnleggelse, tilbakeholdelse og tilbakeførsel, tvungen oppfølging etter utskrivning, samt enkelte tvangsmidler som særlig griper inn i bevegelsesfriheten kan bringes inn for retten, jf. § 37 første ledd. For avgjørelser om tvangsbehandling, anvendelse af fysisk makt, skjerming, samt enkelte andre mindre inngripende tvangsmidler er Det Psykiatriske Ankenævn¹⁴⁵ ankeinstans, jf. § 38 første ledd.

9.3.3 Tilgjengelighet

Ikke alle pasienter har forutsetninger for å benytte seg av de rettssikkerhetsgarantier som er oppstilt, og har heller ikke alltid nærstående med evne eller vilje til å bistå med dette. I Danmark er denne utfordringen møtt ved at enhver som underlegges tvungent psykisk helsevern skal få oppnevnt en pasientrådgiver i forbindelse med at frihetsberøvelsen iverksettes, eventuelt når beslutning om tvangsinngrep treffes, jf. psykiatriloven § 24 første ledd, jf. pasientrådgiverbekendtgørelsen § 4.

¹⁴¹ L 2013-06-12 nr. 647 § 17

¹⁴² LFF 2013-02-27 nr. 157 til § 17

¹⁴³ Etter § 24 første ledd skal det oppnevnes en pasientrådgiver for enhver som underlegges tvungent psykisk helsevern.

¹⁴⁴ Nærmere om dette under punkt 9.3.6.2

¹⁴⁵ Det Psykiatriske Ankenævn er opprettet med hjemmel i § 38 a. Nærmere om organet i Helle Bødker Madsen og Mads Garde, *Psykiatritret*, København 2013 s. 197 flg.

Pasientrådgiveren skal veilede pasienten om alle forhold angående innleggelse, opphold og behandling, samt bistå med klager, og så vidt mulig være til stede under klagebehandlingen, jf. psykiatriloven § 24 annet ledd. Av psykiatrilovens § 26 første ledd går det frem at pasientrådgiveren snarest mulig, og senest 24 timer etter beskikkelsen skal besøke pasienten. Etter første kontakt skal besøk skje minst en gang hver uke og ellers etter behov. Dette sikrer at pasienten hurtig får tilgang til en profesjonell representant som kontinuerlig kan bistå med råd og veiledning.

Av pasientrådgiverbekendtgørelsen § 1 tredje ledd går det frem at personer med tilknytning til helse-, sosial- og undervisningssektoren antas særlig egnet til vervet som pasientrådgiver. Pasientrådgiveren er altså som regel ikke jurist, men formodes å ha god kjennskap til de regler og rutiner som er av betydning for pasienter underlagt tvungent vern.

9.3.4 Hurtighet

Avgjørelse fra den psykiatriske pasientklagenemnd skal etter § 36 tredje ledd foreligge innen 7 virkedager i saker som gjelder tvangsbehandling hvor klagen er gitt oppsettende virkning, samt i saker om tvungen oppfølging etter utskrivning. I andre saker skal avgjørelse treffes snarest mulig, men dersom avgjørelse ikke foreligger innen 14 dager skal pasienten underrettes om årsaken til forsinkelsen, samt når avgjørelse forventes å foreligge.

I Norge oppstår det tidvis et problem hvor et vedtak bringes inn for retten, og lederen for kontrollkommisjonen også fungerer som dommer ved den aktuelle tingretten. I Danmark er det formelt direktøren for statsforvaltningen som er formann for klagenemnda, men denne funksjonen delegeres i praksis til andre jurister ved statsforvaltningen, jf. § 34 annet ledd. Da disse ikke også fungerer som dommere unngås den inhabilitetsproblematikken som kan oppstå i Norge.

9.3.5 Faglig kompetanse

For norsk retts vedkommende har det vært reist spørsmål ved om kontrollkommisjonen har tilstrekkelig psykiatrifaglig kompetanse til å overprøve den faglig ansvarliges vedtak. Utvalget som la frem forslag til forløperen til den någjeldende danske psykiatrilov konkluderte med at det legekyndige medlem burde være spesialist i psykiatri eller ha innsikt i psykiatri, såfremt det lot seg gjøre.¹⁴⁶ Noe krav til slik kompetanse ble imidlertid aldri lovfestet. Det legekyndige medlem oppnevnes i dag etter innstilling fra den danske legeforeningen. En gjennomgang av årsberetningene for de psykiatriske klagenemndene for 2012 viser at det oppnevnes både allmennleger og spesialister i psykiatri.

Et interessant trekk ved det danske systemet er at klagenemndas avgjørelse kan bringes inn for byretten eller Det Psykiatriske Ankenævn avhengig av hvilken sak det dreier seg om. Sistnevnte organ består av fem medlemmer, herunder to psykiatere og overprøver klagenemndas avgjørelse i saker om tvangsbehandling, anvendelse av fysisk makt, personlige alarmer og peilesystemer samt skjerming, jf. § 38 første ledd. Dette er avgjørelser hvis berettigelse i særlig grad beror på et psykiatrifaglig skjønn. Et slikt spesialorgan med høy psykiatrifaglig kompetanse synes således å være vel så egnet for overprøving som en domstol. Det er imidlertid verdt å bemerke at skillet mellom de saker som skal overprøves administrativt og de som skal bringes inn for retten ikke beror på behovet

¹⁴⁶ KBET 1986 nr. 1068 kapittel 16.5 B

for psykiatrifaglig kompetanse, men på hvorvidt det dreier seg om en frihetsberøvelse hvor det etter grundloven § 71 sjette ledd skal være adgang til domstolsprøvelse.¹⁴⁷

9.3.6 Saksbehandlingen

9.3.6.1 Likhet

I Norge har det vært påvist ulik lovforståelse mellom kontrollkomisjonene. Samordning av praksis vil alltid være en utfordring hvor et organ nødvendigvis må organiseres i flere lokale avdelinger. I Danmark er dette søkt løst ved at hver klagenemnd årlig utarbeider en årsberetning om sin virksomhet, jf. psykiatriloven § 39 første ledd. Denne skal blant annet inneholde referat av saker som nemnda anser som prinsipielle, og således bidra til en mer enhetlig lovforståelse. Selv om det etter en lovendring i 2013 formelt kun er en psykiatrisk pasientklagenemnd ved statsforvaltningen i Danmark skal denne også i fremtiden organiseres slik at møter kan holdes på den aktuelle psykiatriske avdeling.¹⁴⁸ Utfordringen med å samordne praksis mellom flere lokale avdelinger vil således bestå. Noen årsberetning for klagenemnda etter sammenslåingen foreligger naturlig nok ikke, men de beretninger som er utarbeidet ved de tidligere regionale klagenemnder fremstår som et verdifullt og egnet virkemiddel for samordning av praksis.¹⁴⁹

I tillegg til de årlige beretningene om nemndas virksomhet organiseres det møter med det formål å utveksle kunnskap og tilstrebe en enhetlig praksis. Sekretariatet ved statsforvaltningen for hovedstaden innkalte i 2012 til to slike møter. Også dette synes å være et egnet virkemiddel for samordning av praksis.¹⁵⁰

9.3.6.2 Kontradiksjon

Også for dansk retts vedkommende eksisterer en adgang til å utelukke pasienten fra forhandlingene i klagenemnda. Det følger av psykiatriloven § 36 annet ledd annet punktum at nemnda «i særlige tilfælde» kan bestemme at pasienten helt eller delvis skal utelukkes fra forhandlingene dersom «hensynet til pasientens helbred eller til sagens behandling i nævnet afgørende taler herfor». Det er forutsatt i forarbeidene at vilkårene for dette sjelden vil være oppfylt.¹⁵¹ I motsetning til i Norge gir ikke hensynet til pasientens nærstående grunnlag for å utelukke pasienten.

Inntil nylig eksisterte også en adgang til å nekte pasienter innsyn i egen pasientjournal hvor hensynet til pasientens interesse i å bli gjort kjent med opplysningene fantes å måtte vike for avgjørende hensyn til vedkommende selv eller andre private interesser. Ved en lovendring i 2009¹⁵² ble imidlertid denne adgangen tatt ut av loven. Det ble i den forbindelse overveiet å beholde et slikt unntak for psykiatriske pasienter, men regjeringen konkluderte med at det bør gjelde de samme regler for pasienter med psykiatriske sykdommer som for pasienter med somatiske sykdommer.¹⁵³ Sundhedsloven § 37 første ledd gir i dag alle pasienter ubetinget rett til innsyn i egen pasientjournal. Av tredje ledd følger en begrensning for oppteget journalført før 1. januar 2010.

¹⁴⁷ Nærmere om dette i Madsen og Garde s. 188 flg. og 197 flg.

¹⁴⁸ LFF 2013-02-27 nr. 157 til § 17

¹⁴⁹ Årsberetninger for 2012 er tilgjengelig på: <http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=8710>

¹⁵⁰ Referat fra et slikt møte avholdt i 2012 i Årsberetning 2012 for Det psykiatriske pasientklagenævn ved Statsforvaltningen Hovedstaden s. 20 flg.

¹⁵¹ LFF 1988-10-26 nr. 76 Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser - til §§ 35-39 niende avsnitt

¹⁵² Lov 2009-12-27 nr. 1521 om ændring av sundhedsloven

¹⁵³ LFF 2009-10-30 nr. 54 punkt 2.4.2 siste avsnitt

At adgangen til å unnta opplysninger i pasientjournal fra innsyn er fjernet i dansk lovgivning viser at den avveiningen mellom den rett et hvert individ har til å gjøre seg kjent med slike opplysninger, og hensynet til dennes helse eller tredjeperson som ligger til grunn for norsk lovgivning ikke er opplagt. Når pasienten uansett har en ubetinget rett til innsyn i egen journal (etter 2009) antas det videre at det svært sjelden vil være grunn til å nekte vedkommende å være til stede under forhandlingene i klagenemnda.

9.3.6.3 Uavhengighet og upartiskhet

For norsk retts vedkommende er det pekt på at kontrollkommisjonens hyppige besøk på sykehusene som ledd i utførelsen av tilsynsoppgaver kan medføre en fare for at kommisjonene blir «stuevarme». I Danmark oppstår ikke dette problemet da klagenemndene ikke er tillagt tilsynsoppgaver.

