

RETT TIL OMSORGLØNN

Kandidatnummer:33992
Leveringsfrist: 01.06.2008

Innhold

1. Innledning	2
2. Avgrensninger og det teoretiske utgangspunkt	3
3. Rettskildene	5
4. De legislative hensyn	6
5. Lovens vilkår og rettigheter	7
5.1 Vilkårene i stjl. § 4-3.....	7
5.2 Hvilke krav følger av stjl. § 4-3?.....	8
5.3 Sosialtjenesteloven § 4-2 e).....	12
5.4 Forholdet mellom stjl. § 4-3 og § 4-2 e):	15
5.4.1 Hvilke vilkår skal oppfylles?.....	15
5.4.2 Kan kravet til en forsvarlig hjelp gi rett til omsorgslønn?.....	16
5.5 Oppsummering.....	19
6. Et forsvarlig skjønn	20
6.1. Innledning.....	20
6.2. Hvilke moment skal inngå i skjønnet?.....	20
6.3. Valget mellom hjelpetiltak	21
6.3.1 Det individuelle behov.....	21
6.3.2 Den personlige autonomi.....	23
6.3.3 Hensynet til økonomi.....	24
6.3.4 Betydningen av brudd på veiledningsplikten.....	28
6.4 Oppsummering.....	29
7. Avslutning	30
8. Litteraturliste	31

1. Innledning

Omsorgslønn er en tjeneste hjemlet i lov om sosiale tjenester av 13 desember 1991¹ § 4-2 e): «Lønn til personer som har et særlig tyngende omsorgsarbeid.» De øvrige tjenester i stjl. § 4-2 er praktisk bistand og opplæring, avlastning, støttekontakt og plass i institusjon eller bolig med heldøgns omsorgstjenester. I 2006 mottok 8286 personer omsorgslønn.² Det er dermed en tjeneste av et beskjedent praktisk omfang. Tjenesten berører imidlertid prinsipielle sosialrettslige spørsmål.³ De omhandler blant annet fordelingen av ansvar mellom offentlig og privat omsorgsyter, forholdet mellom kontantytelser og sosial bistand, og retten til å velge sin omsorgsform mot den kommunale skjønnsfrihet.⁴ Avveiningene aktiverer til dels motstående verdier: Sosial trygghet, selvhjelpsprinsippet, den personlige autonomi og det kommunale selvstyret.⁵

Ifølge NOVA (Norsk institutt for oppvekst, velferd og aldring) avspeiler dette verdimessige spenningsfelt seg i omsorgslønnens uklare rettslige posisjon.⁶ Kommunen har en generell plikt til å ha tjenesten, jamfør ordlyden i stjl. § 4-2: «De sosiale tjenester skal omfatte...». Omsorgslønnen er imidlertid unntatt fra de tjenester en hjelpetrequende «har krav på...» etter stjl. § 4-3. Den som yter privat omsorg kan «kreve» et vedtak om tiltak for å lette omsorgsbyrden, jamfør stjl. § 4-4. Det er imidlertid bare en prosessuell rettighet, en rett til et vedtak.⁷ Den kommunale plikt sammenholdt med en manglende individuell rett reiser spørsmålet om omsorgslønnen er en reell sosial tjeneste, eller en tjeneste kommunen kan velge å se bort fra.

I departementets rundskriv om omsorgslønn er det sagt at kommunens «rom for skjønn» er «noe større» for tildeling og utmåling av omsorgslønn enn de andre tjenestene.⁸ Et formål med oppgaven er å avklare nærmere hvor stort dette «rommet» for forvaltningsskjønn er, og på hvilken måte det blir styrt og begrenset av rettsregler. Min problemstilling er om omsorgsmottaker eller omsorgsyter i enkelte tilfeller kan kreve en tildeling av omsorgslønn; enten på grunnlag av kravet til forsvarlig hjelp, eller ut fra kravet til et forsvarlig skjønn.

1 forkortet stjl.

2 Se Statistisk Sentralbyrås nettsider: www.ssb.no; Emne 03:Helse, sosial og kriminalitet, Tabell 03303

3 Se Eriksen m/fl: «Omsorgslønn til foreldre med funksjonshemmede barn: Lønn, påskjønnelse eller avlat?», NOVA-rapport 11/2003 s.16

4 Se samme sted

5 NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv, sammendrag s.15

6 Se Eriksen: «Omsorgslønn til familier med funksjonshemmede barn: En ordning full av spenninger» i: Embla nr.7 2002 s.44

7 Se NOU 1985:18, sammendraget s.16 og Kjønstad: «Sosiale tjenester og naturalytelser» i: Kjønstad m.fl: Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten, 2.utg. 2000 s.113

8 Rundskriv 1-42/98 s.2

2. Avgrensninger og det teoretiske utgangspunkt

Oppgavens tema er rett til tildeling av omsorgslønn etter sosialtjenesteloven. Jeg avgrenser dermed mot spørsmål som gjelder utmålingen av lønnen. Det er lagt til grunn i forarbeidene at kommunen har vid adgang til å tildele sosiale tjenester, inkludert omsorgslønn, også til de som ikke fyller vilkårene i stjl. § 4-3 og § 4-2 e).⁹ Jeg avgrenser fremstillingen til de som fyller vilkårene i bestemmelsene. Oppgaven omhandler dermed den som ikke kan «dra omsorg for seg selv» eller er «helt avhengig av praktisk og personlig hjelp» jamfør stjl. § 4-3, og omsorgsyter som fyller vilkåret «særlig tyngende omsorgsarbeid» i stjl. § 4-2 e).

En avklaring av kommunens skjønnsfrihet i en tildelingsvurdering vil kreve en nærmere klarlegging av omsorgslønnens posisjon som sosial rettighet. Gustafsson oppstiller momenter han mener er indikatorer på en rettighets styrke: Regulering i lov, grad av lovbestemmelsens presisjon, adgang til å ta hensyn til økonomi, klage- og overprøvingsrett og statlig tilsyn og kontroll.¹⁰ Styrken i de sosiale rettighetene vil dermed bero på en tolkning av lovbestemmelsen.¹¹ Westerhäll grupperer de sosiale rettigheter i legale eller «ekte» rettigheter, kvasi- eller servicerettigheter og målorienterte rettigheter.¹² Gustafsson fremhever at adgang til å ta hensyn til det offentliges budsjett er kjedens «svagaste länk», rettighetens styrke vil i stor grad være avhengig av om loven åpner for dette hensyn.¹³ Presisjonsnivået til lovbestemmelsen og adgangen til å ta økonomiske hensyn synes å skille de «ekte» rettighetene fra de service- og målorienterte rettigheter. Olsen og Kjønstad sonderer mellom en «lovbundet» rett og en rett til å stå i kø/konkurrere om knappe ressurser.¹⁴ Skillet går ved forvaltningens adgang til å ta økonomiske hensyn.¹⁵ De synes ikke å kreve en presist utformet bestemmelse for at det skal foreligge en «ekte» rett. Denne sontring ut fra adgangen til å ta hensyn til økonomi synes tjenlig som en retningslinje i en presisering av omsorgslønnens posisjon som rettighet. Utgangspunktet om todelte rettigheter må imidlertid nyanseres: Praksis kan ifølge Eskeland snevre inn forvaltningsskjønnet over tid.¹⁶ Slik kan de sosiale rettighetene utgjøre en glideskala av rettighetsposisjoner ved at svake rettigheter gradvis får preg av å være en «ekte» rett.¹⁷

Rettspraksis og teori har presisert visse krav til de sosiale rettighetene.¹⁸ De skal ha et tilfredsstillende kvantitet- og kvalitetsmessig nivå (minstestandarden).¹⁹ Kjønstad definerer den materielle minstestandard som del av det overordnede krav til forsvarlighet. Kravet retter seg mot kvalitet og omfang på hjelpen, en forsvarlig

9 Or.prp. nr.29 (1990-1991) s.13

10 Se Gustafsson: «*Taking social rights seriously*» i Lov og Rett nr.4 2005 s.468

11 Se samme sted

12 Westerhäll: «*Rättsliga förändringar av social trygghet i Sverige under 1950-2000 i ett subsidiaritets- och solidaritetsperspektiv*» i: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr.1 2005 s.116

13 Se Gustafsson: «*Taking social rights seriously*» 2005 s.470

14 Se Olsen: «*Rettighetsbegrepet i helse- og sosialretten*» i: Sosialrett 2, 1990 s.70 flg. og Kjønstad: Helserett, 2.utgave, Oslo 2007 s.145

15 Se samme sted

16 Se Eskeland: «*Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten*» i: Hvor gikk sosialomsorgen, 1993 s.49 flg.

17 Se samme sted

18 Se Rt.1990.854, Kjønstad og Syse: Velferdsrett 1, 2001 s.164, Kjønstad: Helserett, 2007 s.162

19 Se Kjønstad: Helserett, 2007 s.8 flg.

saksbehandling og et forsvarlig forvaltningsskjønn.²⁰ Kravet til en forsvarlig hjelp blir behandlet i punkt 5.2, og kravet til et forsvarlig forvaltningsskjønn i punkt 6.1. Jeg vil i det følgende presentere de rettskildene som er brukt i fremstillingen. Deretter følger en kort oversikt over de legislative hensyn bak omsorgslønnen før jeg redegjør for de vilkår og rettigheter i stjl. § 4-3 og § 4-2 e) som berører omsorgslønnen.

3. Rettskildene

Sosialtjenestelovens ordlyd er utgangspunkt for en nærmere klarlegging av omsorgslønnens rettighetsnivå. Loven har omfattende forarbeider.²¹ Den rettskildemessige verdi varierer da de inneholder en del rene sosialpolitiske uttalelser.²² Uttalelser som er direkte rettet mot tolkingen av loven, særlig fra de senere faser i lovarbeidet, vil derfor veie tyngre enn de politiske bemerkninger. To dommer fra Høyesterett er sentrale og tungtveiende rettskilder. Den første er Fusa-dommen,²³ som omhandler retten til nødvendig helsehjelp etter lov om kommunehelsetjenesten av 19 november 1982,²⁴ og rett til sosiale tjenester etter den tidligere gjeldende lov om sosial omsorg av 5 juni 1964.²⁵ Ifølge sosialtjenestelovens forarbeider er det lovgivers mening å videreføre de sosiale rettighetene etter sosialomsorgsloven.²⁶ Det gjør dommen relevant også for tolkingen av de sosiale rettigheter i den gjeldende lov. Den andre dom fra Høyesterett er Tolga-dommen, som omhandler tildeling og utmåling av omsorgslønn.²⁷

To dommer fra lagmannsretten er brukt for å belyse praksis.²⁸ Rettspraksis er ellers sparsom på dette området. Jeg har derfor valgt å behandle seks klagesaker om omsorgslønn fra Sivilombudsmannen. Sakene er relevante på grunnlag av ombudsmannens mandat fra Stortinget ved lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 22.juni 1962.²⁹ Dette mandat gjør at klagesakene tillegges vekt av forvaltningen, og de kan bidra til en lik praksis.³⁰ Som rettskilde har likevel klagesakene begrenset vekt fordi de ikke er rettslig bindende og individuelt begrunnet. I denne fremstillingen er de i hovedsak brukt for å illustrere praksis.

Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 1948 inneholder overordnede menneskerettslige målsettinger for statene i FN.³¹ Prinsippene og rettighetene i erklæringen er gjort rettslig bindende i FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs konvensjon om barnets rettigheter.³² Konvensjonene er relevante rettskilder i kraft av å være folkerettslige forpliktelser

20 Se samme sted.

21 NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv, Ot.prp.nr.29 (1990-1991) Om lov om sosiale tjenester mv. (sosialloven) og Innst.O. nr.9 (1991-1992) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om sosiale tjenester mv. (sosialloven).