Det er videre ansett som problematisk at kontrollkommisjonen med samme sammensetning gjentatte ganger behandler klage fra samme pasient over samme vedtak. Det fremgår av årsberetningen for klagenemnden for Midtjylland at det i hvert fall i denne regionen har vært praktisert en fast fordeling av medlemmer til hvert sykehus eller sykehusgruppe, dog slik at det i perioden har fungert flere personer i de ulike rollene.¹⁵⁴ Hvorvidt det samme er tilfelle for de øvrige klagenemnder fremgår ikke av årsberetningene.

9.4 Irsk rett

9.4.1 Innledning

Etter samme system som ved fremstillingen av den danske ordningen ovenfor følger her en behandling av den irske kontrollordningen ved bruk av tvang i psykisk helsevern.

9.4.2 Oversikt over kontrollordningen

Med hjemmel i Mental Health Act (mha) §¹⁵⁵ 32 er det etablert en Mental Health Commission (heretter kommisjonen). Kommisjonen skal blant annet oppnevne et eller flere «Mental Health Tribunals», jf. § 48 første ledd. Dette er de irske motstykkene til de norske kontrollkommisjonene. Et tribunal består av 3 medlemmer, herunder en jurist, en psykiater og et lekmedlem. Hvert medlem oppnevnes for en periode på maksimalt 3 år, men kan gjenoppnevnes. Organet treffer sine avgjørelser ved stemmeovervekt.

Hvor en institusjon mottar en anmodning om etablering av tvungent psykisk helsevern kan en psykiater ved institusjonen treffe vedtak om at slikt vern etableres med en maksimal varighet på 21 dager. Vedtak om opprettholdelse av slikt vern kan så treffes for en periode på først 3 måneder, deretter 6 måneder og endelig for inntil 1 år av gangen, jf. § 14 første til tredje ledd.

Hvor det treffes et vedtak om etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern skal dette oversendes kommisjonen som etter § 17 i en slik situasjon er tillagt flere oppgaver. Den skal for det første oversende saken til et «tribunal», jf. første ledd bokstav a. Etter bokstav b skal det oppnevnes en advokat for pasienten med mindre denne på egen hånd har engasjert advokat. Videre skal det engasjeres en uavhengig psykiater som skal undersøke pasienten, intervju den psykiateren

¹⁵⁴ Årsberetning 2012 for Det psykiatriske pasienklagenævn ved Statsforvaltningen Midtjylland s. 4 og 5.

¹⁵⁵ Den irske lovgivningen er delt inn i «sections» og «subsections». Av språklige hensyn vil det i denne fremstillingen refereres til disse som henholdsvis paragraf (§) og ledd.

som traff vedtak om tvungent psykisk helsevern, samt gå gjennom saksdokumentene med sikte på å avgjøre om pasienten lider av en «mental disorder» i lovens forstand.

Når rapporten fra den uavhengige psykiateren foreligger skal et tribunal senest 21 dager etter det aktuelle vedtaket er truffet ta stilling til hvorvidt pasienten lider av en «mental disorder», samt om de prosessuelle reglene er ivaretatt. Dersom så er tilfelle, eller en eventuell prosessuell feil ikke har materiell betydning eller utgjør en «injustice», skal vedtaket om etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern bekreftes. I motsatt fall skal det beordres utskrivning, jf. § 18 første og annet ledd.

Dersom et tribunal bekrefter et vedtak om tvungent psykisk helsevern kan denne avgjørelsen bringes inn for retten, jf. § 19.

9.4.3 Tilgjengelighet

I Irland er utfordringen med å sørge for at alle pasientene har reell mulighet til å benytte seg av de rettssikkerhetsgarantier som finnes søkt løst ved at kommisjonen oppnevner en advokat for pasienten når det blir truffet vedtak om tvungent psykisk helsevern. Denne skal bistå pasienten både i sak om etablering og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern. For det andre er overprøvingen ikke betinget av klage. I Norge foretar kontrollkommisjonen av eget initiativ dokumentkontroll ved etablering av tvungent psykisk helsevern, samt en fullstendig overprøving etter 3 måneder og deretter 1 gang hvert år. I Irland skjer det en fullstendig overprøving senest etter 21 dager, deretter etter 3 måneder, så 6 måneder, og endelig en gang hvert år, jf. § 15 første til tredje ledd, jf. § 17 første ledd bokstav a.

På den annen side eksisterer det ingen klageadgang utenfor disse automatiske overprøvingene. EMDs dom i *Rakevich mot Russland*¹⁵⁶ kan tyde på at en slik ordning ikke er kompatibel med EMK artikkel 5. Klageren hadde vært innlagt på psykiatrisk avdeling mot sin vilje, og anførte blant annet at artikkel 5.4 var krenket da hun etter russisk rett ikke selv hadde adgang til å påklage avgjørelsen. Det var i stedet sykehuset som innen 24 timer hadde plikt til å oversende saken til domstolen for avgjørelse av om frihetsberøvelse var berettiget. Domstolen uttalte følgende om spørsmålet:

«The Court notes that the cornerstone guarantee of Article 5 § 4 is that a detainee must have the right actively to seek judicial review of his detention (...).

... The Law did not permit the applicant to apply to the court herself. Instead, the initiative lay solely with the medical staff. However, Article 5 § 4 requires in the first place an independent legal device by which the detainee may appear before a judge who will determine the lawfulness of the detention. When this remedy is available, the detainee's access to the judge should not depend on the good will of the detaining authority. Whilst the legal mechanism contained in sections 33-35 of the Psychiatric Treatment Law, ensuring that a mental patient is brought before a judge automatically, constitutes an important safeguard against arbitrary detention, it would still be deficient if it does not contain the basic guarantee of Article 5 § 4. Surplus guarantees do not eliminate the need for fundamental ones. »¹⁵⁷

Det springende punkt i dommen synes å være at klageren ikke hadde en selvstendig rett til å ta initiativ til overprøving. Etter dette synes ikke kun automatiske overprøvinger å være tilstrekkelig til å

¹⁵⁶ Application number 58973/00, 24. mars 2004

¹⁵⁷ Avsnitt 43 og 44

oppfylle forpliktelsene etter EMK artikkel 5.4. Dette syn er også fremmet av Amnesty International i deres vurdering av Mental Health Act av 2001.^{158 159}

Hvor det i det norske systemet knytter seg betenkeligheter til særlig den manglende adgangen til fri rettshjelp ved klage på vedtak om behandling uten eget samtykke eller tvangsmidler eksisterer ingen overprøvingsadgang overhodet i det irske for disse vedtakene.

9.4.4 Hurtighet

Etter irsk rett skal et tribunal prøve saken innen 21 dager etter at et vedtak om tvungent psykisk helsevern er truffet, mot 2 uker for de norske kontrollkommisjonene. Etter § 18 fjerde ledd kan denne perioden forlenges med 14 dager på initiativ fra vedkommende «tribunal» og ytterligere 14 dager etter anmodning fra pasienten. De noe lengre tidsfristene er isolert sett negativt fra et rettssikkerhetsmessig perspektiv, men må ses i sammenheng med at en uavhengig psykiater som ledd i prosessen skal undersøke pasienten, intervju den ansvarlige psykiater og gjennomgå saksdokumentene.

Av § 48 tredje ledd bokstav b går det frem at lederen for tribunalet skal være en «barrister» eller «solicitor» med minst 7 års erfaring umiddelbart foregående oppnevning. Det er ikke mulig for en dommer å fungere som leder for et tribunal.¹⁶⁰ De problemene som i norsk rett oppstår hvor lederen for en kontrollkommisjon også fungerer som dommer ved den tingrett vedtaket klages inn for er altså ikke aktuelle i Irland.

9.4.5 Faglig kompetanse

For kontrollkommisjonenes vedkommende har det vært pekt på utfordringer med å overprøve det psykiatrifaglige skjønn all den tid kommisjonens legekyndige medlem ikke er psykiater. Etter mha skal et av tribunalets medlemmer være psykiater, jf. § 48 tredje ledd bokstav a. I tillegg skal pasienten undersøkes av en uavhengig psykiater som gir sin anbefaling til tribunalet før dette treffer sin avgjørelse. I den grad det kan legges til grunn at en psykiater vil ha bedre forutsetninger for å overprøve det psykiatrifaglige skjønn synes dette å være en mer betryggende ordning. I alle tilfeller vil den uavhengige undersøkelsen gi tribunalet bedre forutsetninger for overprøving enn kontrollkommisjonen som kun bygger på uttalelser fra faglig ansvarlig, grunnlagsdokumentene og det som pasienten anfører i møte.

Whelan viser imidlertid til uttalelser fra fagpersoner i miljøet om at den uavhengige psykiateren tilnærmet aldri er uenig med den behandlende psykiateren.¹⁶¹ Statistikk om dette foreligger dog ikke. Videre påpeker Whelan at rapporten fra den uavhengige psykiateren stort sett er utarbeidet innen 14 dager etter frihetsberøvelsen, mens tribunalets høring typisk finner sted noen dager senere.

¹⁵⁸ Amnesty International, *Mental Health Act 2001: A review*, 2011 s. 101 og 102

¹⁵⁹ Whelan synes å være av samme oppfatning, men viser til R. (Rayner) v Secretary of State for the Home Department fra England som et mulig motargument. (Darius Whelan, *Mental Health Law & Practice*, Dublin 2009 s. 236 og 237) Court of Appeal fant i denne saken at adgangen til å fremme søksmål med påstand om at saken skal oversendes til et tribunal samt adgangen til å fremme søksmål om det materielle spørsmålet på grunnlag av habeas corpus var tilstrekkelig til å tilfredsstille artikkel 5.4.

¹⁶⁰ Whelan s. 220

¹⁶¹ *Ibid* s. 222

Rapporten kan således allerede ha blitt utdatert og av liten relevans for spørsmålet om pasienten lider av en «mental disorder» på tidspunktet for høringen.¹⁶²

9.4.6 Saksbehandlingen

9.4.6.1 Likhet

Særlig to trekk ved det irske systemet fremstår positive hva gjelder samordnet praksis. For det første får alle tribunalmedlemmene opplæring i forbindelse med oppnevningen, samt oppfriskningskurs ved behov.¹⁶³ For det andre sammensettes tribunalet i hver enkelt sak fra et panel av medlemmer.¹⁶⁴ En slik rotasjon antas over tid å bidra til samordning av lovforståelse og praksis mellom medlemmene.

9.4.6.2 Kontradiksjon

Det følger av § 49 første ledd at det ved behandlingen av saker referert til tribunalet skal holdes møter. Saksbehandlingen svarer i det vesentlige til kontrollkommisjonens i klagesaker, herunder at pasienten har rett til å gjøre seg kjent med opplysninger, til å være til stede i møtet, presentere sin sak, samt føre vitner og eksaminere disse, jf. § 49 sjette ledd bokstav a til g. Skriftlige uttalelser kan for øvrig kun føres som bevis med samtykke fra pasienten, jf. sjette ledd bokstav d.

Også i irsk rett er det hjemmel for inngrep i pasientens rett til opplysninger. Av mha § 49 ellefte ledd følger det at en pasient ikke er «required to attend before a tribunal» dersom tribunalet mener at tilstedeværelse «might be prejudicial to his or her mental health, well-being or emotional condition». Dette kan forstås som at pasienten i slike tilfeller har en rett, men ingen plikt til å delta. Lest i sammenheng med bestemmelsens sjette ledd bokstav c som slår fast at tribunalet bortsett fra i tilfeller som nevnt i ellefte ledd har en plikt til å legge til rette for at pasienten kan delta i tribunalets møte er det imidlertid klart at ellefte ledd gir tribunalet hjemmel for å utelukke pasienten. Loven sier ingenting om hvorvidt pasienten som hovedregel har en plikt til å delta, men Whelan antar at tribunalet ikke skal tvinge pasienten til å delta mot dennes vilje.¹⁶⁵ Det er verdt å merke seg at det kun er hensynet til pasienten selv som kan gi grunnlag for å utelukke pasienten. Tredjepersons interesser er ikke relevant.

Hva gjelder innsyn i saksdokumenter følger det av sjette ledd bokstav b at pasienten eller dennes advokat skal gjøres kjent med rapporten fra den uavhengige psykiateren samt skriftlig redegjørelse om alle opplysninger som er kommet frem i saken. Denne bestemmelsen gjelder uten unntak. Dette synes å innebære at selv om pasienten med hjemmel i freedom of information act § 28 tredje ledd, jf. § 7 og data protection act § 4 åttende ledd på nærmere vilkår kan nektes innsyn i journalopplysninger må vedkommende gjøres kjent med opplysninger relevant for saken som skal avgjøres av et tribunal. Whelan uttrykker imidlertid at det på dette punktet er behov for avklaring, uten å diskutere nærmere hva som er gjeldende rett i Irland.¹⁶⁶

9.4.6.3 Uavhengighet og upartiskhet

Siden tribunalene ikke er tillagt tilsynsoppgaver¹⁶⁷ oppstår ikke den nærhetsproblematikk som hyppige besøk på de enkelte avdelingene medfører og som for kontrollkommisjonens vedkommende

¹⁶² *Ibid*

¹⁶³ *Ibid* s. 220

¹⁶⁴ Mental Health Commission, *Report on the Operation of Part 2 of the Mental Health Act 2001*, s. 57

¹⁶⁵ Whelan s. 267

¹⁶⁶ *Ibid* s. 248

¹⁶⁷ Disse er tillagt Inspector of Mental Health Services med hjemmel i mha § 51, jf. § 50.

har vært kritisert. Om kontakt med personale på institusjonene hva gjelder kravet til tribunalets upartiskhet skriver Whelan:

«Tribunal members should (...) be careful to keep their distance from the approved centre staff, to reinforce their neutrality. It would be inappropriate for tribunal members to have any kind of meeting or communication, apart from brief polite conversation, with the medical personnel or the legal representative either before or after the hearing. »¹⁶⁸

Denne uttalelsen står i sterk kontrast til den utstrakte kontakt mellom kontrollkommisjonen i Norge og personalet på institusjonene som det ved velferdskontrollen legges opp til.

Hva gjelder problemet med at samme kontrollkommisjon med samme sammensetning gjentatte ganger behandler klager fra samme pasient antas dette å være mindre fremtredende i Irland da tribunalet settes sammen fra sak til sak. Noen eksplisitt bestemmelse om at dette skal unngås finnes imidlertid ikke, og det antas at slik gjentatt behandling likevel forekommer, særlig i mindre sentrale strøk.

9.5 Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker

9.5.1 Innledning

Det har vært tatt til orde for at den overprøvningsfunksjon som i dag utføres av kontrollkommisjonen legges til Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker.¹⁶⁹ Hva gjelder saksbehandlingen er ikke disse reglene knyttet til et spesifikt organ som sådan, og det er heller intet i veien for å operere med saksbehandlingsregler som tilpasses de ulike områdene for organets virksomhet. Det blir derfor ikke fokusert på de saksbehandlingsregler som gjelder for Fylkesnemndene i dag. Heller ikke tilgjengelighetsproblematikken beror på hvilket organ som står for overprøvingen. Det som er interessant er om Fylkesnemndene administrativt er bedre egnet til å ivareta de funksjoner som i dag tilligger kontrollkommisjonene. Med denne begrensning følger i fortsettelsen en fremstilling av fylkesnemndene med fokus på de verdier som ble identifisert under punkt 4.

9.5.2 Oversikt over ordningen

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker er opprettet med hjemmel i barnevernloven § 7-1 første ledd som slår fast at det i hvert fylke skal være en slik nemnd. Av annet punktum går det frem at departementet kan bestemme at flere fylker skal ha en felles nemnd. Det er i dag 12 fylkesnemnder som hver dekker ett eller to fylker.¹⁷⁰ Fylkesnemndenes hovedoppgave er å fatte vedtak etter barnevernloven, men fattet også vedtak om tvangsinnleggelse av rusmiddelmissbrukere etter helse- og omsorgstjenesteloven, og i Oslo og Akershus tvangsvedtak etter smittevernloven. I tillegg er fylkesnemndene i visse tilfeller klageorgan hvor det er fattet vedtak om bruk av tvang overfor personer med psykisk utviklingshemming, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11 annet ledd.

Fylkesnemndenes sammensetning er regulert i § 7-2 hvorav det følger at hver nemnd skal bestå av en eller flere ledere som fyller krav til dommere, et utvalg fagkyndige og et alminnelig medlemsutvalg som tas fra utvalget av meddommere som velges etter domstolloven § 66. I den

¹⁶⁸ Whelan s. 271

¹⁶⁹ NOU 2011: 9 s. 213 og 214

¹⁷⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dep/Tilknyttede-virksomheter/fylkesnemndene-for-sosiale-saker.html?id=418110>

enkelte sak består nemnda som hovedregel av en leder, ett medlem fra det fagkyndige utvalg, og ett medlem fra det alminnelige utvalg, jf. § 7-5 første ledd.

9.5.3 Hurtighet

Dersom overprøvingsansvaret for vedtak etter psykisk helsevernloven skal legges til fylkesnemndene er det avgjørende at dette ikke går på bekostning av hurtig saksbehandling.

Også for de oppgaver som i dag hører til fylkesnemndene er hurtig saksbehandling av stor betydning. Dette er særskilt uttrykt i barnevernloven § 7-3 første ledd som slår fast at saksbehandlingen for fylkesnemndene skal være betryggende, rask og tillitsskapende. Videre er hovedregelen at partene skal bli hørt gjennom muntlige forklaringer umiddelbart for nemndene. Utfordringen ved behandling av saker etter psykisk helsevernloven er at møter bør holdes på det sykehus hvor pasienten er innlagt. All den tid det kun er 12 fylkesnemnder mot dagens 56 kontrollkommisjoner vil dette innebære en ikke ubetydelig reisevirksomhet. Paulsrudutvalget som foreslo å legge kontrollkommisjonens overprøvingsoppgaver til fylkesnemndene uttalte følgende om spørsmålet:

«Utvalget er også kjent med at Fylkesnemndene i en viss utstrekning samtaler med barn som er plassert på institusjon eller fosterhjem, og at de i denne forbindelse reiser ut til der det enkelte barnet bor. Utvalget kan ikke se at det skal være noen avgjørende hindringer for at en ny kontrollinstans fortsetter den praksisen som kontrollkommisjonen har ved å reise til det enkelte sykehus for behandling av klager, samt samtale med pasienter i forkant eller etterkant av klagebehandlingen.»¹⁷¹

Til tross for at fylkesnemndene allerede driver en viss oppsøkende virksomhet er det ikke til å komme fra at ukentlige møter på de enkelte psykiatriske avdelinger vil innebære reisevirksomhet i en helt annen størrelsesorden. En kan selvfølgelig tenke seg en organisering i lokale underavdelinger, slik det for det alminnelige medlemsutvalg er åpnet for i § 7-2 første ledd bokstav c annet punktum. Da vil imidlertid noen av de fordeler et regionalt organ innebærer gå tapt, og en vil i realiteten stå igjen med noe tilsvarende dagens kontrollkommisjoner.

Hva gjelder problemet med at mange kontrollkommisjonsledere også fungerer som dommere vil dette formodentlig ikke oppstå ved fylkesnemndene da juriststillingene her neppe lar seg kombinere med et dommerembete.

9.5.4 Faglig kompetanse

I dag oppnevnes det fagkyndige til fylkesnemndene for hvert av de rettsområder nemnda har ansvar for. En av fordelene med et regionalt organ er at det vil være enklere å tilknytte seg sjelden fagkunnskap, som spesialistutdanning innen psykiatri, til kun 12 nemnder mot 56 kontrollkommisjoner. Om nemnda skal settes med et medlem med slik spesialistutdanning i alle saker den behandler er selvfølgelig ikke dette noe argument. En kan imidlertid tenke seg at nemnda styrkes med et slikt medlem når den behandler saker som gjelder behandling uten eget samtykke, hvor behovet for slik kompetanse særlig gjør seg gjeldende.¹⁷²

Det er for øvrig blitt pekt på at flere av fylkesnemndslederne i dag har bistillinger som kontrollkommisjonsledere, og at nemndene således allerede besitter betydelig juridisk kompetanse innenfor dette rettsområdet.¹⁷³ Dette er selvfølgelig svært positivt om fylkesnemndene skulle overta

¹⁷¹ NOU 2011: 9 s. 214

¹⁷² Dette ble foreslått i NOU 2011:9 s. 214

¹⁷³ NOU 2011: 9 s. 214

kontrollkommisjonens oppgaver. Videre er fylkesnemndene allerede tillagt ansvar for å treffe vedtak om tvang på andre rettsområder. Arbeidet med saker om tvangsvedtak innen det psykiske helsevern antas å være kompetanseutviklende også i forhold til de øvrige tvangssakene.