22 Se bl.a. Innst.O.nr. 9 (1991-1992) s.25

23 Rt.1990.874

24 kommunehelsetjenesteloven

25 sosialomsorgsloven

26 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.63

27 Rt.1997.877

28 LE-1994-2067 og LF-2005-50325

29 Se Sivilombudsmannsloven § 3.

30 Se Fliflet: «Hva er gjeldende rett i forvaltningsretten?» i: Jussens Venner 2002 s.186 flg.

31 Eide: «Verdenserklæringens historiske betydning» i: Mennesker og rettigheter 1998 nr.2 s. 189

32 Forkortet ØSK, barnekonvensjonen.

inkorporert i norsk rett. Etter lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21 mai 1999 § 2 skal konvensjonene gjelde som norsk lov.³³ Konvensjonens rettigheter kan dermed påberopes for norske domstoler.³⁴ De får etter samme lov § 3 jf. § 2, 2. og 4. tung vekt som rettskilder fordi bestemmelsene i konvensjonene «ved motstrid» skal «gå foran bestemmelser i annen lovgivning».³⁵ Den overordnede status gir rettighetene en særlig betydning som tolkingsbidrag.³⁶ De sosiale rettighetene kan utfylles og presiseres ved hjelp av våre folkerettslige forpliktelser. Til hjelp i tolkningen har jeg benyttet FNs barnekomite og ØSK-komiteens generelle kommentarer til bestemmelsene.³⁷ Rettighetene i ØSK er for de funksjonshemmede presisert i konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter.³⁸ Konvensjonen er ikke en del av menneskerettsloven, og bestemmelsene har dermed ikke gjennomslagskraft som individuelle rettigheter i vår interne rett.³⁹ Den får likevel betydning som tolkingsbidrag i kraft av presumsjonsprinsippet: Norsk intern rett presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.⁴⁰

Sosial-og helsedepartementet har utarbeidet et eget rundskriv om omsorgslønn.⁴¹ Rundskrivet blir benyttet som arbeidsredskap for sosialtjenesten og er derfor relevant som rettskilde: Det kan bidra til en lik praksis.⁴² Som «etterarbeid» utarbeidet av forvaltningen vil det likevel ha begrenset vekt, særlig dersom det innskrenker rettigheter som følger av loven.⁴³ Omsorgslønnen er sparsomt behandlet i juridisk teori, og jeg har derfor brukt en undersøkelse fra NOVA for å belyse hvordan tjenesten fungerer i praksis.⁴⁴ Den juridiske teori har likevel betydning: Den kan bidra til å plassere omsorgslønnen i det rettslige landskapet som en sosial rettighet.

4. De legislative hensyn

Omsorgslønnen ble lovfestet i 1986 som en endringslov til kommunehelsetjenesteloven.⁴⁵ Før dette eksisterte ordningen på ulovfestet grunnlag i noen kommuner ved at private omsorgsytere ble lønnet som

33 menneskerettsloven,

34 Se Nygaard: «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2004 s.54

35 Se Søvig: «Minstestandarder og universalitet i norsk helse-og sosialrett, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter», 2006 s.40

36 Se Søvig: «Minstestandarder og universalitet i norsk helse-og sosialrett, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter», 2006 s.45

37 Committee on the Rights of the Child, Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Tilgjengelige på: United Nations Human Rights Website-Treaty Bodies Database.

38 The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, tilgjengelig på: www.un.org/documents/instruments

39 Se Nygaard: «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2004 s.54

40 Se samme sted

41 Rundskriv 1-42/98

42 Bernt: «Rett til stønad til livsopphold» i Kjønstad m.fl: Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten, 2.utg. 2000 s.73

43 Se Kjønstad,Asbjørn: Helsereett, 2007 s.60

44 NOVA-rapport nr.11/2003

45 Se lov 1986-07-11 nr.55: Lov om endringer i lov av 19.november 1982 nr.66 om helsetjenesten i kommunene og andre lover.

kommunale hjemmehjelpere.⁴⁶ Motivene til endringsloven uttaler seg slik om de hensyn som lå bak lovfestingen: «*Pleie og omsorg som utføres av nære pårørende representerer en verdifull og nødvendig innsats i vårt velferdssamfunn. Familiepleiere som påtar seg krevende omsorgsoppgaver kan dessuten bli avskåret fra å delta i det øvrige yrkesliv.*»⁴⁷ Det sentrale synes å være hensynet til omsorgsyters belastning, selv om behovet til omsorgsmottaker er en underliggende forutsetning: «*Avtale om lønn er begrenset av at kommunen og den pleietrengende vurderer den pårørendes omsorg som best og nødvendig...*»⁴⁸ Hensynet til omsorgsmottaker ble presisert da tjenesten senere ble flyttet til sosialtjenesteloven: «*Målet må etter utvalgets syn være å bedre kvaliteten på dette omsorgsarbeidet ved å gi veiledning, økonomisk støtte og hjelp i hjemmet. Dessuten må omsorgsgiver få mulighet til fritid og ferie.*»⁴⁹ Ordningen skal dermed som del av et helhetlig tjenestetilbud bidra både til kvalitet i omsorgen, og en bedret tilværelse for omsorgsyter. En bedret kvalitet på omsorgen kan bidra til at flere hjelpetrengende kan bo hjemme. Slik kan tjenesten fremme lovens formål om et «selvstendig liv» og en «sosial trygghet» i stjl. § 1-1 a). Det er imidlertid ikke selvsagt at omsorgslønnen alltid fremmer målet om et selvstendig liv. Motivene presiserer at det «...noen ganger er en bedre løsning å bruke institusjon. Dessuten kan omsorgsarbeidet omfatte funksjonshemmede som med aktiv bistand og oppfølging vil kunne bo for seg selv.»⁵⁰ For omsorgsyter kan ordningen både innebære en økonomisk fordel og en anerkjennelse av arbeidsinnsatsen.⁵¹ Omsorgslønnen kan øke omsorgsyters valgfrihet ved å gjøre det mulig å arbeide i hjemmet.⁵² For det offentlige kan omsorgslønn være et rimelig alternativ til en mer kostbar omsorg på institusjon.⁵³

Hensynet til valgfrihet, en sosial trygghet og et mest mulig selvstendig liv kan tale for at omsorgslønnen har et høyt rettighetsnivå.⁵⁴ Klare rettigheter fremmer videre hensynet til forutberegnelighet ved å bidra til lik tildelingspraksis i kommunene.⁵⁵ De krysses av hensynet til sosialtjenestens frihet til å fordele tjenester mellom søkerne.⁵⁶ Klare rettigheter kan også medføre risiko for et standardisert forvaltningskjønn som i liten grad er rettet mot det individuelle behov.⁵⁷ Forventninger om lønn for privat omsorg kan virke kostnadsdrivende og binde opp kommunale inntekter til en tjeneste.⁵⁸ Hensynet til en faglig og politisk frihet vil dermed tale for at spørsmålet om tildeling av omsorgslønn gir spillerom for skjønn til forvaltningen.

46 Se Innst.O.nr.56 (1985-1986) s.5

47 Se samme sted

48 Se samme sted

49 NOU 1985:18 s.76

50 Se samme sted

51 Se NOVA-rapport 11/03 s.7

52 Se samme sted

53 Se Eriksen m/fl: «*Omsorgslønn til familier med funksjonshemmede barn: En ordning full av spenninger*» 2002 s.43

54 Se Gustafsson: «*Taking social rights seriously*», 2005 s.471

55 Se bl.a. Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s. 14

56 Se samme sted.

57 Se Gustafsson «*Taking social rights seriously*», 2005 s.471

58 Se samme sted.

5. Lovens vilkår og rettigheter

5.1 Vilkårene i stjl. § 4-3

Sosialtjenesteloven § 4-3 stiller opp to alternative vilkår for hjelp: «ikke kan dra omsorg for seg selv» og «helt avhengig av praktisk og personlig hjelp.» Ordlyden «ikke kan dra omsorg for seg selv» taler for svikt i egen evne til å ivareta de helt grunnleggende behov, som stell av egen kropp og inntak av mat/drikke. Videre tilsier ordlyden «helt» at terskelen for det offentliges hjelpeplikt er høy. Forarbeidene sier at vilkåret gjelder «*konkrete og vanskelige situasjoner hvor hjelpebehovet er påtrengende*».⁵⁹ Sosialtjenesten vil ha en «*uttrykkelig plikt til å sette inn hjelpetiltak når en person ellers vil være hjelpeløs*».⁶⁰ Motivene påpeker at årsaken til hjelpebehovet er uten betydning for plikten: «*Bestemmelsen presiserer ikke nærmere hvilke omstendigheter som kan føre til at en person ikke er i stand til å ta vare på seg selv. Omstendighetene kan etter utvalgets syn være ulike for de personer det dreier seg om.*»⁶¹

FNs Verdenserklæring av 1948 kan gi et bidrag til forståelsen av stjl. § 4-3, selv om den ikke er rettslig bindende.⁶² Ifølge artikkel 25 har «enhver» rett til en «*levestandard som er tilstrekkelig*», og som blant annet inkluderer «*nødvendige sosiale ytelser*». Vilkåret for denne rett er etter samme artikkel: «*mangel på eksistensmuligheter som skyldes forhold han ikke er herre over.*» Formuleringen «enhver» og «eksistensmuligheter» presiserer at dekning av helt grunnleggende behov er en menneskerett for alle. Ordlyden «dra omsorg for seg selv» i stjl. § 4-3 kan sees i sammenheng med formuleringen «*som skyldes forhold han ikke er herre over*».⁶³ Staten har et subsidiært ansvar; det er først når evnen til egenomsorg svikter at plikten til å hjelpe oppstår.⁶⁴

Det neste vilkår i stjl. § 4-3 er alternativt, jamfør ordlyden «eller». Ordlyden «helt avhengig av praktisk eller personlig hjelp» tilsier også en høy terskel for hjelpeplikten, og synes å utvide persongruppen noe i forhold til det første vilkår. Forarbeidene bekrefter dette: «*en person som har rett til praktisk bistand etter § 4-3 er ikke nødvendigvis omsorgstrengende.*»⁶⁵ Motivene nevner som eksempel en funksjonshemmet som trenger hjelp til å forflytte seg, men likevel kan dra omsorg for seg selv.⁶⁶

Samlet har stjl. § 4-3 en høy terskel for det offentliges hjelpeplikt. Hjelpen er en grunnleggende menneskerett, og det offentliges hjelpeplikt oppstår uavhengig av årsaken til hjelpebehovet. Kjernen i stjl. § 4-3 er et behov for omsorg og personlig pleie. Bestemmelsen inkluderer imidlertid også de som er «helt avhengig av praktisk eller personlig hjelp», men ikke trenger omsorg.