9.5.5 Likhet

Utfordringen med å oppnå en enhetlig praksis i kontrollkommisjonen beror i stor grad på det store antall kommisjoner som sjelden samles. En organisering i færre regionale organer vil kunne bøte på dette, men da forutsatt en praksis med roterende sammensetning i den enkelte sak. Formodentlig vil det da over tid utvikles en felles lovforståelse innen hver fylkesnemnd. Å samordne praksis mellom disse vil være en mindre utfordring enn situasjonen i dag med 56 kontrollkommisjoner.

9.5.6 Uavhengighet og upartiskhet

Hva gjelder problemet med at kontrollkommisjonen med samme sammensetning gjentatte ganger behandler klager fra samme pasient over samme type vedtak vil dette kunne avhjelpes ved at overprøvingsansvaret legges til fylkesnemndene. Dette forutsetter imidlertid en praksis med roterende sammensetning fra sak til sak, eller i det minste en rotasjon i de tilfeller nemnda skal behandle klager av samme type den tidligere har avslått. Som nevnt under punkt 9.5.3 kan imidlertid dette by på utfordringer knyttet til betydelig reisevirksomhet.

9.6 Kontrollordningen ved vedtak om behandling uten eget samtykke

Etter phvl § 4-4 syvende ledd er Fylkesmannen klageinstans for vedtak om tvangsbehandling. Bakgrunnen for at kontrollfunksjonen ble lagt til fylkeslegen¹⁷⁴ var at de fleste fylkeslegeembeter opprinnelig ved forskriftsfesting av adgangen til behandling uten eget samtykke hadde fylkespsykiatere, samt at disse kunne behandle klager raskere enn kontrollkommisjonene som ikke alltid sitter sammen.¹⁷⁵

Selv om situasjonen ved vedtagelsen av psykisk helsevernloven i 1999 var at få fylkeslegeembeter hadde tilknyttet psykiater ble ordningen opprettholdt med henvisning til saksbehandlingstiden og at kontrollkommisjonen ikke hadde bedre forutsetninger for å behandle slike klager.¹⁷⁶

For klage til Fylkesmannen gjelder forvaltningslovens saksbehandlingsregler supplert med psykisk helsevernforskriften § 29 tredje ledd.

Av § 29 tredje ledd går det frem at klagen skal behandles uten ugrunnet opphold, og om nødvendig skal det engasjeres sakkyndig hjelp. Det skal tas personlig kontakt med pasienten, med mindre dette åpenbart er unødvendig. Om klagen tas til følge skal det treffes vedtak om umiddelbart opphør av behandlingen.

Klage fremsatt innen 48 timer etter at pasienten har fått underretning om vedtaket har oppsettende virkning med mindre pasienten ved utsettelse vil lide alvorlig helseskade, jf. psykisk helsevernforskriften § 28 tredje ledd annet og tredje punktum.

At klager om vedtak om behandling uten eget samtykke kan behandles hurtig er avgjørende, både hensett til at disse som hovedregel gis oppsettende virkning, og at de oppleves som særs inngripende

¹⁷⁴ Dette organet ble innlemmet i Fylkesmannsembetet i 2003.

¹⁷⁵ NOU 2011: 9 s. 212

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 111

for pasientene. Saksbehandlingen for Fylkesmannen fremstår imidlertid som lite tilfredsstillende i et rettssikkerhetsmessig perspektiv.

Det skal etter psykisk helsevernloven § 29 tas kontakt med pasienten med mindre dette er åpenbart unødvendig. Det er imidlertid ikke noe krav om at saken avgjøres i møte med umiddelbar bevisførsel hvor pasienten eller dennes representant gis anledning til å stille spørsmål til den faglig ansvarlige. Pasienten har riktignok som ellers rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig, men har ikke rettigheter etter lov om fri rettshjelp.

At fylkesmennene ikke har spesialkompetanse i psykiatri gir også grunn til å stille spørsmål ved om det i realiteten foretas en fullstendig overprøving av vedtaket. Psykofarmakologi er en vesentlig del av en spesialistutdanning i psykiatri. Det er således grunn til å tro at en allmennlege vil vegre seg for å overprøve en faglig ansvarlig psykiaters skjønn hva gjelder virkninger og bivirkninger av slik medisinerings.

Å legge klagebehandling til kontrollkommisjonene slik de fremstår i dag synes imidlertid heller ikke å være noen god løsning. Heller ikke disse har spesialistkompetanse i psykiatri og saksbehandlingstiden vil være lengre. Hensynet til oversiktighet for pasienten taler imidlertid for at samme organ prøver klager over alle tvangsvedtak etter psykisk helsevernloven. For øvrig er medisinerings allerede indirekte et tema for kontrollkommisjonene da bivirkningsproblematikk vil være relevant i vurderingen av om tvungent vern etter en helhetsvurdering fremtrer som den klart beste løsning for pasienten etter § 3-3 første ledd nummer 6. Hvorvidt disse utfordringene best lar seg ivareta ved å styrke kontrollkommisjonsordningen hva gjelder muligheter for hurtig saksbehandling og fagkompetanse eller legge overprøvningskompetansen til et annet organ, blir et sentralt spørsmål i den videre fremstillingen.

10 Diskusjon

10.1 Innledning

Under punkt 4 har jeg gjort rede for det nærmere innholdet av rettssikkerhetsbegrepet i vår kontekst. En ordning som skal ivareta pasienters rettssikkerhet må oppfylle krav til tilgjengelighet, hurtighet og faglig kompetanse. Det må videre eksistere saksbehandlingsregler som sikrer en prosess i samsvar med krav til likhet, kontradiksjon, uavhengighet og upartiskhet.

På bakgrunn av fremstillingen ovenfor vil kontrollkommisjonen som overprøvingsorgan vurderes opp mot disse verdiene under punktene 10.2.1 til 10.2.4. En vurdering av ordningen med kontrollkommisjonens velferdskontroll følger under punkt 10.2.5. Endelig vil jeg under punkt 10.3 foreslå endringer, eller hvor en endelig konklusjon ikke lar seg forsvare, peke på behov for nærmere utredning.

10.2 Vurdering av kontrollkommisjonene som rettssikkerhetsgaranti

10.2.1 Tilgjengelighet

Som nevnt under punkt 4 er det viktig at overprøvningsordningen er tilgjengelig for pasientene, uavhengig av intellektuelle, sosiale og økonomiske forutsetninger. Det forutsetter at informasjon om

vedtak og klageadgang formidles på en måte som sikrer at pasienten forstår informasjonen. Videre må det legges til rette for at alle pasientene også kan benytte seg av de klagemuligheter som finnes.

Hva gjelder pasientens behov for informasjon er dette søkt ivaretatt ved forvaltningsloven § 27, samt psykisk helsevernloven § 6. Etter disse bestemmelsene skal pasienten, og dennes nærmeste pårørende gis informasjon om rettigheter etter loven. Se punkt 5.2.3. Hvor pasienten er i stand til å forstå og nyttiggjøre seg slike opplysninger må dette være tilstrekkelig.

At pasientens rettigheter også skal formidles til nærmeste pårørende antas å være positivt i tilfeller hvor pasienten ikke selv er i stand til å nyttiggjøre seg informasjonen. Det er imidlertid ingen garanti for at pårørende er i stand til eller har interesse av å ivareta pasientens interesser. I enkelte tilfeller er det sågar pasientens nærmeste som har tatt initiativ til at det etableres tvungent vern. Det er da tvilsomt om disse på en tilfredsstillende måte vil bistå med at pasienten får nyttiggjøre seg av sine rettigheter, herunder klageadgang.

I noen tilfeller, særlig hos de sykeste med omfattende paranoide forestillinger, ønsker for øvrig ikke pasientene at pårørende involveres. Hvor institusjonen respekterer et slikt ønske – hvilket må anses som legitimt – vil pasienten kunne stå uten bistand han eller hun har både behov og nytte av.

Under sine besøk ved institusjonene skal kontrollkommisjonen gi nyinnlagte pasienter tilbud om samtale og ellers være tilgjengelig for pasientene. Isolert sett er dette positivt, og vil nok kunne fange opp enkelte pasienter som ikke har noen til å tale sin sak. Noen fullgod løsning synes imidlertid ikke ordningen å være. For det første kan det gå flere dager eller til og med uker fra pasienten er innlagt til kontrollkommisjonens neste besøk. For det andre kan det stilles spørsmål ved om det er heldig at de personer som skal være lydhøre for klager og betroelser i neste omgang utgjør det organ som skal behandle disse klagen. En slik sammenblanding av oppgaver kan svekke pasientenes tillit til kontrollkommisjonen, både hvor den fungerer som overprøvingsorgan og under velferdskontrollen. Denne problemstillingen ble også reist i NOU 2011:9.¹⁷⁷

En profesjonell partsrepresentant vil kanskje i mange tilfeller ha både bedre forutsetninger og en mer egnet relasjon til pasienten for effektivt og fullstendig å informere om dennes rettigheter, samt bistå med eventuell klage. En ordning med pasientrepresentanter lik den i Danmark vil kunne være et egnet alternativ for å bøte på disse problemene.

Pasienten har riktignok rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig ved klage til kontrollkommisjonen, jf. phvl § 1-7. En rett til fri advokat gjelder imidlertid kun ved klage over tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse og opphør av psykisk helsevern, samt overføringer. Selv om dette er særlig inngripende vedtak er det vanskelig å se at det ikke kan være behov for representasjon også ved andre vedtak etter loven. Mangel på fri rettshjelp i disse tilfellene utgjør en økonomisk skranke for å nyttiggjøre seg av systemet som anses uheldig.

10.2.2 Hurtighet

Kontrollkommisjonen skal "om mulig" treffe sitt vedtak innen 2 uker etter at saken er brakt inn for den. Fristen er ikke absolutt, men om den ikke blir overholdt skal grunnen til dette opplyses om i vedtaket. Hvor klage blir behandlet innen 2 uker etter at denne er fremsatt må dette anses tilfredsstillende i forholdet til kravet om hurtig saksbehandling.

¹⁷⁷ s. 211

I forbindelse med Helsedirektoratets evaluering av kontrollkomisjonene ble kommisjonene bedt om å angi antall klagesaker hvor vedtak er truffet senere enn 2 uker etter at saken ble brakt inn for kommisjonen. I følge kommisjonene selv ble vedtak truffet senere enn dette tidspunktet i kun 10 % av behandlede klagesaker på innleggelse eller tilbakeholdelse. (N = 1066). Fire kommisjoner stod for 88 % av disse sakene.¹⁷⁸ Den vanligste årsaken til at vedtak ikke blir truffet innen fristen angis av kommisjonene å være at møtet blir utsatt etter anmodning fra klagers prosessfullmektig eller klager selv. Også ferieavvikling, helligdager samt problemer med å få samlet alle kommisjonsmedlemmer eller tidvis stor pågang oppgis som årsak til fristoverskridelse.¹⁷⁹

Ved Direktoratets gjennomgang av klager på § 6-4 vedtak (tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, samt sak om overføring) fremgikk det av 41 % at vedtak var truffet innen 2 uker, av 12 % at det var truffet etter fristen, mens det av 47 % av vedtakene ikke fremgikk når klagen kom inn til kommisjonen. Det bemerkes at det i 83 % av de vedtakene som ble truffet etter fristen mangler begrunnelse for fristoverskridelsen til tross for at det følger av forskriften § 55 fjerde ledd annet punktum at slik begrunnelse skal gis.¹⁸⁰

Tallene gir grunn til å anta at fristen blir overskredet noe oftere enn det som ble oppgitt i spørreundersøkelsen. Likevel er totalinntrykket at saksbehandlingstiden som hovedregel er tilfredsstillende, men dog med den reservasjon at enkelte kommisjoner synes å ha et betydelig forbedringspotensial. All den tid undersøkelsen ble gjennomført for 7 år siden kan situasjonen godt tenkes å ha bedret seg for de kommisjoner som stod for den vesentlige delen av fristoverskridelsene.

En problemstilling som ble reist i NOU 2011: 9¹⁸¹ gjelder saksbehandlingstiden når kontrollkomisjonens vedtak bringes inn for retten. Det vises til en sak hvor 3 av dommerne ved domstolen var ledere for kontrollkomisjoner tilknyttet det aktuelle sykehus. Fast praksis var da at hele kollegiet var inhabil til å dømme i saken. Dette kan medføre betydelig tidsbruk da det må oppnevnes settedommer fra en annen domstol.

Spørsmålet ble også drøftet av Høyesterett i den nevnte saken inntatt i Rt. 2004 s. 583 hvor retten uttalte at «det må anses som en uheldig organisering at nettopp saker som skal behandles med hurtighet, blir gjenstand for en systematisk forsinkelse på denne måten». Det er ikke vanskelig å slutte seg til et slikt synspunkt. Også Domstolsadministrasjonen fraråder ordningen med dommere som har bistillinger som kontrollkomisjonsledere.¹⁸² Det vises til at tingrettene i 2006 behandlet ca. 120 saker om psykisk helsevern, og at en dermed må regne med at kontrollkomisjonens vedtak blir brakt inn for domstolene. Helsedirektoratet opplyser i februar 2011 at 13 tingrettsdommere, 7 lagdommere og 9 sorenskrivere har verv som leder eller nestleder for kontrollkomisjonene.¹⁸³

At dommere som følge av sin erfaring er egnet til vervet som kontrollkomisjonsleder er neppe tvilsomt. Likevel må det antas at kravet til hurtig saksbehandling, både for kontrollkomisjonen og i domstolene, best vil bli ivaretatt om lederen for kommisjonen ikke også fungerer som dommer. Isolert sett ville det være optimalt om vervet som kontrollkomisjonsleder var en fulltidsstilling. Det

¹⁷⁸ IS-1338/2006 s. 57

¹⁷⁹ *Ibid* s. 58

¹⁸⁰ *Ibid* s. 58 og 59

¹⁸¹ s. 210

¹⁸² *Ibid*

¹⁸³ *Ibid*

kan imidlertid stilles spørsmål ved om et slikt verv vil anses like attraktivt som fulltidsstilling. Dersom det er grunn til å tro at en kan knytte til seg mer kvalifiserte jurister slik ordningen er i dag vil det være et tungtveiende argument for å beholde vervet som en bistilling. Det bemerkes at hverken Danmark eller Irland har dommere som ledere av sine respektive overprøvsorganer.

10.2.3 Faglig kompetanse

Kontrollkommisjonen består av en jurist, en lege og to lekmedlemmer hvorav en skal ha erfaring fra psykisk helsevern, enten som pasient, nærstående eller representant for pasienter. Hver med tilsvarende varamedlemmer.

Hva gjelder medisinsk kompetanse har det vært reist innvendinger mot at det ikke stilles krav til at det legekundige medlem har spesialkunnskap i psykiatri.¹⁸⁴ Som det fremgår av fremstillingen under punkt 5.1 vil vedtak etter psykisk helsevernloven ofte i det vesentlige hvile på skjønsmessige psykiatrifaglige vurderinger. Skal en fullstendig overprøving av den faglig ansvarliges vurdering være en realitet må kommisjonen ha den nødvendige faglige kompetanse til å overprøve de vurderinger som er gjort. Det kan ikke utelukkes at legen i tilfeller hvor det er usikkerhet om et vilkår er oppfylt vil vegre seg for å overprøve vurderinger gjort av en faglig ansvarlig med større spesialkunnskap om spørsmålet. I en spørreundersøkelse gjort av Helsedirektoratet i forbindelse med evalueringen av kontrollkommisjonene oppgav 53 % av kommisjonene at det ofte eller av og til kan være vanskelig å overprøve institusjonens faglige vurderinger.¹⁸⁵ Også Europarådets torturkomité har anbefalt at minst ett medlem av kontrollkommisjonene er spesialist i psykiatri.¹⁸⁶

På den annen side uttaler Legeforeningen i en høringsuttalelse til Helsedirektoratets evaluering av kontrollkommisjonene at en allmennlege er å foretrekke på grunn av sin breddekompetanse, erfaring med håndtering av psykiatriske pasienter utenfor institusjon, samt det faktum at allmennlegen står for initieringen av de aller fleste tvangsinnleggelse.¹⁸⁷

Anne Romsaas har i sin masteravhandling *Bruker og fagorganisasjoners erfaringer med kontrollkommisjonene i det psykiske helsevern* stilt ulike organisasjoner spørsmål om deres syn på om det legekundige medlem bør være spesialist i psykiatri. Representanten fra Mental Helse uttalte følgende om spørsmålet:

"I utgangspunktet ser jeg ingenting galt med at man kan kreve spesialistkompetanse fra legemedlemmet. Jeg har selv erfaring med spesialister som lege-kundig medlem og har ikke erfart noen negative konsekvenser av dette. Imidlertid kan jeg se at dette kan muligens utvikle seg negativt da psykiaterene er et særdeles innvevd miljø. De er en liten faglig enhet og slikt må jo skape et særegent miljø. Hvorvidt dette gjør at de fungerer dårligere som kommisjonsledere [sic] er jeg ikke rette til å uttale meg om, men ser absolutt at det kan være problemer knyttet til dette."¹⁸⁸

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 129

¹⁸⁵ IS-1338/2006 s. 96

¹⁸⁶ The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway*. CPT/Inf (2011) 33 s. 48

¹⁸⁷ Allmennlegeforeningen og Norsk forening for allmennmedisin, *Høringsuttalelse til evalueringen av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*, 11. november 2007

¹⁸⁸ Anne Romsaas, *Bruker og fagorganisasjoners erfaringer med kontrollkommisjonene i det psykiske helsevern*, masteravhandling UiO, 2008 s. 79

Representanten for Landsforeningen for pårørende innen psykisk helse uttrykte tilsvarende reservasjoner om uheldig sammensveising av interesser.¹⁸⁹ Representanten for Rådet for psykisk helse uttrykte også skepsis til krav om spesialistkompetanse innen psykiatri og mente det ville være hensiktsmessig å satse på større grad av tverrfaglighet i form av samfunnsmedisinere, spesialistsykepleiere og psykologspesialister.¹⁹⁰ Representanten for Norsk psykiatrisk forening på sin side mente den kliniske erfaringen var avgjørende for om det legekyndige medlemmet er kompetent, ikke den formelle kompetansen.¹⁹¹

Dette er nok alle fornuftige innspill, og spesielt er det ikke til å komme fra at Norge har et lite miljø med spesialistkompetanse i psykiatri. At dette vil føre til utfordringer både med å finne kandidater med slik kompetanse og i forhold til tette bånd innad i miljøet er ikke tvilsomt. Samtidig er det avgjørende at overprøvingsinstansen i hver sak føler seg kompetent til å foreta en fullstendig overprøving av den faglig ansvarliges vedtak. I den grad et krav om spesialistkompetanse i psykiatri vil bidra til dette kan det være et argument for færre kommisjoner med en tilsvarende større arbeidsbelastning. Kanskje kan det også være et alternativ å oppnevne et antall spesialister i psykiatri som ikke er tilknyttet en spesiell kommisjon, men som kan bidra i saker hvor det legekyndige medlem føler at egen faglig kompetanse ikke er tilstrekkelig.

I denne sammenhengen bør det nevnes at også psykologspesialister kan være faglig ansvarlige. I disse tilfellene holder ikke argumentet for samme faglige kompetanse i overprøvingsinstansen som hos den som treffer førsteinstansvedtaket til et krav om spesialisering i psykiatri. Psykologspesialister kan imidlertid ikke treffe vedtak om behandling med medikamenter, jf. psykisk helsevernloven § 5 femte ledd. Virkningen av medikamentbehandling vil alltid være et moment ved helhetsvurderingen av om vernet fremtrer som den klart beste løsning for pasienten, jf. lovens § 3-3 første ledd nummer 6. I saker hvor medikamentbehandling er et fremtredende tema synes overprøvingen å være mest betryggende om kommisjonen er satt med en spesialist i psykiatri.

I Irland er det lovfestet et krav om at tribunalets leder skal ha spesialistkompetanse i psykiatri, mens det i Danmark oppnevnes både allmennleger og psykiatere.