59 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.62

60 Se samme sted

61 Se samme sted

62 Universal Declaration of Human Rights

63 Universal Declaration of Human Rights art.25

64 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.14

65 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.63

66 Se samme sted

5.2 Hvilke krav følger av stjl. § 4-3?

De som fyller ett av vilkårene i stjl. § 4-3 har «krav på hjelp». Den strenge formulering «krav» taler for at spørsmålet om hjelp skal settes inn i disse tilfeller, ikke er overlatt til kommunens skjønn. Kravet kan ikke avvises fordi kommunen har dårlig økonomi. Bestemmelsen er dermed en «ekte» rettighet.⁶⁷ Fusa-dommens uttalelser om en minstestandard av hjelp støtter dette.⁶⁸ Dommen omhandler lovligheten av reduksjon av hjemmehjelp og hjemmesykepleie til en sterkt funksjonshemmet kvinne. Kommunens vedtak om reduksjon ble kjent ugyldig. Den materielle problemstilling var om kommunens vedtak tilfredsstilte «*et visst minstekrav, som må forutsettes å gjelde for slike ytelser.*»⁶⁹

Retten til hjelp er forankret i loven, og Fusa-dommen omtaler minstestandarden som «*lovens krav*» til hjelpen.⁷⁰ En presisering av rettighetens innhold og omfang synes dermed å være et spørsmål om lovtolkning.⁷¹ Den vide ordlyd «hjelp» tilsier at bestemmelsen også er en rettslig standard som krever et faglig skjønn: Innhold og omfang avhenger i stor grad av faglige og etiske vurderinger som ligger utenfor lovbestemmelsen.⁷² Spørsmålet blir da hvilke føringer rettskildene legger på utøvelsen av dette forvaltningsskjønnet: Hva er de nærmere krav til en forsvarlig hjelp etter stjl. § 4-3?⁷³

Ordlyden «hjelp» tilsier at bistanden må ha reell betydning for de basale behov, ellers vil «kravet» være uten mening. For eksempel vil bistand en gang i uken til en som er avhengig av bistand hver dag, eller bistand om morgenen til en som trenger hjelp om kvelden, ikke være forenlig med rettskravet. Videre taler den høye terskel «dra omsorg» og «helt avhengig» for at kravet skal settes lavt; det omfatter den helt nødvendige hjelp. Motivene synes å støtte en slik tolking av ordlyden. Stortingskomiteen slutter seg til formuleringen «helt avhengig» ut fra behovet for å prioritere de mest hjelpetrengende.⁷⁴ Fusa-dommen sier om hjelpens omfang at kommunens vedtak «*ikke tilfredsstilte hennes livsviktige behov for stell og pleie.*»⁷⁵ Dommen presiserer ikke hvilket omfang som vil tilfredsstille kravet. Henvisningen til de «*livsviktige behov*» kan likevel støtte en innskrenkende tolking av ordlyden. Kjønstad viser til denne uttalelsen i dommen, og mener minstestandarden ligger på et «*ganske lavt nivå*».⁷⁶

En dom fra Frostating lagmannsrett kan illustrere dette lave nivå.⁷⁷ Dommen omhandler en ektefelles pleie av sin kone med diagnose Multippel Sklerose.⁷⁸ Hun mottok kommunale hjelpetiltak som hjemmehjelp og -sykepleie, mannens bidrag

67 Se Kjønstad: Helserett, 2007 s.145

68 Rt.1990.874

69 Rt.1990.874 s.888

70 Se samme sted

71 Se Syse: «*Klage over tildelingsvedtak etter sosialtjenesteloven*» i: Jussens Venner 1997 s.68

72 Se Kjønstad: Helserett 2007 s.162, han viser til Knoph: «*Rettslige standarder*», Oslo 1948, se også Se Eng: «*Sondringen mellom regler og retningslinjer*» i: Festskrift til Anders Bratholm s.473

73 Se Kjønstad: Helserett 2007 s.163. Spørsmål om innhold og omfang på hjelpen har så nær tilknytning at de to spørsmål her blir vurdert i sammenheng.

74 Innst.O. nr.9 (1991-1992) s.24

75 Rt.1990.874 s.888

76 Se Kjønstad: «*Rettighetslovgivning og kommunalt selvstyre*» i: Lov og Rett 2003 s.353

77 LF-2005-50325

78 Se samme sted

bestod i praktisk hjelp og nærvær/tilgjengelighet. Han fikk omsorgslønn som kompensasjon for den praktiske hjelpen, spørsmålet for retten var om behovet for nærvær skulle støttes i form av økt lønn. Han fikk ikke medhold. Retten viste til «*de behov som Høyesterett omtaler som livsviktige*» i Fusa-dommen.⁷⁹ Psykisk støtte som ikke var tilsyn var unntatt fra de behov som rettskravet dekket.⁸⁰

En målestokk for hjelpens omfang er imidlertid ifølge Fusa-dommen «*hennes...behov*».⁸¹ Kravet til omfang må dermed nyanseres ut fra individuelle kriterier som alder og funksjonsnivå. Tolga-saken berører kravet til å se minstestandarden i forhold til individet.⁸² Saken omhandler foreldres omsorg for en voksen sønn med diagnose autisme. De søkte kommunen om omsorgslønn og fikk avslag. Vedtaket ble klaget inn for fylkeslegen som ga foreldrene medhold, og dette vedtaket ble stadfestet av lagmannsretten og Høyesterett. Kommunen hadde ifølge lagmannsretten gitt familien et «*variert tilbud*», blant annet skole/dagtilbud og avlastning.⁸³ Lagmannsretten bemerker imidlertid at gutten har et «*betydelig behov for pleie for i det hele tatt å kunne fungere*».⁸⁴ En beregning av omfanget måtte ta hensyn til dette pleiebehovet. Høyesterett kommenterer ikke guttens behov direkte, men legger fylkeslegen og lagmannsrettens vurdering til grunn: «*Slik jeg forstår vedtaket, er det foretatt en skjønnsmessig vurdering basert på relevante momenter*».⁸⁵

De folkerettslige konvensjoner Norge har sluttet seg til kan betraktes som universelle minstestandarder på det helse- og sosialrettslige området.⁸⁶ Verdenserklæringen av 1948 gir i art.25 rett til «*necessary social services*» som del av retten til «*a standard of living adequate*».⁸⁷ Retten til «*an adequate standard of living*» finner vi igjen som en juridisk forpliktelse for staten i ØSK art.11 (1).⁸⁸ Retten omfatter blant annet «*adequate food, clothing and housing*».⁸⁹ ØSK-komiteen har presisert kravet til botilbudets innhold. Det skal blant annet inneholde: «*Availability of services, materials, facilities and infrastructure*».⁹⁰ Nødvendige sosiale tjenester synes dermed å inngå i retten til bolig. ØSK-komiteen advarer mot at retten blir «*interpreted in a narrow or restrictive sense*».⁹¹ Retten skal forstås som «*the right to live somewhere in security, peace and dignity*».⁹² De sosiale tjenester knyttet til boligen skal dermed sikre grunnleggende trygghet og verdighet, og må tolkes i sammenheng med retten til «*social security*» i ØSK art.9.⁹³ Kravet til en «*sosial trygghet*» finner vi igjen i sosialtjenestelovens formål, jamfør stjl. § 1-1 a). ØSK-komiteen presiserer dette

79 LF-2005-50325 s.50334

80 Se samme sted.

81 Rt.1990.874 s.888

82 LE-1994-2067 og Rt.1997.877

83 LE-1994-2067 s.2073

84 Se samme sted

85 Rt.1997.877 s. 882

86 Søvig: «*Minstestandarder og universalitet i norsk helse- og sosialrett, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter*» i: Jussens Venner nr.1 2006 s.36

87 Universal Declaration of Human Rights

88 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

89 Se samme sted

90 General Comment No 4, page 21

91 General Comment No.4, page 20,7.

92 Se samme sted

93 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

krav i beskrivelsen av de eldres rettigheter etter konvensjonen.⁹⁴ Retten til en sosial trygghet «...covers all the risks involved in the loss of means of subsistence for reasons beyond a person's control».⁹⁵ Retten til sosial trygghet tilsier at den hjelpetrengende skal kunne leve uten redsel for å miste helt nødvendig sosial støtte og hjelp.⁹⁶ En rett til sosiale ytelser er en sentral del av denne tryggheten. Et rettskrav på nødvendige sosiale tjenester kan dermed forankres også i ØSK art.9.⁹⁷

Ordlyden «adequate» i ØSK art. 11 (1) er oversatt til «tilfredsstillende» i menneskerettsloven.⁹⁸ Formuleringen taler for et svært nøkternt krav til hjelpen. ØSK-komiteen sier realiseringen av rettighetene vil «vary significantly from one State party to another», og være avhengig av den enkelte stats ressurser.⁹⁹ Ifølge komiteen er kravet relativt; det skal forstås ut fra statens utviklingsnivå.¹⁰⁰ Det stilles større krav til Norge ut fra vårt høye nivå på velferdsytelser, enn til fattige land.¹⁰¹ Alle stater plikter ifølge ØSK art.2 (1) å møte retten til bolig «with the maximum of available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights...». Kravet til en progressiv fremgang i realisering av konvensjonsforpliktelsene gjelder særlig plikten til å: «give due priority to those social groups living in unfavourable conditions by giving them particular consideration».¹⁰² De sårbare grupper som sosialtjenesteloven skal fange opp er dermed viet særlig oppmerksomhet i konvensjonen.

FNs barnekomite sin rapport fra 2005 vedrørende Norges oppfyllelse av forpliktelsene etter barnekonvensjonen kan presisere kravet til ØSK-rettighetene for en slik gruppe.¹⁰³ Komiteen er bekymret for manglende hjelp til barn som trenger bistand fra det offentlige: «The range of services available to children varies depending on the place in the country where children live, both with respect to the content and the execution of the services.»¹⁰⁴ Komiteen presiserer kravet til «equal access and availability of services for all children, irrespective of the geographical location or size of the municipality.»¹⁰⁵ Kravet til geografisk tilgjengelighet må sees i sammenheng med plikten til å hindre «diskriminering av noe slag» i FNs barnekonvensjon art.2 (1) og ØSK art.2 (2).¹⁰⁶ Staten har en plikt til å tilrettelegge for å unngå forskjellsbehandling ved å ivareta sårbare grupper.¹⁰⁷ Det innebærer at et tilbud som gis til en gruppe på et sted, skal være tilgjengelig for alle innenfor statens jurisdiksjon.¹⁰⁸ Sosialtjenestelovens formål «å bidra til økt likeverd og likestilling»

94 Compilation of General Comments, page 40,26.

95 Se samme sted

96 Se Kjelle vold: «Sosiale menneskerettigheter av betydning for norsk helse- og sosialrett» s.304

97 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

98 Se samme sted

99 General Comment No.4 page 22,12.

100 Se samme sted

101 Se Søvig: «Minstestandarder og universalitet i norsk helse- og sosialrett, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.» 2006, s.43

102 General Comment No.4, page 22,11

103 Convention on the Rights of the Child, Concluding observations: Norway, 21 September 2005

104 Concluding observations: Norway 2005, page 4, 14.

105 Concluding observations: Norway 2005, page 4, 15.

106 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

107 Søvig: «Minstestandarder og universalitet, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.» 2006 s.37

108 General Comment No.9, page 9

i § 1-1 a) har også et sosialt utjevne perspektiv.¹⁰⁹ Konvensjonen vil i kraft av sin forrangsstatus i menneskerettsloven § 3 forsterke lovens formål om «å bidra» til sosial utjevning, og gi en statlig plikt til å prioritere svake grupper. Hensynet til det kommunale selvstyre begrenses dermed av det folkerettslige krav til å unngå diskriminering ved å sikre lik geografisk tilgang til hjelpen for alle.

Statens plikt til å sikre en «tilfredsstillende levestandard» i ØSK art. 11 (1), kravet til en «sosial trygghet» i art. 9 og sosialtjenestelovens formål taler for et mer omfattende krav til hjelpen i stjl. § 4-3 enn det som følger av forarbeidene.¹¹⁰ Konvensjonene vil i kraft av bestemmelsen om forrang i menneskerettsloven § 3 veie tungt som tolkingsbidrag til ordlyden. Vårt høye nivå på velferdsytelser sammenlignet med andre konvensjonsstater kan støtte en slik utvidende tolking: Hensynet til ikke å overbelaste den offentlige økonomi tilsier en begrensning: Den hjelp det er mulig å gi vil alltid være knyttet til handlingsrom som statens økonomi gir.¹¹¹ Eksempelvis kan årlige sydenturer på det offentliges regning bidra til realisering av formålet «økt likeverd og likestilling» i stjl. § 1-1 a) for svake grupper. Det kan imidlertid føre til en risiko for at andre ikke får nødvendig hjelp i tider med begrensede ressurser.