Hva gjelder krav til juridisk kompetanse antas dette ivaretatt ved det krav som stilles til at lederen skal være kvalifisert til å gjøre tjeneste som dommer. Det er nok grunn til å tro at dommererfaring vil være nyttig i et slikt verv, men de reservasjoner om dommere som fungerer i bistillinger som kontrollkommisjonsledere som nevnt under punkt 10.2.2 gjør seg like fullt gjeldende. Dette var også bakgrunnen for at Stortinget endret bestemmelsen fra et krav om at lederen fortrinnsvis skulle ha dommererfaring til dens nåværende formulering.¹⁹²

10.2.4 Saksbehandling

10.2.4.1 Likhet

Som nevnt innledningsvis tyder tall fra Helsedirektoratet på at ulike sykehus praktiserer reglene om tvang i psykisk helsevern ulikt. Dette er i seg selv et rettssikkerhetsmessig problem som i ytterligere

¹⁸⁹ *Ibid*

¹⁹⁰ *Ibid s. 80*

¹⁹¹ *Ibid*

¹⁹² Innst. O. nr. 73 (1998-1999), *Innstilling fra sosialkomiteen om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)*, s. 25

grad understreker behovet for gode kontrollordninger. Helsedirektoratets evaluering av kontrollkommisjonene i 2006 viste at også disse på enkelte punkter hadde ulik lovforståelse ved overprøving av vedtak. I NOU 2011: 9 bemerkes det at det er utvalgets oppfatning at så fremdeles er tilfellet.¹⁹³

Det er i dag 56 ulike kontrollkommisjoner som møtes en gang årlig i Helsedirektoratets regi, og ellers mottar skriftlige retningslinjer for sin virksomhet.^{194 195} Således er det forståelig at det utvikler seg en ulik praksis. Det er likevel vanskelig å leve med en erkjennelse av at reglene om bruk av tvang praktiseres ulikt både av de som treffer det opprinnelige vedtaket, og av kontrollinstansen. Bruk av tvang er kun legitimt hvor det gjøres i henhold til regler som er blitt til gjennom en demokratisk prosess.

Det er nettopp inngrepets art som gjør at det i strafferetten stilles strenge krav til lovreglenes klarhet. Når reglene for bruk av tvang i psykisk helsevern er betydelig mer skjønnspreget enn hva som ville blitt akseptert som grunnlag for straff er det ikke først og fremst fordi slik tvang utgjør et mindre inngrep, men fordi det vanskelig kan utformes mer presise regler for dette området. Denne utfordringen må møtes med klargjøring av reglenes innhold for å forhindre vilkårlighet. Videre gjør de skjønsmessige reglene at saksbehandlingsprosessene blir særlig viktig som rettssikkerhetsgaranti.

Det kan tenkes flere løsninger på problemet med ulik lovforståelse. I en sentral kontrollkommisjon med flere medlemmer som roterer fra sak til sak vil det formodentlig utvikle seg en felles praktisering av reglene. Det er imidlertid vanskelig å se hvordan en slik ordning skal kunne kombineres med at kommisjonene holder møter på det enkelte sykehus, noe som må anses viktig for å legge til rette for at tvangsinnlagte pasienter kan møte. En mellomløsning med noe færre og mer regionale kommisjoner kunne kanskje ivareta begge hensyn på en bedre måte. En tredje løsning kunne være et overordnet organ som øver tilsyn med de ulike kommisjonene i form av stikkprøver. En tettere kommunikasjon mellom de ulike kommisjonene og Helsedirektoratet om spørsmål som det viser seg volder tvil kan også over tid bidra til en felles forståelse av reglene. Et forum for kommisjonslederne hvor de utveksler erfaringer med tanke på å samordne praksis kan også tenkes å være hensiktsmessig. Den danske ordningen hvor de ulike regionale organer utarbeider årsberetninger som blant annet inneholder prinsipielle spørsmål antas å være et velegnet virkemiddel for samordning av praksis.

10.2.4.2 Kontradiksjon

Pasientens rett til å gjøre seg kjent med opplysningene i saken, til å uttale seg før det treffes vedtak, samt føre vitner er positive trekk, og må også anses som helt grunnleggende krav til en kontradiktorisk prosess.

Saksbehandlingen i andre saker enn klagesakene over frihetsberøvelsen er på den annen side i stor grad en skriftlig prosess hvor avgjørelser treffes på grunnlag av dokumenter. Hensynet til kontradiksjon ville nok være bedre ivaretatt dersom det ble avholdt møter hvor i hvert fall den faglig

¹⁹³ s. 210

¹⁹⁴ IS-0410/2013 s. 34

¹⁹⁵ <http://www.helsedirektoratet.no/psykisk-helse-og-rus/tvang-og-kontrollkommisjonen/kontrollkommisjonskonferansen/Sider/2012.aspx>

ansvarlige gir en muntlig redegjørelse og det gis anledning for pasienten eller dennes representant til å stille spørsmål.

At det eksisterer begrensninger i pasientens rett til innsyn i opplysninger er også problematisk. Det er ikke til å komme fra at legitime hensyn begrunner slike unntak. For det første kan enkelte pasienters psykiske helse bli negativt påvirket av å lese dokumenter eller høre forklaringer om egen tilstand. For det andre kan nærstående ha en interesse i at opplysninger som kun kan ha kommet fra dem ikke blir gjort kjent for pasienten.

Hensett til arten av inngrepet det er tale om bør likevel ikke disse begrensningene rekke lenger enn til opplysninger som ikke har betydning for vedtakets innhold. En parallell til læren om avgjørende bevis i straffeprosessen er nærliggende hvor det ikke kan legges vekt på bevis som ikke har vært gjenstand for kontradiksjon dersom beviset anses nødvendig for domfellelse.

Det bemerkes at det hverken i Danmark eller Irland er anledning til å utelukke pasienten fra forhandlingene av hensyn til dennes nærstående. Hva gjelder innsyn i egen journal er det interessant å merke seg at det i Danmark etter en lovendring i 2010 ikke lenger finnes grunnlag for å nekte pasienten innsyn.

10.2.4.3 Uavhengighet og upartiskhet

Av phvl § 6-3 første ledd går det frem at kontrollkommisjonen skal være uavhengig i sin virksomhet. Dette er en programklæring som er ment å understreke at kommisjonen skal være uavhengig av ledelse og personale på de institusjoner de er tilknyttet.¹⁹⁶

Uavhengighet i forhold til det organ det skal føres kontroll med må være et grunnleggende krav til en hver kontrollinstans. Det har i den forbindelse vært reist kritikk mot dagens ordning med at kontrollkommisjonen i tillegg til sin virksomhet som overprøvingsorgan også skal utføre jevnlige besøk på institusjonene i forbindelse med velferdskontrollen.¹⁹⁷

At et eksternt organ utfører slik tilsynsvirksomhet som er tillagt kontrollkommisjonene i dag må klart anses positivt i et rettssikkerhetsmessig perspektiv. Hensett til hvor ofte slike besøk på institusjonene avlegges er imidlertid frykten for at kommisjonene skal bli "stuevarme" og mindre tilbøyelig til å påpeke feil som forekommer neppe ubegrunnet. At et annet organ stod for den tilsynsvirksomhet kontrollkommisjonen i dag er tillagt, ville gjøre kommisjonens uavhengige rolle tydeligere og minke faren for at nærheten til personale får innvirkning på vedtakene. En slik oppsplitting av oppgaver ble også foreslått i NOU 2011:9.¹⁹⁸ Det er verdt å poengtere at det ikke kun er et spørsmål om hvorvidt en slik effekt er reell, men at det også er viktig at pasientene og allmenheten har tillit til at kommisjonen er uavhengig av institusjonen.

Hva gjelder kommisjonens upartiskhet vises det til det som er sagt under punkt 8.4. At samme kommisjon gjentatte ganger behandler klager fra samme pasient medfører sannsynligvis ikke inhabilitet slik rettstilstanden er i dag, men det ville likevel være å foretrekke at kommisjonens sammensetning var en annen enn ved forrige klage. Som nevnt er det usikkert om EMD vil anse kravet til prøving av en domstol i EMK artikkel 5.4 oppfylt ved kontrollkommisjonens behandling hvor

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 134

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 129 og NOU 2011: 9 s. 211

¹⁹⁸ s. 211

dens medlemmer flere ganger tidligere har behandlet en «tilsvarende klage» fra samme pasient. Det er ikke optimalt at pasienten i en slik situasjon tvinges til å gå gjennom to instanser for å få oppfylt sine konvensjonsrettigheter. Et system hvor kommisjonens medlemmer ble oppnevnt fra sak til sak fra et utvalg av medlemmer ville avhjelpe disse problemene.

10.2.5 Velferdskontrollen

Det er ikke tvilsomt at det for pasientene er positivt at et eksternt organ besøker institusjonene og er tilgjengelig for å ta i mot klager eller høre på andre innvendinger mot forhold på institusjonen. Det har imidlertid vært innvendt at det ikke er heldig at de personer som skal være lydhøre for klager og betroelser i neste omgang utgjør det organ som skal behandle disse klagene.¹⁹⁹ I motsetning til kritikken, nevnt i forrige avsnitt, om at jevnlig besøk på institusjonene innebærer en fare for at kommisjonene blir «stuevarme», er problemet her i større grad at pasientenes inntrykk av kommisjonene som et uavhengig organ blir svekket. Det ville være å foretrekke om et annet organ, for eksempel pasientombudet, fylte en slik funksjon.

Hva gjelder tilsynsvirksomheten som utføres i forbindelse med velferdskontrollen er denne som nevnt under punkt 7 tonet ned til det som er nødvendig for å skaffe tilstrekkelig oversikt til at kontrollkommisjonen skal kunne ivareta sine oppgaver på en tilfredsstillende måte. Det eksisterer riktignok et minimumsnivå for hva kontrollen skal omfatte, men den fremstår likevel som relativt overfladisk.

Den viktigste innvendingen mot at både kontrollkommisjonen og helsetilsynet har tilsynsoppgaver er etter min mening at det oppstår en fare for ansvarspulverisering der ingen av organene utfører en tilstrekkelig inngående kontroll. En viktig oppgave for et tilsynsorgan innen det psykiske helsevern vil være å lete etter skjult tvang. Kontrollkommisjonen vil ved sin gjennomgang av tvangsprotokollene kunne avdekke et eksessivt omfang av tvang dersom dette faktisk er registrert, men en slik kontroll er neppe særlig egnet til å avdekke tvang som ikke registreres. Om helsetilsynet i for stor grad støtter seg på kontrollkommisjonens tilsyn kan det da fort oppstå en situasjon hvor det samlede tilsynet er utilstrekkelig.

10.3 Forslag til endringer

10.3.1 Kontrollkommisjoner eller fylkesnemnder

Fremstillingen ovenfor viser at det er forbedringspotensial ved kontrollkommisjonsordningen på flere områder. Det første spørsmålet som oppstår er da hvorvidt kontrollkommisjonene skal bestå, eller om den mest hensiktsmessige løsningen er å avvike disse og legge oppgavene til andre organer. Noen endelig konklusjon på dette spørsmålet er det ikke grunnlag for å treffe her, men jeg skal peke på de sentrale argumentene for begge løsninger.

Det er flere argumenter for å legge kontrollkommisjonens overprøvingsoppgaver til fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. For det første vil en med et mer regionalt organ få samlet et større fagmiljø. Dette vil ikke bare bidra til kunnskapsutveksling, men ikke minst gjøre det lettere å oppnå en helhetlig praksis. Et bredere sakstilfang for fylkesnemndene vil formodentlig også gjøre disse til et mer attraktivt arbeidssted for jurister og dermed ha en kompetansehevende effekt som smitter over på nemndenes øvrige arbeidsoppgaver.

¹⁹⁹ *Ibid*

Færre regionale organer vil videre lettere kunne styrkes med spesialistkompetanse i psykiatri i de saker hvor dette er nødvendig. I stedet for å måtte oppnevne en psykiater til hver av dagens 56 kontrollkommisjoner kan det tenkes en ordning hvor hvert organ har en eller flere psykiatere som kun deltar i behandlingen av saker hvor slik kompetanse er særlig påkrevd. En ordning hvor overprøvingsansvaret legges til fylkesnemndene vil derfor legge til rette for at også klager over vedtak om behandling uten eget samtykke kan behandles av samme organ som øvrige vedtak etter psykisk helsevernloven.

For det tredje vil en i et regionalt organ lettere kunne rotere nemndas sammensetning i den enkelte sak, og dermed styrke tilliten til organets upartiskhet i saker hvor en pasient gjentatte ganger tidligere har fått avslag på sin klage. Som drøftelsen under punkt 8.4.3 viser kan en slik rotasjon tidvis være nødvendig for at organet skal tilfredsstille de krav til upartiskhet som stilles til en domstol etter EMK artikkel 5.

Motargumentet mot å legge overprøvingsansvar til fylkesnemndene er hovedsakelig av økonomisk og administrativ art. Ordningen med at kontrollkommisjonen holder møter på det sykehus hvor pasienten er innlagt anses som så viktig at den må opprettholdes. Det har da formodningen for seg at det for fylkesnemndene, som forutsettes ikke å skulle deles opp i mindre lokale enheter tilsvarende dagens kontrollkommisjoner, må påregnes en betydelig økning i reisevirksomhet.

Det kan også tenkes at bistillingene som leder for dagens kontrollkommisjoner er mer attraktive enn fulltidsstillinger hos fylkesnemndene. At det rekrutteres faglig dyktige jurister er selvfølgelig svært viktig for pasientenes rettssikkerhet og kan således kanskje være et motargument mot å legge oppgavene til fylkesnemndene. På den annen side vil et bredere sakstilfang for fylkesnemndene formodentlig gjøre disse stillingene mer attraktive, og således styrke rettssikkerheten også for de grupper som i dag er i kontakt med dette organet.

Om en utredning viser at det økonomisk og administrativt er gjennomførbart å legge kontrollkommisjonens overprøvingsoppgaver til fylkesnemndene er det så betydelige gevinster knyttet til dette at en slik løsning anbefales. Fylkesnemndene selv støtter dette forslaget i sin høringsuttalelse til NOU 2011:9, men fremhever at det er avgjørende at det med disse oppgavene følger tilstrekkelige ressurser.²⁰⁰

Et spørsmål som da oppstår er hva som skal skje med velferdskontrollen. At et eksternt organ fører kontroll med de individuelle psykiatriske institusjoner anses som svært viktig i et rettssikkerhetsperspektiv. Hensett til at denne oppgaven for kontrollkommisjonens vedkommende allerede er gjort sekundær til overprøvingsfunksjonen, og de betenkeligheter som har blitt fremhevet med en slik dobbeltrolle synes det hensiktsmessig at denne funksjonen overtas av andre organer.

Hva gjelder selve tilsynsfunksjonen er Helsetilsynet i dag tillagt det overordnede faglige tilsyn med institusjonene. En løsning kan være at Helsetilsynet overtar også det løpende tilsyn som i dag tilligger kontrollkommisjonene. En annen løsning, som ble foreslått i NOU 2001:9, er at det opprettes egne tilsynsutvalg som ivaretar denne oppgaven.²⁰¹ Formodentlig vil egne tilsynsutvalg som kun har dette som oppgave kunne organisere sin virksomhet minst like effektivt som dagens kontrollkommisjoner.

²⁰⁰ Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, Sentralenheten – Høringsuttalelse NOU: 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, s. 2 og 3

²⁰¹ NOU 2011: 9 s. 214

Noen endelig konklusjon på hvordan tilsynet med institusjonene bør organiseres gir imidlertid ikke denne avhandlingen grunnlag for.

10.3.2 Endringer i kontrollkommisjonsordningen

For det tilfelle at overprøvningsoppgaver ikke blir lagt til fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker må enkelte utfordringer med dagens kontrollkommisjonsordning løses annerledes. Hva gjelder samordning av praksis anbefales det at den enkelte kontrollkommisjon blir pålagt årlig å utarbeide en rapport om sin virksomhet etter mønster fra dansk rett. Denne rapporten bør inneholde statistikk over saksbehandlingen, samt prinsipielle spørsmål som har oppstått.²⁰² På bakgrunn av disse bør Helsedirektoratet utarbeide retningslinjer som bidrar til avklaring, både hva gjelder organisering og lovforståelse. I forbindelse med evalueringen av kontrollkommisjonene ble det fra kommisjonenes side fremmet ønske om et tilbud om formalisert opplæring.²⁰³ Et årlig introduksjonskurs for nye medlemmer antas å være nyttig og relativt lite ressurskrevende. Dette vil for øvrig være verdifulle verktøy også for fylkesnemndene.

Selv om overprøvningsfunksjonen forblir hos kontrollkommisjonene er det likevel ønskelig at samme organ står for behandling av alle klager over vedtak etter psykisk helsevernloven. Det anbefales derfor en utredning av hvorvidt også vedtak om tvungen undersøkelse og behandling uten eget samtykke skal påklages til kontrollkommisjonen om disse består. Dette aktualiserer i ytterligere grad behovet for å styrke kommisjonene med spesialistkompetanse i psykiatri. Dersom det ikke lar seg gjøre å oppnevne medlemmer med slik kompetanse til alle kommisjonene anbefales det at det oppnevnes et utvalg av psykiatere som kan tiltre kommisjonen i de saker hvor dette er nødvendig.

Endelig bør det etableres rutiner for å endre sammensetning på kommisjonen hvor den skal behandle klager fra pasienter som tidligere har fått avslått klage over samme type vedtak. Slik situasjonen er i dag er det tvilsomt om kontrollkommisjonen oppfyller kravene til en domstol etter EMK artikkel 5.4 når den gjentatte ganger behandler klager fra samme pasient hvor det faktiske og rettslige spørsmål i realiteten er uendret. Dette må ikke gå på bekostning av hverken saksbehandlingstid eller at kommisjonen holder møter på den avdeling pasienten er innlagt. I sentrale strøk kan dette tenkes løst ved at kommisjonene for eksempel årlig tildeles ansvar for en ny avdeling, men det ligger likevel i dagen at en slik ordning enkelte steder vil by på betydelige administrative utfordringer.

10.3.3 Generelle endringer

I tillegg til den rene tilsynsfunksjonen inneholder velferdskontrollen i dag et element av pasientkontakt som ikke bør gå tapt. Det har imidlertid vært pekt på at det er uheldig at de mennesker som en dag skal være lydhøre for klager og betroelser fra pasientene i neste omgang skal ta stilling til klager fra disse. Denne kritikken er jeg enig i. Videre er det et problem at pasientenes forutsetninger for å benytte seg av de rettsikkerhetsgarantier som finnes i systemet i noen tilfeller er avhengig av at de har nærstående med evne og vilje til å bistå. Samtale med kontrollkommisjonen i forbindelse med dennes besøk på avdelingene utgjør ikke noen fullgod erstatning for slik bistand. Det foreslås derfor at det utredes en ordning med pasientrepresentanter lik den en har i Danmark. Om alle pasienter som underlegges tvungent psykisk helsevern allerede i forbindelse med vedtaket

²⁰² Helsedirektoratet har allerede et rapporteringssystem for kommisjonene, men i dag synes dette først og fremst benyttet til å utarbeide statistikk over ulike sakstyper og utfall.

²⁰³ IS-1338/2006 s. 98

får oppnevnt en profesjonell representant som skal ivareta dennes interesser vil det bidra til å sikre at de rettssikkerhetsgarantier som eksisterer er tilgjengelig på lik linje for alle pasienter på et tidlig stadium.

En alternativ løsning for å sikre alle pasienter like forutsetninger for overprøving av vedtak etter loven er automatisk overprøving av alle vedtak uavhengig av klage, slik som ordningen er i Irland. Dette eksisterer allerede ved at kontrollkommisjonen etter 3 måneder og deretter ved hver fornying utover et år foretar en fullstendig overprøving av om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Det ville imidlertid innebære en betydelig styrking av rettssikkerheten om dokumentkontrollen som foretas i forbindelse med etableringsvedtaket utvides til en fullstendig materiell kontroll.

Etter dagens regelverk skal det for øvrig kun holdes møter når det klages over et vedtak om tvungen observasjon, tvungent psykisk helsevern eller overføring, jf. forskriften § 54 femte ledd, jf. § 51. Etter mitt syn vil de automatiske kontrollene etter tre måneder og ett år først utgjøre en betryggende fullstendig overprøving om vedtaket fattes på bakgrunn av en muntlig kontradiktorisk prosess, som i klagesakene. Det anbefales at det gis nye regler om saksbehandlingen utenfor klagesakene for å reflektere dette.

En utvidet overprøving av alle tvangsvedtak vil naturlig nok innebære en økt arbeidsmengde for overprøvingsorganet. I Irland har dette fått den konsekvens at det ikke eksisterer noen klageadgang utover de periodiske kontrollene. Som nevnt under punkt 9.4.3 er det tvilsomt om dette er i samsvar med EMK artikkel 5.4.

En annen tilgjengelighetsproblematikk i dagens system er at lov om fri rettshjelp kun er gitt anvendelse ved klage over enkelte typer tvangsvedtak. Dette har formodentlig sin bakgrunn i økonomiske hensyn. Selv om en utvidelse av ordningen med fri rettshjelp vil medføre økte kostnader anses det som så viktig å legge til rette for at en ressurs svak gruppe kan benytte seg av klageadgangen at dette i hvert fall bør utredes.