Retten til bolig i ØSK art.11 (1) og retten til en sosial trygghet i art.9 skal ifølge ØSK-komiteen tolkes slik at de fremmer det overordnede prinsipp *«the inherent dignity of the human person»*.¹¹² Et verdig hjelpetilbud er ifølge Verdenserklæringen av 1948 art.25 jamfør art.1 både et uttrykk for og en realisering av menneskets verdi, uavhengig av alder eller fungeringsevne.¹¹³ Dersom kravet til verdighet sammenholdes med kravet til forsvarlig hjelp gir det en særlig dimensjon til rettskravet i stjl. § 4-3: Hjelpen må ha et tilstrekkelig omfang og en god nok kvalitet til å gi en grunnleggende sosial trygghet og et verdig liv.

5.3 Sosialtjenesteloven § 4-2 e)

Omsorgslønn skal ifølge stjl. § 4-2 e) gå «..til personer som har et særlig tyngende omsorgsarbeid». Bruken av pronomenene «til» og «som» tyder på at tjenesten er direkte rettet mot den som gir omsorg. Motivene bekrefter dette: *«Lønn for omsorgsarbeid skal tilstås den pårørende og ikke den person som selv trenger hjelp pga pleiebehov»*.¹¹⁴

Hva innebærer så vilkåret «særlig tyngende omsorgsarbeid»? Ordlyden «arbeid» taler for en hjelp som innebærer mer enn alminnelig medmenneskelig støtte. Videre tilsier formuleringen «tyngende» at arbeidet må innebære en psykisk eller fysisk belastning, og «særlig» at belastningen er av kvalifisert art. Spørsmålet er hvor stor belastningen må være før vilkåret er oppfylt. Motivenes kommentarer til bestemmelsen om avlastning i stjl. § 4-2 b) kan gi veiledning til tolkingen da

109 Se Kjønstad: *«Rettighetslovgivning og kommunalt selvstyre»* s.350

110 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

111 Se Gustafsson: *«Taking social rights seriously»*, 2005 s.469

112 General Comment No.4, page 20,7

113 Universal Declaration of Human Rights, Se Kjellevoll: *«Sosiale menneskerettigheter av betydning for norsk helse-og sosialrett?»* 2006 s.317

114 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.60

vilkåret for avlastning er likelydende til stjl. § 4-2 e).¹¹⁵ Hjelpen skal avhjelpe «*omfattende omsorgsoppgaver*», og hensikten er å gi omsorgsyter mulighet til å «*føre en tilnærmet normal tilværelse*».¹¹⁶ Det sentrale synes å være at arbeidet legger begrensninger på omsorgsyters egen livsutfoldelse, som mulighet til fritid og ferie. Rundskrivet om omsorgslønn har utarbeidet momenter til vurderingen.¹¹⁷ Hensynet til likebehandling kan tilsi at momentene tillegges noe vekt her. Momentene er: Timeantall omsorg pr. måned, fysisk eller psykisk belastning, nattarbeid/avbrudd i søvn, fordeling av arbeidet over tid, varighet, sosial isolasjon/manglende fritid, rettslig omsorgsplikt og inntektstap.¹¹⁸ Ordlyden og rundskrivet taler dermed for en helhetsvurdering der omfanget av arbeidet, arbeidets belastning, inntektstap grunnet omsorgen og omsorgsplikt er vurderingstema.

I det følgende vil jeg nærmere belyse grensen mellom den privates omsorgsansvar og vilkåret «særlig tyngende omsorgsarbeid» i stjl. § 4-2 e). Formuleringen «særlig tyngende omsorgsarbeid» finner vi igjen i bestemmelsen om avlastning i stjl. § 4-2 b).¹¹⁹ Grensen har dermed betydning ut over spørsmålet om tildeling av omsorgslønn. Den vil være bestemmende for den generelle fordeling av omsorgsansvar mellom offentlig og privat pliktsubjekt når hjelpen etter stjl. § 4-3 skal fastsettes.

Terskelen for «særlig tyngende omsorgsarbeid» der omsorgsyter har en rettslig omsorgsplikt for et barn som har krav på hjelp etter stjl. § 4-3 blir behandlet først. Det rettslige utgangspunkt for barnets rett til omsorg er lov om barn og foreldre av 8. april 1981¹²⁰ § 30: Barnet har krav på «omsut og omtanke» fra de som har foreldreansvaret inntil det er myndig. Spørsmålet blir da hvor grensen går mellom foreldres plikt til å gi «omsut og omtanke» etter barneloven § 30, og et «særlig tyngende omsorgsarbeid» etter stjl. § 4-2 e).

Formuleringen «ikke dra omsorg for seg selv» i stjl. § 4-3 tilsier at det rettslige utgangspunkt er den enkeltes plikt til å hjelpe seg selv og de som omsorgsplikten omfatter.¹²¹ Forarbeidene bekrefter dette, men presiserer at selvhjelpsprinsippet ikke må virke slik at «*svakstilte som føler seg stilt overfor problemer som virker overveldende, blir overlatt til seg selv.*»¹²² Prinsippet kan dermed ikke trekkes for langt: Det går en grense for foreldres omsorgsansvar. Det er ifølge motivene uklart hvor langt dette ansvaret strekker seg overfor syke eller funksjonshemmede barn.¹²³ Uttalelser om omsorgsyters rett til vedtak etter stjl. § 4-4 for å «lette omsorgsbyrden» kan gi veiledning: Et slikt vedtak er aktuelt når omsorgen er «*særlig krevende*» fordi barnet er «*sterkt funksjonshemmet*».¹²⁴ Rundskrivet om omsorgslønn sier det bare er aktuelt med omsorgslønn dersom omsorgen «*klart overstig den vanlige omsorg*» for barn på samme alder.¹²⁵ Motivene og rundskrivet

115 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.63

116 Se samme sted.

117 Rundskriv 1/42-98 s.3 og 4

118 Se samme sted

119 Se samme sted

120 barneloven

121 Se også Kjellevold: Sosialhjelp på vilkår, 1995 s.61

122 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.36

123 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.64

124 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.67

125 Rundskriv 1/42-98 s.4

synes å bekrefte ordlydens høye terskel for å avhjelpe en omsorgsbyrde.

Barnekonvensjonen artikkel 23 (1) og (2) gir «a mentally or physically disabled child» rett til «special care». Retten omfatter etter samme bestemmelse hjelp til «those responsible for his or her care». Ordlyden angir ikke hvor belastende omsorgen skal være før en hjelpeplikt inntreffer. FNs barnekomite presiserer den statlige plikt til å gi tidlig hjelp til omsorgsyter for å forhindre at omsorgen blir så krevende at barnet må flytte.¹²⁶ Konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter støtter dette i art.23 (3): «States Parties undertake to provide early and comprehensive information, services and support to children with disabilities and their families».¹²⁷

En klagesak fra Sivilombudsmannen fra Fjell kommune i Hordaland kan illustrere plikten til å gi tidlig hjelp.¹²⁸ Saken gjelder søknad om omsorgslønn i ettertid på bakgrunn av omsorg for en sterkt funksjonshemmet mindreårig jente.¹²⁹ Utgangspunkt for vurderingen av «særlig tyngende» var at jenta hadde «*eit behov for trening og stimulering langt utover det alminnelige*».¹³⁰ Vilkåret var oppfylt fordi «*skilnaden mellom hennar utvikling og normalutviklinga har vorten større ettersom ho har vorten eldre. Likeleis har ekstratynga for foreldra i høve omsorgsarbeidet med henne auka gjennom oppveksten*».¹³¹ Denne «*ekstratynga*» var blant annet begrunnet i at «*foreldra har lide under mangelfullt avlastningstilbud*».¹³² Det interessante her er hvordan Sivilombudsmannen forstår vilkåret «særlig tyngende omsorgsarbeid»: Vilkåret blir vurdert i sammenheng med jentens behov over tid. Det økende gapet mellom en normalutvikling og jentens utvikling førte til at omsorgen på et tidspunkt ble «særlig tyngende». Det offentlige kjente til behovet for «*trening og stimulering*» fra hun var 4 år.¹³³ Styrken i behovet gjorde det mulig å forutse en økt omsorgsbyrde og ga en plikt til tidlig hjelp.

FNs barnekonvensjon med støtte fra konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter synes å utvide statens plikt i forhold til det som fremgår av ordlyd og uttalelser i forarbeider. Konvensjonen støtter ikke uttalelsene i forarbeidene om at barnet skal være «sterkt funksjonshemmet».¹³⁴ Førrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 kan tale for at ordlyd og forarbeider her må tolkes noe innskrenkende. En harmonisering av ordlyd, forarbeider og FNs barnekonvensjon kan tilsi at plikten til å gi tidlig og effektiv hjelp er forbeholdt de barna som kan betegnes som «mentally or physically disabled» jamfør art.23 (1).¹³⁵ Terskelen for et «særlig tyngende omsorgsarbeid» etter stjl. § 4-2 e) vil da senkes noe for denne gruppen. Barn med lettere funksjonshemminger eller lettere sykdom vil derimot falle innunder foreldres omsorgsplikt etter barneloven § 30.

126 General Comment No.7 (2005) 2 (d)

127 The Convention on the Rights on Persons with Disabilities, tilgjengelig på: www.un.org/documents/instruments.

128 Somb-2003-897

129 Se samme sted

130 Somb-2003-897 s.898

131 Se samme sted

132 Se samme sted

133 Somb-2003-897 s.897

134 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.67

135 FNs barnekonvensjon

Hvor er så terskelen for «særlig tyngende omsorgsarbeid» der omsorgsyter ikke har en rettslig omsorgsplikt, og omsorgsmottaker har krav på hjelp etter stjl. § 4-3? Utgangspunktet er at barn ikke har omsorgsplikt overfor sine hjelpetrengende foreldre, og foreldre har ikke slik plikt overfor sine barn over 18 år.¹³⁶ Ektefeller har etter lov om ekteskap av 4 juli 1991¹³⁷ § 39 «sammen ansvaret» for det «felles behov» og for hver ektefelles «særlige behov». Ansvaret for den andres «særlige behov» er ifølge motivene til sosialtjenesteloven et forsørgelsesansvar, ikke en omsorgsplikt.¹³⁸ Denne mangel på rettslig omsorgsplikt kan tilsi en noe lavere terskel for «særlig tyngende omsorgsarbeid» enn der det foreligger en rettslig plikt. Ordlyden skiller imidlertid ikke mellom omsorgsytere med og uten rettslig omsorgsplikt. Den synes i begge tilfeller å forutsette en høy terskel.

Det følger av rundskrivet om omsorgslønn at omsorgsarbeid som overstig det som er «rimeleg å forvente» skal regnes som «særlig tyngende...».¹³⁹ Rundskrivet synes å tolke ordlyden til gunst for omsorgsyter, det kan tale for at det tillegges vekt her. En tidligere berørt dom fra lagmannsretten kan støtte et slikt krav til noe privat omsorg før et krav på bistand utløses:¹⁴⁰ Ektefellen klaget på utmålingen av 30% omsorgslønn, og krevde 60%. Rettens begrunnelse for avslaget var blant annet at en kommune i «*begrenset utstrekning*» må kunne basere seg på frivillig omsorg fra en ektefelle, selv om det ikke foreligger en juridisk forpliktelse.¹⁴¹ En rett til bistand synes etter dette å ligge et sted mellom et fullt privat ansvar for omsorgen, og en «særlig tyngende» omsorg. Hva vil så en slik «rimelig» eller «begrenset» omsorg nærmere innebære?