Hva gjelder saksbehandlingen er særlig adgangen til å nekte pasienten innsyn i saksdokumenter og til å delta i kontrollkommisjonens møter betenkelig i et rettssikkerhetsperspektiv. Dette utgjør et betydelig inngrep i det kontradiktoriske prinsipp. Samtidig er det ikke til å komme fra at disse reglene har sin bakgrunn i tungtveiende medisinske og sosiale hensyn. At denne adgangen for innsyn pasientjournalers vedkommende nylig ble fjernet i Danmark viser imidlertid at det ikke er gitt at de norske reglene representerer et fasitsvar på denne avveiningen.

At det nektes innsyn i opplysninger som ikke har betydning for spørsmålet om tvang skal benyttes er mindre betenkelig. Etter min mening bør det vurderes å lovfeste en regel om at opplysninger ikke kan danne grunnlag for tvang med mindre det gis innsyn i disse. Dette vil ivareta muligheten til å nekte innsyn i opplysninger om pasientens somatiske helse, samt komparentopplysninger som ikke har eller har hatt betydning for vedtaket.

Endelig vil jeg rette fokus på den usikkerhet som foreligger hva gjelder virkningen av prosessuelle feil ved vedtak om tvungent psykisk helsevern. Statistikk viser at kontrollkommisjonen ved dokumentkontrollen svært sjelden kjenner et vedtak ugyldig som følge av prosessuelle feil. Dette kan ha sammenheng med at ugyldighet ofte er en lite hensiktsmessig reaksjon. At kontrollkommisjonen

på denne bakgrunn skal reparere tilnærmet enhver prosessuell feil gjør imidlertid kontrollen tannløs og skaper lite insentiv til å etterleve reglene i praksis. For pasientenes del vil det videre være av stor betydning å få anerkjent den feil som er begått og at denne får konsekvenser. Det anbefales at det utredes en slik ordning som foreslått under punkt 8.6.1.5 hvor kommisjonene gis adgang til i et visst tidsrom å kreve oppdateringer fra institusjonen om pasienter hvis vedtak lider av saksbehandlingsfeil, men som likevel ikke kjennes ugyldig.

11 Kilder

Litteratur

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Oslo 2011
- Amnesty International, *Mental Health Act 2001: A review*, 2011
- Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens Forvaltningsrett Bind I*, 2. utgave, Bergen 2010
- Bernt, Jan Fridthjof, «Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1989 s. 265
- Bødker Madsen, Helle og Mads Garde, *Psykiatiret*, København 2013
- Bøhn, Anders, *Domstolloven*, 2. utgave, Oslo 2013
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998
- Graver, Hans Petter *Alminnelig Forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007
- Hagen, Kristin, Tore Roald Riedl og Roger Østbøl, *Psykisk helsevernloven med innledning og kommentarer*, Oslo 2002
- Harris, David, Michael O'Boyle og Ed Bates, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. utgave, Oxford 2009
- Høyer, Georg, *Tvungent psykisk helsevern i Norge*, Tromsø 1986
- Kjellebold, Alice, *Retten til individuell plan og koordinator*, Bergen 2013
- Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, Oslo 2012
- Riedl, Tore Roald, og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, Oslo 2008
- Romsaas, Anne, *Bruker og fagorganisasjoners erfaringer med kontrollkommisjonene i det psykiske helsevern*, masteravhandling UiO 2008
- Salize, Hans Joachim og Harald Dressing, «Epidemiology of involuntary placement of mentally ill people across the European Union», *The British Journal of Psychiatry*, 2004 s. 163-168
- Skaug, Lasse, *Juss og psykiatri i forvaltningen*, Oslo 2002
- Syse, Aslak, «Frihetsberøvet etter et almanakknotat – når lovoppstilte rettssikkerhetsgarantister ikke tar ansvar (Rt-1998-937)», *Kritisk Juss*, 1998 s. 227
- Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven*, 2. utgave, Oslo 2007
- Whelan, Darius, *Mental Health Law & Practice*, Dublin 2009
- Woxholth, Geir, *Forvaltningsloven*, 5. utgave, Oslo 2011

Websider

- <http://www.helsedirektoratet.no/psykisk-helse-og-rus/tvang-og-kontrollkommisjonen/kontrollkommisjonskonferansen/Sider/2012.aspx> (22.5.2014)
- <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dep/Tilknyttede-virksomheter/fylkesnemndene-for-sosiale-saker.html?id=418110> (22.5.2014)

Offentlige publikasjoner (herunder rundskriv)

Norge

- Helsedirektoratet, *Bruk av tvang i psykisk helsevern for voksne i 2012*. IS-0410/2013
- Helsedirektoratet, *Evaluering av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*. IS-1338/2006
- Helsedirektoratet, *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen*. IS-9/2012

Helsedirektoratet, *Saksbehandlingsrundskriv for kontrollkommisjonene i det psykiske helsevern*.
IS-10/2007

Helse- og omsorgsdepartementet, *Bedre kvalitet – økt frivillighet. Nasjonal Strategi for økt frivillighet i psykiske helsetjenester (2012-2015)*

Danmark

Årsberetning 2012 for Det psykiatriske pasienklagenævn ved Statsforvaltningen Midtjylland
(tilgjengelig på: <http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=8710>)

Årsberetning 2012 for Det psykiatriske pasienklagenævn ved Statsforvaltningen Hovedstaden
(tilgjengelig på: <http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=8710>)

Irland

Mental Health Commission, *Report on the Operation of Part 2 of the Mental Health Act 2001*,
(tilgjengelig på: <http://www.mhcirl.ie/File/rptoperpart2.pdf>)

Mental Health Commission, *Annual Report 2012 Including Report of the Inspector of Mental Health Services*, (tilgjengelig på: <http://www.mhcirl.ie/File/MHC-2012-Annual-Report.pdf>)

Internasjonalt

The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway*. CPT/Inf (2011) 33
(tilgjengelig på: <http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2011-33-inf-eng.pdf>)

UN Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant*, 18. November 2011 (tilgjengelig på:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/NOR/CO/6&Lang=En)

Lover og forskrifter

Norge

Lov av 17. august 1848 om Sindsyges Behandling og Forpleining. *Sindsygeloven*

Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene. *Domstolloven (dl)*

Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål. *Twistemålsloven (tvml)*

Lov av 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern

Lov av 16. desember 1966 nr. 9 om anke til trygderetten. *Trygderettsloven*

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker. *Forvaltningsloven (fvl)*

Lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp. *Rettskjelploven*

Lov av 13. juni 1980 nr. 42 om leger. *Legeloven*

Lov av 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m. *Helsetilsynsloven*

Lov av 17. juni 1992 nr. 100 om barneverntjenester. *Barnevernloven*

Lov av 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer. *Smittevernloven*

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

Menneskerettsloven

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

Lov av 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter. *Pasient- og brukerrettighetsloven (pasrl)*

Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister. *Twisteloven*

Lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. *Helse- og omsorgstjenesteloven*

Forskrift av 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. *Psykisk helsevernforskriften*

Danmark

Lov av 5. juni 1953 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov. *Grundloven*

Lovbekendtgørelse av 13. juli 2010 nr. 913. *Sundhedsloven*

Lovbekendtgørelse av 2. desember 2010 nr. 1729 om anvendelse af tvang i psykiatrien. *Psykiatriloven*

Lov av 12. juni 2013 nr. 647 om ændring af lov om regional statsforvaltning, lov om børns forsørgelse, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love som følge af ændret organisering af statsforvaltningerne.

Bekendtgørelse av 2010-12-02 nr. 1341 om patientrådgivere. *Patientrådgiverbekendtgørelsen*

Irland

Mental Health Act 2001

Data Protection Act 1988

Freedom of Information Act 1997

Forarbeider (herunder høringsuttalelser)

Norge

Allmennlegeforeningen og Norsk forening for allmennmedisin, *Høringsuttalelse Evalueringen av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*, 11. november 2007 (tilgjengelig på: <http://legeforeningen.no/Fagmed/Norsk-forening-for-allmennmedisin/Horingsuttalelser/horing-evaluering-av-kontrollkommisjonene-i-psykisk-helsevern>)

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, Sentralenheten – *Høringsuttalelse NOU: 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet*, 3. februar 2012 (tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2011/horing---nou-20119-okt-selvbestemmelse-o/horingsuttalelser.html?id=653421>)

Helse- og omsorgsdepartementet, *Høringsnotat om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven*, 13.6.2005

Innst. O nr. 2 (1966-1967), *Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)*

Innst. O. nr. 73 (1998-1999), *Innstilling fra sosialkomiteen om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)*

NOU 1988: 8, *Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke*

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

Ot.prp. nr. 38 (1964-1965), *Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)*

Ot.prp. nr. 3 (1976-1977), *Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)*

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

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999), *Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)*

Ot.prp. nr. 65 (2005-2006), *Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.*

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

Danmark

KBET 1986 nr. 1068, *Principbetænkning om tvang i psykiatrien*

LFF 1988-10-26 nr. 76, *Forslag til Lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien*

LFF 2009-10-30 nr. 54, *Forslag til lov om ændring af sundhedsloven*

LFF 2013-02-27 nr. 157, *Forslag til lov om ændring af lov om regional statsforvaltning, lov om børns forsørgelse, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love som følge af ændret organisering af statsforvaltningerne*

Dommer (herunder kjennelser og beslutninger)

Norge

Rt. 1979 s. 606

Rt. 1984 s. 591 (Juklerød)

Rt. 1988 s. 99

Rt. 1990 s. 1001

Rt. 1990 s. 1166

Rt. 1998 s. 1467

Rt. 1998 s. 937 (Almanakdommen)

HR-2004-215-A

EMD

D.N. mot Sveits, Application no. 27154/95, 29. mars 2001

E mot Norge, Application no. 11701/85, 29. august 1990

Engel mfl. mot Nederland, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. juni 1976

Hauschildt mot Danmark, Application no. 10486/83, 24. mai 1989

Herczegfalvy mot Østerrike, Application no. 10533/83, 24. September 1992

Hutchison Reid mot Storbritannia, Application no. 50272/99, 20. mai 2003

Mooren mot Tyskland, Application no. 11364/03, 9. juli 2009

Rakevich mot Russland, Application number 58973/00, 24. mars 2004

Sanchez-Reisse mot Sveits, Application no. 9862/82, 21. oktober 1986

Winterwerp mot Nederland, Application no. 6301/73, 24. oktober 1979

England

R. (Rayner) v Secretary of State for the Home Department