I Sivilombudsmannens sak fra Bergen kommune ble omsorgslønn tildelt etter at omsorgsarbeidet var avsluttet.¹⁴² Saken omhandler en datters pleie av sin mor inntil moren flyttet på sykehjem i 1994. Kommunen vurderte i 1989 at «*datter er i full jobb, men stiller hennes leilighet og lager mat til henne. Søker stiller seg selv, er kontinent. Hun er klar og orientert.*»¹⁴³ Moren hadde imidlertid ifølge fylkesmannen et «*økende pleiebehov frem til innleggelse i 1994*», og oppfylte da vilkårene for å få sosiale tjenester.¹⁴⁴ Dette «*økende pleiebehov*» til forskjell fra en ren praktisk hjelp gjorde datterens omsorg særlig tyngende, og utløste kravet på bistand. Praksis synes å sondre mellom ren praktisk bistand, og omsorg som går i retning av pleie. Slik pleie vil være over terskelen for det «rimelege», og gi en plikt for det offentlige til å tilby hjelp.

Samlet synes praksis å tale for at terskelen for det offentliges plikt senkes noe i forhold til ordlyden i stjl. § 4-2 e). Likevel blir den sosiale forpliktelsen etter praksis tillagt en viss rettslig vekt: Omsorgsyter kan ikke kreve lønn for alt omsorgsarbeid. Reelle hensyn kan støtte en slik forventning; noe omsorg og medmenneskelig støtte kan naturlig følge av et familieforhold eller et bofelleskap.

136 Kjønstad: «*Sosiale tjenester og naturalytelser*» i Kjønstad m.fl: Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten, 2.utg 2000 s.128

137 Ektefelleloven

138 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.64

139 Rundskriv 1-42/98 s.5

140 LF-2005-50325

141 LF-2005-50325 s.50332

142 Somb-1999-58 s.61

143 Somb-1999-58 s.61

144 Se samme sted

Det synes å gå en grense der omsorgen går over i mer personlig stell og pleie. Denne del av omsorgen utgjør kjerneområdet for «særlig tyngende omsorgsarbeid».

5.4 Forholdet mellom stjl. § 4-3 og § 4-2 e):

5.4.1 Hvilke vilkår skal oppfylles?

Jeg vil i det følgende nærmere presisere forholdet mellom omsorgslønnens to sentrale bestemmelser: stjl. § 4-3 og § 4-2 e).

Sosialtjenesteloven § 4-3 definerer behovet til den hjelpetrengende som «omsorg» eller «praktisk og personlig hjelp». Lovens ordlyd synes å forutsette at behovet er utgangspunktet for en tildelingsvurdering, selv om ytelsen gis til omsorgsyter. Tolga-saken synes å bygge på dette syn.¹⁴⁵ I lagmannsretten oppsto det spørsmål om foreldrene kunne klage på guttens vegne.¹⁴⁶ Retten uttaler at «*selv om det er foreldrene som mottar omsorgslønnen, er det Runes behov for omsorg som ivaretas.*»¹⁴⁷ Høyesterett uttaler i samme sak: «*Det er også naturlig å se de ulike tjenestene i sammenheng. Alle har sin bakgrunn i at det foreligger et behov for helsehjelp. Avlastningstilbud og omsorgslønn er virkemidler som både vil kunne styrke og sikre den pleietrengendes omsorgstilbud.*»¹⁴⁸ De sosiale tjenester i stjl. § 4-2 er således «*virkemidler*»; målet er å tilfredsstille behovet i stjl. § 4-3.

Vil så vilkåret om et omsorgsbehov i stjl. § 4-3 være sammenfallende med vilkåret «særlig tyngende omsorgsarbeid» i stjl. § 4-2 e), eller har det siste vilkår en selvstendig betydning? Ordlydene synes likeartet: Begge omhandler omsorg, og begge har en høy terskel for hjelp. Det kan tale for at vilkårene er sammenfallende: En person som er så hjelpetrengende at egenomsorgen blir skadelidende vil som regel medføre et «særlig tyngende omsorgsarbeid». På den andre siden retter bestemmelsene seg mot ulike persongrupper. Det tilsier at deres behov og interesser ikke trenger å være sammenfallende.

Tolga-dommen kan bidra til å belyse spørsmålet.¹⁴⁹ I Høyesterett ble omsorgslønnen vurdert som en tjeneste som «*gikk inn under den rett enhver har til nødvendig helsehjelp etter kommunehelsetjenesteloven § 2-1.*»¹⁵⁰ Det rettslige utgangspunkt var dermed guttens behov. En tildeling av omsorgslønn knyttet seg imidlertid til «*foreldrenes omfattende omsorg for C*», og forutsatte en «*bred vurdering*».¹⁵¹ Denne «brede» vurdering rettet seg særlig mot en avveining av «*tyngden av omsorgsarbeidet*» og «*kommunens økonomi*».¹⁵²

Høyesterett synes her å dreie fokus fra gutten til foreldrenes arbeid. Et behov for omsorg var ikke tilstrekkelig, tyngden av omsorgsyters arbeid måtte også vurderes. Selve tildelingen forutsatte en skjønnsmessig avveining mellom dette arbeidet og de tilgjengelige ressurser. Vilkåret om «særlig tyngende omsorgsarbeid» synes slik å få en selvstendig betydning i forhold til grunnvilkåret i stjl. § 4-3: Det retter seg

145 LE-1994-2067

146 Se samme sted

147 LE-1994-2067 s.2071

148 Rt.1997.877 s.882

149 Rt.1997.877

150 Se samme sted

151 Se samme sted

152 Rt.1997.877 s.882

mot en annen persongruppe, og mot et bestemt type arbeid. Begge vilkår må dermed oppfylles for at omsorgslønn skal kunne tildeles.

5.4.2 Kan kravet til en forsvarlig hjelp gi rett til omsorgslønn?

Den som fyller et vilkår i stjl. § 4-3 har «krav på hjelp etter stjl. § 4-2 bokstav a-d.». Etter lovens ordlyd er ikke omsorgslønnen blant de tjenester som rettskravet dekker. Spørsmålet er hvilken betydning dette har for omsorgslønnen som sosial tjeneste: Er omsorgslønnen kun en «servicerettighet», eller kan den likevel få status som en «ekte» rett ved å inngå i kravet på forsvarlig hjelp etter stjl. § 4-3?¹⁵³

Før tjenesten ble flyttet til sosialtjenesteloven, var den en del av retten til «nødvendig helsehjelp» i kommunehelsetjenesteloven § 2-1. Da tjenesten med likelydende ordlyd ble flyttet til ny hjemmelslov, presiserte sosialkomiteen at «*det gjøres ingen endring når det gjelder retten til slik ytelse*».¹⁵⁴ Motivene gir inntrykk av en kodifisering av tidligere gjeldende rett, og en sterkere rettighet enn den nåværende ordlyd tilsier. Uttalelsene retter seg direkte mot tjenestens rettighetsnivå, og de kommer i en sen fase av lovarbeidet. De må derfor veie tungt. En slik tolking i retning av en «ekte» rettighet forutsetter imidlertid at tjenesten hadde en slik posisjon i den tidligere hjemmelslov.

Ordlyden «rett til nødvendig helsehjelp» taler for at kommunehelsetjenesteloven mente å gi et rettskrav på hjelp. Lovens forarbeider støtter dette: «*Denne regelen inneholder hjemmel for at pasienten har et rettskrav på helsehjelp*».¹⁵⁵ I Tolga-dommen ble tildeling vurdert etter den tidligere hjemmel.¹⁵⁶ Det legges «*vekt på at omsorgslønn ikke var utskilt som et særegent tiltak, men gjort til en del av de mer ordinære helsetjenestene*».¹⁵⁷ Omsorgslønnen synes her likestilt med de øvrige tjenester som del av et overordnet rettskrav. En tidligere likestilling mellom omsorgslønnen og de øvrige tjenester kan tyde på at tjenesten nå er unntatt fra rettskravet av praktiske årsaker: Tjenesten er unntatt fordi den er rettet mot omsorgsyter. Sivilombudsmannen legger dette syn til grunn i sin årsmelding.¹⁵⁸ Tjenesten er etter hans mening ikke en del av rettskravet som en «*lovteknisk konsekvens*» av at ytelsen er rettet mot omsorgsyter, det har ikke en materiell betydning.¹⁵⁹

På den andre siden synes kommunehelsetjenestelovens forarbeider å tolke retten til «nødvendig helsehjelp» noe innskrenkende: «*...hjelpplikten vil være begrenset til det som økonomi, tilgang på helsepersonell og utstyr gjør mulig*».¹⁶⁰ Fusa-dommen svekker vekten av uttalelsene i forarbeidene ved å fastsette en «*..minstestandard*

153 Se Westerhäll: «*Rättsliga förändringar av social trygghet i Sverige under 1950-2000 i ett subsidiaritets- och solidaritetsperspektiv*», 2005 s.95

154 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.61

155 Ot.prp. nr.66 (1981-1982) s.30

156 Rt.1997.877

157 Rt.1997.877 s.882

158 Sivilombudsmannens årsmelding for 2005, 1.Rettighetslovgivningen (Sombu-2005-1) s.3

159 Se samme sted

160 Ot.prp. nr.36 (1980-1981) s.160

*som en kommune, eventuelt flere i samarbeid, ikke kan gå under.»*¹⁶¹ Forarbeidene viderefører imidlertid de ressursmessige begrensninger til bemerkningene om omsorgslønnen: Den enkelte pårørende har «...ikke en ubetinget rett til lønn. Avtale om lønn er begrenset av at den enkelte pleietrengende vurderer den pårørendes omsorg som best og nødvendig og at dette ligger innenfor et omfang som hver kommune ser seg økonomisk i stand til.»¹⁶² Motivene synes å tale for at tjenestens svake rettighetsposisjon skal videreføres: En rett til å konkurrere om knappe ressurser.¹⁶³

I Tolga-saken synes lagmannsrett og Høyesterett å vurdere sammenhengen mellom minstestandarden og omsorgslønnen på ulik måte.¹⁶⁴ Lagmannsretten uttaler at «fylkeslegens vedtak må forstås som et uttrykk for at 2/3 omsorgslønn i tillegg til kommunens øvrige tilbud til Rune representerer den minstestandard som kommunen må oppfylle uavhengig av økonomi.»¹⁶⁵ Lagmannsretten synes å legge til grunn at kommunens tilbud ikke tilfredsstilte behovet, det stred mot kravet til en minstestandard. Dette «gapet» mellom behov og tilbud måtte fylles ved en tildeling av omsorgslønn. I Høyesterett anførte kommunen at lagmannsrettens vurdering av omsorgslønnen som del av rettskravet til en minstestandard berodde på en uriktig lovforståelse.¹⁶⁶ Retten drøfter ikke denne anførsel direkte, men sier tilståelse av omsorgslønn beror på en «bredt anlagt vurdering».¹⁶⁷ Fylkeslegen har videre foretatt en «skjønnsmessig vurdering basert på relevante momenter.»¹⁶⁸ Fylkeslegens vedtak synes å bli tolket som et spørsmål om forsvarlig skjønn: Det sentrale er om momentene «er relevante» og om konklusjonen er «rimelig». Det kan tyde på et større skjønnsmessig spillerom til kommunen enn det lagmannsretten la til grunn: Omsorgslønn er ikke det eneste tiltak som kan fylle «gapet» mellom tilbudte tjenester og kravet til en minstestandard.

Høyesterett synes å vurdere omsorgslønnen i tråd med lovens ordlyd: Tjenesten er unntatt rettskravet etter stjl. § 4-3, og tildeling skal skje på grunnlag av et rimelighetsskjønn. Dette standpunkt må legges til grunn som hovedregel. Omsorgslønnen er dermed det Gustafsson betegner en rettighet av «kvasikarakter»:¹⁶⁹ Kommunen har en generell plikt til å ha tjenesten, men individet har ikke en motsvarende rett til å få tildelt lønn.¹⁷⁰

Kan vi så oppstille et unntak fra hovedregelen der tildeling av omsorgslønnen er nødvendig for å kunne gi forsvarlig hjelp? Omsorgslønn kan eksempelvis være påkrevd der en hjelpetrengende trenger pleie hele døgnet av faste personer, slik at andre tiltak som støttekontakt eller avlastning er utelukket. Rettskravet i stjl. § 4-3 kan tale for dette: Kravet er en selvstendig rett til forsvarlig hjelp, og kan ikke begrenses til enkelte tiltak.¹⁷¹ Det støttes av ordlyden i stjl. § 4-2: de sosiale

161 Rt.1990.874 s.887

162 Innst.O.nr.56 (1985-86) s.5

163 Se Kjønstad: «Sosiale tjenester og naturalytelser», 2000 s.128

164 LE-1994-2067 og Rt.1997.877

165 LE-1994-2067 s.2071

166 Rt.1997.877 s.879

167 Rt.1997.877 s.882

168 Se samme sted.

169 Se Gustafsson: «Taking social rights seriously», 2005 s.470 og 471

170 Se samme sted

171 Se Kjønstad: Helserett,2007 s.160 om den samme problemstilling knyttet til kravet på «nødvendig helsehjelp».

tjenester «skal omfatte» omsorgslønnen. En reell plikt for kommunen kan tilsi at den i enkelte tilfeller må møtes av en motsvarende individuell rett. Tolga-dommens uttalelser om tildeling som et resultat av skjønn kan tale imot dette syn.¹⁷² Dommen synes likevel ikke å avvise tjenesten som del av minstestandarden. Foreldrenes omsorg var grunnstammen i hjelpen. Gutten hadde imidlertid også andre kommunale tjenester, som dagtilbud, støttekontakt og avlastning.¹⁷³ Retten uttaler: «...jeg er enig med den ankende part i at krav på omsorgslønn ikke med nødvendighet fulgte av foreldrenes omfattende omsorg for C.»¹⁷⁴ Det synes dermed å være flere alternativer til omsorgslønn i denne saken. Det overordnede hensyn må her være at rettskravet etter stjl. § 4-3 skal ha reell betydning også der omsorgslønn er den eneste tjeneste som kan tildeles. Etter dette kommer jeg til at omsorgslønn må kunne inngå i rettskravet på en minstestandard der tjenesten er nødvendig for å oppfylle minstestandarden etter stjl. § 4-3.

5.5 Oppsummering

Det rettslige utgangspunkt er at den som fyller et av vilkårene i stjl. § 4-3 har et rettskrav på «hjelp», og dette kravet samsvarer med kommunens plikt til å gi hjelp.¹⁷⁵ Bestemmelsens karakter av rettslig standard tilsier at en presisering av innhold og omfang krever et faglig skjønn.¹⁷⁶ Rettskildene utgjør en overordnet ramme for skjønnet og gir føringer for den skjønnsmessige vurdering. Fusa-dommen presiserer at omfanget ikke kan gå under en minstestandard.¹⁷⁷ ØSK og barnekonvensjonen gir vesentlige bidrag til tolkingen i kraft av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3.¹⁷⁸ Hjelpen skal ivareta overordnede hensyn til verdighet og menneskeverd.¹⁷⁹ Videre skal kravet til omfanget av hjelpen tolkes ut fra Norges høye nivå på velferdsytelser, og det samme omfang skal tilbys alle innenfor statens jurisdiksjon.¹⁸⁰

Tjenesten omsorgslønn i stjl. § 4-2 e) gis til den som har et «særlig tyngende omsorgsarbeid». Kjernen i vilkåret er en personlig pleie og omsorg, i motsetning til ren praktisk hjelp. Terskelen for «særlig tyngende...» synes å variere etter om omsorgsyter har en rettslig omsorgsplikt. I tilfeller der omsorgsyter ikke har slik plikt, senkes terskelen noe i forhold til ordlyden. Der det foreligger rettslig omsorgsplikt tilsier barneloven § 30 og uttalelser i forarbeidene en terskel nær opp til ordlyden «særlig tyngende omsorgsarbeid».

FNs barnekonvensjon nyanserer bildet i form av krav til tidlig og effektiv hjelp til barn som er «mentally or physically disabled» jamfør art. 23 (1). Konvensjonen tilsier en noe senket terskel i forhold til ordlyden for disse barna, mens lettere funksjonshemninger eller sykdom vil falle innunder foreldres omsorgsplikt.¹⁸¹

172 Rt.1997.877 s.882

173 Rt.1997.877 s.878

174 Rt.1997.877 s.882

175 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.62

176 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.55

177 Rt.1990.874 s.888

178 FNs barnekonvensjon, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

179 Se fortalen i begge konvensjoner.

180 General Comment No.4

181 Se FNs barnekonvensjon art.23,2 og General Comment No.7 (2005) (d)

Sammenhengen mellom rettskravet i stjl. § 4-3 og stjl. § 4-2 e) tilsier at det er behovet for omsorg som er det overordnede hensyn bak en tildeling.¹⁸² Vilkårene i begge bestemmelser må oppfylles før tildeling kan skje, fordi bestemmelsene retter seg mot ulike persongrupper. Omsorgslønnen er som utgangspunkt en «servicerettighet» fordi den er unntatt rettskravet etter stjl. § 4-3. Dette utgangspunkt må nyanseres; Omsorgslønnen er nært knyttet til kravet til en forsvarlig hjelp. Denne sammenheng viser seg tydelig der den hjelpetrequende mottar en nødvendig privat omsorg. Kommunens valgfrihet møtes da av den enkeltes rettskrav. En tildeling av omsorgslønn kan da være påkrevd for å oppfylle plikten til å gi en minstestandard av hjelp etter stjl. § 4-3.

6. Et forsvarlig skjønn

6.1. Innledning

Utgangspunktet for det følgende er at omsorgslønnen er en «servicerettighet» som kommunen kan velge å gi. Denne skjønnsfrihet er ikke ubegrenset: Etter lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17 juni 2005¹⁸³ § 1-5 1.punktum kan det reises sak for domstolene om «gyldigheten av forvaltningsvedtak». En slik prøving innebærer etter fast praksis en vurdering av forvaltningens rettsanvendelse, faktum, saksbehandling og skrankene for skjønnet.¹⁸⁴ De rettslige skranker for skjønnet er tradisjonelt forstått som læren om myndighetsmisbruk.¹⁸⁵ Læren innebærer forbud mot hensyn som loven ikke skal ivareta (utenforliggende hensyn), usaklig forskjellsbehandling og vilkårlig eller grovt urimelig skjønn.¹⁸⁶ Stjl. § 8-7 gir fylkesmannen som klageinstans hjemmel til å underkjenne vedtaket dersom «skjønnet er åpenbart urimelig». Etter forarbeidene tilsvarende denne kompetanse de nevnte skrankene for domstolskontroll.¹⁸⁷ Boe fremhever det ulovfestede krav til et forsvarlig skjønn som en helhetsvurdering av skjønnets bredde og grundighet.¹⁸⁸ Det innebærer en saklig og grundig avveining av de hensyn som skal inngå i skjønnet, lojalitet mot lovens verdier, og et resultat som ikke er åpenbart urimelig.¹⁸⁹ Ohnstad fremhever kravet til prosessen: En forsvarlig saksbehandling som ivaretar innsyn og kontradiksjon er en forutsetning for et betryggende skjønn.¹⁹⁰

Nygaard påpeker rettsreglenes funksjon i tillegg til å utgjøre rammeverket for det forsvarlige skjønn.¹⁹¹ Lovtekst, formål, instruks, praksis og andre rettskildedefaktorer gir retningslinjer for skjønnet.¹⁹² Også det faglige eller politiske skjønn er dermed til en viss grad rettslig normert; rettsreglene kan begrense det

182 Se NOU1985:18 s.76 og Rt.1997.877 s.882

183 Tvisteloven

184 Se Syse: «Klage over tildelingsvedtak etter sosialtjenesteloven», 1997 s.65

185 Bernt: «Rett til stønad til livsopphold» 2000 s.63

186 Se samme sted

187 Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s.122

188 Boe: «Reelle hensyn i forvaltningsretten» i: Det juridiske fakultets skriftserie nr.40 1999 s.20

189 Se samme sted

190 Se Ohnstad: «Rettsikkerhet i helse-og sosialtjenesten sett i lys av den rettslige regulering av tjenesteyternes posisjon som henholdsvis myndighets-og profesjonsutøvere» i: Kritisk Juss 2004 s.119

191 Nygaard, Nils: «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2004 s.393

192 Se samme sted

eller styre det i en bestemt retning. I det følgende vil jeg belyse hvordan rettsreglene påvirker en tildelingsvurdering. Først blir de sentrale momenter i skjønnet gjennomgått, deretter rettskildenes føringer for valget av hjelpetiltak. Til slutt vil betydningen av kommunens unnlattelse av å veilede om omsorgslønn bli berørt. Hensikten er å klarlegge omsorgslønnens rettighetsnivå ved å komme nærmere yttergrensen: I hvilke tilfeller bryter et avslag med kravet til et forsvarlig skjønn, og hvilke sanksjoner får et slikt brudd?

6.2. Hvilke moment skal inngå i skjønnet?

Ordlyden «ikke kan dra omsorg for seg selv» og «helt avhengig av... hjelp» i stjl.§ 4-3 og «særlig tyngende omsorgsarbeid» i § 4-2 e) gir lovens rammer for skjønnet. Hjelpet behovet og omsorgsbyrden vil dermed etter loven være sentrale momenter i vurderingen. Forarbeidene bekrefter dette: «...tilbudet vil måtte avgjøres ut fra de konkrete behov og kommunens tjenestetilbud og ressurser».¹⁹³ Sosialtjenesteloven § 8-4 omhandler sosialtjenestens plikt til å rådføre seg med klienten. Klientens syn på behov og tiltak skal dermed inngå i skjønnet i tillegg til den rent faglige vurdering. Tolga-dommen fremhever «*tyngden av omsorgsarbeidet*» og «*kommunens økonomi*» som de «*mest sentrale faktorer*».¹⁹⁴ ØSK tar også hensyn til de økonomiske ressurser.¹⁹⁵ Kravet til å oppfylle konvensjonens forpliktelser vil ifølge ØSK-komiteen «*vary significantly from one State party to another*».¹⁹⁶ Her er det imidlertid staten som er pliktsubjekt, ikke kommunen.

De sentrale momenter vil etter dette være behov, tyngden av omsorgen, kommunens øvrige tjenestetilbud og økonomi. Tolga-dommen presiserer kravet til en konkret og individuell vurdering: «*Jeg understreker at det skulle foretas en bred vurdering, ikke bare et regnestykke der fordelingen av omsorgsarbeidet mellom foreldrene og kommunen var de avgjørende faktorer*».¹⁹⁷ Et skjønn basert på faste, forhåndsbestemte kriterier synes å være i strid med dette kravet. Et eksempel på bruk av slike kriterier er en rapport fra fylkesmannens tilsyn i Asker kommune.¹⁹⁸ Kommunens retningslinjer tilsa at sosialtjenesten ikke skulle innvilge omsorgslønn der den omsorgstrengende var under fem år.¹⁹⁹ Videre var den øvre grense for kompensasjon 115 timer pr mnd., den nedre grense 10 timer. Retningslinjene ivaretok ifølge fylkesmannen ikke hensynet til et konkret og individuelt skjønn.²⁰⁰

193 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.64

194 Rt.1997.877 s.882

195 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

196 General Comment No.9, page 22,12.

197 Rt.1997.877 s.882

198 Se www.helsetilsynet.no, tilsyn med sosialtjenesten i Asker 2006 s.3

199 Se samme sted

200 Se samme sted

6.3. Valget mellom hjelpetiltak

6.3.1 Det individuelle behov

Tema for det følgende er forholdet mellom omsorgslønnen og kommunens øvrige tjenester. Hvilke rettslige føringer legges for valget mellom omsorgslønn og de andre hjelpetiltakene i stjl. § 4-2?

Den vide formulering «har krav på hjelp» i stjl. § 4-3 taler for en valgfrihet til kommunen til å bestemme det nærmere innhold i hjelpen. Dette støttes av en uttalelse i Fusa-dommen:²⁰¹ Et spørsmål i saken var om saksøker hadde rett til å bo i eget hjem, eller om kommunen hadde adgang til å pålegge henne å flytte på institusjon.²⁰² Saksøker døde før saken kom opp for Høyesterett, spørsmålet var derfor ikke lengre aktuelt. Retten berører likevel problemstillingen: «*Hvilke ytelser som skal gis, beror på et forvaltningsskjønn*».²⁰³ Sosialtjenesteoven tildeler ytelser etter stjl. § 4-2 a), c) og d) til «de som har behov for det», og etter samme bestemmelse b) og e) til de som har et «særlig tyngende omsorgsarbeid».

Avlastning og omsorgslønn skal avhjelpe den sistnevnte gruppen. Dette skillet mellom persongrupper kan tyde på at avlastning og lønn er særlig aktuelle tiltak der det foreligger et omsorgsansvar. Avlastning inngår i rettskravet etter stjl. § 4-3, i motsetning til omsorgslønn. Det kan gi en retningslinje for valget: Lovgiver synes å ha ment at praktisk bistand skal vurderes før en kontantytelse som omsorgslønn.

Motivene sier om den nærmere avveining av tiltak: «*Individets behov må være utgangspunktet for hvilken bolig- og omsorgsform som søkes etablert*».²⁰⁴ FNs barnekonvensjon art.23 (2) sier hjelpen må være «...*appropriate to the child's condition and to the circumstances of the parents or others caring for the child*» Vurderingen synes å forutsette en sosialfaglig utredning av behovet, og dernest et faglig skjønn.²⁰⁵ Tolga-saken i lagmannsretten kan illustrere betydningen av at tiltaket er tilpasset det individuelle behov.²⁰⁶ I saken var det et spørsmål om økt avlastning kunne fylle behovet i stedet for omsorgslønn.²⁰⁷ Kommunens tilbud ble avslått av foreldrene da avlastningen måtte skje utenfor hjemmet.²⁰⁸ I lagmannsretten begrunner de dette med at gutten er «*svært avhengig av en strukturert, forutsigbar tilværelse*». Han blir «*svært utagerende dersom omsorgs- og avlastningstilbudet svikter på dette punkt*».²⁰⁹ Retten la foreldrenes syn til grunn. Her synes avlastningen umulig å gjennomføre grunnet guttens behov for trygghet. Dersom behovet hadde rettet seg mer mot sosial kontakt kunne muligens avlastning utenfor hjemmet fremstått som et mer reelt alternativ til omsorgslønnen.

De folkerettslige kilder presiserer viktige allmene behov som legger føringer for valget. Barnekonvensjonen gir i art.23 (1) rett til «*a full and decent life, in conditions which ensure dignity, promote self-reliance and facilitate the child's*

201 Rt.1990.874 s.888

202 Se samme sted

203 Se samme sted

204 Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s.68

205 Se Kjønstad: «*Sosiale tjenester og naturalytelser*» 2000 s.126

206 Rt.1997.877

207 Se samme sted

208 Rt.1997.877 s.879

209 LE-1994-2067 s.2072

active participation in the community». Hensynet til integrering er sentralt: Ifølge FN's barnekomite er «*the core message*» i denne rettighet at barn med funksjonshemninger «*should be included in the society*». ²¹⁰ Hensynet til integrering kan tilsi at tiltak rettet mot barnets sosiale fungering bør velges, som støttekontakt eller brukerstyrt personlig assistanse. Konvensjonen krever etter samme bestemmelse at hjelpen også omfatter «*support for their parents (or other caregivers)*». ²¹¹ De funksjonshemmede barna synes dermed å ha rett til et spekter av tjenester. En bred tilnærning som både ivaretar behovet for utviklingsstøtte og omsorg synes også å være i samsvar med prinsippet om «barnets beste» i barnekonvensjonen art.3.

Konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter har integrering som målsetting også for de voksne funksjonshemmede. Konvensjonen gir i art.19 b) rett til: «a range of in-home residential and other community support services, included personal assistance to support living and integration in the community, and to prevent isolation or segregation of the community.» Konvensjonen er kun en folkerettslig forpliktelse, men får økt vekt fordi den støttes av sosialtjenestelovens formål. Etter stjl. § 1-1 b) skal sosialtjenesten bidra til «en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre.»

Samlet synes rettskildene å ha et inkluderende perspektiv på valget av hjelpetiltak. Det tiltak som best fremmer integrering og samfunnsdeltakelse skal velges. Det kan tilsi at praktisk bistand som fremmer samfunnsdeltakelse bør vurderes foran omsorgslønnen. Den hjelpetrengendes behov kan likevel tilsi omsorgslønn. Dersom det primære behov er rettet mot trygghet/kontinuitet, og det kombineres med en tung omsorgsbyrde, kan det tale for at omsorgslønn bør velges.

6.3.2 Den personlige autonomi

Hvem skal så definere hvilket tilbud som skal fylle behovet der sosialtjenesten og den som søker omsorgslønn er uenige om valget av tjeneste? Sosialtjenesteloven § 8-4 sier tjenestetilbudet «så langt som mulig» skal utformes «i samarbeid med klienten». Det skal legges «stor vekt på det klienten mener». En samarbeidsplikt og en plikt til å respektere klientens mening synes å innebære en begrensning for skjønnsfriheten. Spørsmålet er hvor sterk denne begrensning er. Ordlyden «samarbeid» tilsier noe mer enn å bli hørt: Klienten skal gis et tilbud om å delta i diskusjonen om valget av tjenester. Forarbeidene sier et tjenestetilbud tilpasset behov og ønsker «*bare kan skje hvis den enkelte blir tatt med på råd.*» ²¹²

Ordlyden «stor vekt» i stjl. § 8-4, 2.punktum tilsier sterke grunner for å fravike et klart ønske. Sosiallovutvalget uttaler at klientens syn skal «tillegges vekt», men kommunen vil ha en «*betydelig grad av handlefrihet*» i prioriteringen mellom de ulike tiltak. ²¹³ Uttalelsen kan tyde på at ordlyden blir tolket noe innskrenkende. Sosialkomiteen uttaler seg klarere i favør av klientens autonomi senere i lovarbeidet: «*Selv om brukerne ikke kan gis noen rett til fritt å velge mellom ulike*

210 General Comment No.9

211 Se General Comment No.7

212 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.120

213 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s. 62

*tjenester, må brukernes ønsker veie svært tungt sammen med de faglige vurderinger».*²¹⁴ De siste uttalelser fra sosialkomiteen i Stortinget må her veie tyngst. De fremkommer nærmere selve lovvedtaket, og er best i tråd med ordlyden «stor vekt på hva klienten mener» i stjl. § 8-4.

Sosialtjenestelovens formål er ifølge § 1-1 a) å «fremme økonomisk og sosial trygghet». Videre skal loven ifølge stjl. § 1-1 b) «bidra til at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre.» Sosialkomiteen viser til formålet som retningsgivende for valget mellom institusjons- og hjemmeomsorg. Komiteen vil «*peke på at lovens formål om å bidra til at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig må få konsekvenser ved vurderingen av tjenestetilbudets innhold.*»²¹⁵ Grensen for det forsvarlige skjønn blir presisert slik: «*Det kan være «åpenbart urimelig» bare å tilby institusjonsplass hvis omsorgs- eller pleiebehovet er så omfattende at institusjonsomsorg er påkrevet, samtidig som hjemmebaserte tjenester kan skaffes og er å foretrekke.*»²¹⁶ Det åpnes imidlertid ikke for full selvbestemmelse: Det er behov for en «*nærmere klarlegging av praktiske og økonomiske konsekvenser*» av full valgfrihet vedrørende bosted.²¹⁷

Ordlyden «stor vekt» blir her presisert ved hjelp av lovens formål: Dersom klienten ønsker en omsorg hjemme skal det sterke grunner til for å fravike ønsket. Denne tolkning synes også å samsvare med konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter. Funksjonshemmede skal ifølge art.19 a) ha: «*the opportunity to choose their place of residence...on an equal basis with others.*»²¹⁸ Konvensjonen styrker slik lovens krav om medbestemmelse i retning av selvbestemmelse.

Samlet synes det rettslige utgangspunkt å være kommunens frihet til skjønn i valget av tjenester i det private hjem. Friheten begrenses av at tjenesten skal være tilpasset behovet. Ifølge stjl. § 8-4 skal forvaltningen også «samarbeide» med klienten, og legge «stor vekt» på dennes mening. Prinsippet om medbestemmelse synes å få vekt i forhold til styrken av behovet. Dersom behovet er omfattende, får sosialtjenesten en motsvarende sterk plikt til å ta hensyn til klientens ønske. Dette viser seg særlig ved valget mellom tiltak i hjemmet eller institusjonsomsorg. Sosialtjenesten har en klar plikt til å tilrettelegge for hjelp i hjemmet, dersom det er klientens ønske.

6.3.3 Hensynet til økonomi

Omsorgslønn inngår ikke i de tjenester en hjelpetrequende har «krav på...» etter stjl. § 4-3. Kommunen kan dermed i større grad ta hensyn til sin ressursituasjon i vurderingen av om omsorgslønn skal tildeles, enn der valget gjelder en tjeneste som skal inngå i stjl. § 4-3.²¹⁹ Ifølge Tolga-dommen økonomi en av de «*mest sentrale faktorer*» i den skjønnsmessige vurderingen.²²⁰ Det generelle utgangspunkt for forholdet mellom omsorgslønnen og hensynet til økonomi er stjl. § 4-2: De sosiale tjenester «skal omfatte» omsorgslønnen. Sosialtjenesteloven

214 Innst.O. nr.9 (1991-1992) s.21

215 Innst.O. nr.9 (1991-1992) s.27

216 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.127

217 Innst.O.nr.9 (1991-1992) s.27

218 The Convention on the Rights on Persons with Disabilities

219 Se Kjønstad: «*Sosiale tjenester og naturalytelser*» 2000 s.133

220 Rt.1997.877 s.882

gir en plikt til å sette av tilstrekkelige midler til tjenesten i budsjettet.²²¹ Et avslag kan ikke begrunnes i at det ikke er budsjettert med tjenesten.²²² Vårt anliggende er avveiningen mellom økonomi og behov i enkeltsaker: I hvilken grad kan hensynet til den kommunale økonomi tillegges vekt der valget står mellom omsorgslønn og et rimeligere tiltak?

Ifølge motivene har sosialtjenesten «*adgang til å ta økonomiske hensyn ved utformingen av hjelpetilbudet i det enkelte tilfelle*».²²³ Hva innebærer så en slik «*adgang til å ta økonomiske hensyn*», hvilke offentlige budsjett og tidsperspektiv skal legges til grunn? Det fremgår av fortalen til både barnekonvensjonen og ØSK at «de stater som er parter til denne konvensjonen» er pliktsubjekt.²²⁴ Det rettslige utgangspunkt er dermed det statlige ansvar for rettigheter etter konvensjonen. Samtidig er kommunen det internrettslige pliktsubjekt etter stjl. § 2-1: «Kommunen er ansvarlig for å utføre de oppgaver etter loven som ikke er lagt til et statlig organ.» Hjelpetiltakene i stjl. § 4-2 blir dermed belastet det kommunale budsjett, samtidig som staten ikke kan unndra seg ansvar for konvensjonsforpliktelsene ved å henvise til kommunens ansvar.

Sivilombudsmannens sak fra Oppegård kommune kan illustrere en fordeling mellom det statlige og kommunale ansvar.²²⁵ I dette tilfellet medførte reduksjon i omsorgslønnen en risiko for flytting fordi jenten var 100% pleietrengende. En slik flytting var ikke ønsket av partene, og ville medføre store omkostninger.²²⁶ Ombudsmannen presiserer kravet til en grundig avveining: «*Hvis reduksjonen av omsorgslønnen innebærer at kommunen må overta det totale omsorgsansvaret for A, må også de økonomiske kostnader i den forbindelse bringes på det rene. Det kan her ikke sees isolert på den kommunale økonomi, også de statlige kostnader må tas med i beregningen*».²²⁷ Det sentrale synes her å være at valget omhandlet et grunnleggende velferdsgode for denne jenten: Omsorg hjemme eller på institusjon. Det ble da for snevert å begrense vurderingen til de kommunale omkostninger. Dette synspunkt synes å være i samsvar med de menneskerettslige konvensjoner: Kommunen er det internrettslige pliktsubjekt. Der valget av hjelpetiltak gjelder forpliktelser etter konvensjonen, som retten til bolig i ØSK,²²⁸ må et mer helhetlig syn legges til grunn. Staten er da pliktsubjekt, og de statlige utgifter må trekkes inn i vurderingen.

Hvilken vekt skal så økonomi ha i forhold til de øvrige moment?

I avveiningen av behov mot økonomi er spørsmålet om det individuelle behov må vike. De svenske motiver uttaler i forhold til «rett til bistånd» i Socialtjänstlagen 4. kapittel, 1 §:²²⁹ «*Når likeverdige innsatser finns att tilgå, ges kommunen möjlighet att välja det billigaste alternativet.*»²³⁰ Er det grunnlag for å stille opp en lignende begrensning i norsk rett, slik at økonomi må innordne seg

221 Se Somb-1999-58 s.65

222 Se samme sted

223 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.127

224 FNs barnekonvensjon og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

225 Somb-2003-34

226 Somb-2003-34 s.39

227 Se samme sted

228 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, art. 11 (1)

229 (2001:458)

230 Prop.2000/1:80 s.87-96

den faglige vurdering av det tiltak som er best i lys av behovet? Som eksempel kan en hjemmehjelp gi en begrenset og tilfredsstillende omsorg. En omsorgslønn kan på grunn av det langsiktige perspektiv som regel gi bedre kontinuitet i hjelpen. Ifølge ØSK-komiteen er utgangspunktet at staten plikter til å møte retten til bolig «*with the maximum of available resources.*»²³¹ Staten skal: «*identify the resources available to meet these goals and the most cost-effective way of using them.*»²³² En slik vurdering av kostnader mot nytte synes ikke å stå i direkte motstrid til å imøtekomme behovet fullt ut, men taler for en plikt til en forsvarlig forvaltning av de økonomiske ressursene. Kommunen har ifølge motivene «*adgang til å ta økonomiske hensyn ved utformingen av hjelpetilbudet i det enkelte tilfelle.*»²³³ Denne adgang er begrenset av at tilbudet skal «*samsvare best mulig*» med individets ønsker og forutsetninger.²³⁴ Uttalelsen kan tale for at økonomi må innordne seg det individuelle behov. Rundskrivet om omsorgslønn synes å støtte økonomiens begrensede betydning: Kommunen kan «*leggje ei viss vekt på sin eigen økonomi i vurderinga av om han skal tilby omsorgslønn.*»²³⁵

Der forarbeidene direkte behandler avveiningen mellom faglige hensyn og økonomi, åpnes det likevel for et vidt «*spillerom for skjønn*» og en anledning til å «*ta omsyn til kva som økonomisk sett er mest formålstenleg*» i valget av tenesteformer.²³⁶ Det «*...mest formålstenlege*» ut fra et økonomisk perspektiv kan tilsi at behovet til en viss grad må vike. Fusa-dommen kan også gi støtte til en begrensning av behovet av hensyn til økonomi.²³⁷ Rettskravet på hjelp har ifølge dommen et «*svært ubestemt innhold*», blant annet vil «*kommunenenes økonomi og ressurser sette grenser*».²³⁸ Forarbeidenes direkte uttalelser om avveiningen samt Fusa-dommen må her få avgjørende vekt. Det «*optimale*» tiltak i forhold til behov synes dermed å måtte vike for økonomiske hensyn.

Barnekonvensjonen kan tale for at de funksjonshemmede barna skal skjermes for en slik forringet kvalitet på tilbudet av hensyn til økonomi. Prinsippet om barnets beste i art.3 er grunnleggende for beslutninger på vegne av barna: «*In all actions concerning children...the best interests of the child shall be a primary consideration.*» Prinsippet er ikke det eneste relevante hensyn, jamfør ordlyden «*a primary consideration.*» Ifølge FNs barnekomite skal imidlertid barn med særlige behov prioriteres.²³⁹ Kravet til denne prioritering er strengt: «*The best interests of the child is of particular relevance in institutions that provide services for children with disabilities...and this consideration should outweigh any other and under all circumstances, for example, when allocating budgets.*»²⁴⁰ Konvensjonens status etter menneskerettsloven § 3 gir konvensjonen som tolkingsfaktor vekt foran sosialtjenestelovens forarbeider. Det tiltak som ivaretar barnets behov best skal dermed prioriteres foran motivenes anvisning på det

231 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, General Comment No.4, page 23.

232 Se samme sted

233 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.127

234 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.68

235 Rundskriv 1-42/98 s.5

236 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.127

237 Rt.1990.874

238 Rt.1990.874 s.887

239 General comment no 9, page 6

240 General comment no 9, page 6

økonomisk mest formålstjenlige tiltak.²⁴¹

Tolga-dommen kan nærmere belyse avveiningen mellom økonomi og omsorgsbyrde.²⁴² I saken forelå det både et svært tungt omsorgsansvar og særlige behov hos en gutt med autisme.²⁴³ Gutten trengte tilsyn og hjelp hele døgnet, også om natten.²⁴⁴ Kommunen avsto søknad om lønn av hensyn til økonomi. Dommen avveier momentene slik: «*Jeg forstår vedtaket slik at fylkeslegen- på bakgrunn av det tyngende omsorgsarbeid som hvilte på Cs foreldre og under hensyntagen til de hjelpetiltak som var satt inn og kommunens økonomi generelt- fant det rimelig å pålegge kommunen en plikt til å betale omsorgslønn i et visst omfang.*»²⁴⁵ Dommen er individuelt begrunnet, det tilsier en forsiktighet i forhold til generelle konklusjoner. Den tunge omsorgsbyrden synes likevel å være den bærende begrunnelsen for tildeling, og svekket her vekten av det økonomiske hensyn. Dommen synes å stille opp et krav om forholdsmessighet mellom alvorret i saken og det offentliges plikt til å hjelpe: Der behov og omsorgsbyrde er omfattende, kan ikke økonomi få avgjørende vekt. Fylkeslegen finner det derimot «*ikke rimelig å tilstå full dekning for det utførte omsorgsarbeid*» av hensyn til den kommunale økonomi.²⁴⁶ Den kommunale økonomi fikk dermed betydning for omfanget av lønnen, men ikke for spørsmålet om tildeling.

En klagesak fra Sivilombudsmannen fra 1991 kan illustrere en avveining der resultatet ble avslag på tildeling av omsorgslønn.²⁴⁷ Søker var en mor med aleneansvar for en psykisk utviklingshemmet sønn. Gutten bodde seks uker på institusjon, og seks uker hjemme. Sivilombudsmannen opprettholder fylkesmannens avslag. Han uttaler at kommunens tilbud «*oppfyller familiens nødvendige behov*» og at han «*..heller ikke står uten tilbud*» de seks ukene han bor hjemme.²⁴⁸ Selv om omsorgsansvaret var tungt i den perioden gutten bodde hjemme, var det offentliges hjelpeplikt oppfylt ved andre tiltak enn omsorgslønn. Det «resterende» ansvar var ikke tungt nok til å tale for en tildeling.

I hvor stor grad kan sosialtjenesten senke kravet til å tilfredsstillende behovet og omsorgsbyrden før resultatet blir «åpenbart urimelig», jf. stjl. § 8-7, 2.punktum? Ordlyden tilsier et kvalifisert avvik fra det rimelige resultat. Forarbeidene sier at valget av hjelpetiltak må være «*klart urimelig*».²⁴⁹ Fusa-dommens krav til en forsvarlig materiell hjelp stiller opp en slik nedre skranke.²⁵⁰ Vedtaket som ikke tilfredsstilte «*hennes helt livsviktige behov for stell og pleie*» kunne «*ikke forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi*».²⁵¹

I dommen synes den uforsvarlige hjelp å samsvare med skranken for et «åpenbart urimelig» vedtak.²⁵² En naturlig slutning er at dersom avslag på tildeling av omsorgslønn medfører at de helt grunnleggende behov blir skadelidende, kan ikke

241 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.127

242 Rt.1997.877

243 Se samme sted

244 Se samme sted

245 Rt.1997.877 s.882

246 Se samme sted

247 Somb-1991-17

248 Somb-1991-17 s.58

249 Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.126

250 Rt.1990.874

251 Rt.1990.874 s.888

252 Se Kjønstad: Helserett, 2007 s.170

økonomi begrunne vedtaket. Avslaget vil da være «åpenbart urimelig», og kommunen må enten tildele omsorgslønn eller gi annen forsvarlig hjelp.

FNs Barnekonvensjon art.23 (2) gir de funksjonshemmede barna rett til «special care». Retten er etter samme artikkel «subject to available resources». Anledningen til å ta hensyn til økonomi synes å nå en grense der barnet står i fare for å bli flyttet. FNs barnekomite uttaler at: «*Young children should never be institutionalized solely on the grounds of disability.*»²⁵³ En statlig plikt til å forhindre en flytting som ikke er til barnets beste, må tillegges avgjørende vekt etter menneskerettsloven § 3. Konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter bekrefter retten til omsorg i en familie i art.23 (4): «*In no case shall a child be separated from parents on the basis of disability of either the child or one or both of the parents.*»²⁵⁴ Dersom hjelpetilbudet kuttes ned på grunn av økonomi, og det får slike konsekvenser, synes kuttet å være en «åpenbart urimelig» beslutning.

6.3.4 Betydningen av brudd på veiledningsplikten

Praksis viser at mange av søknadene om omsorgslønn kommer til sosialtjenesten etter at omsorgsarbeidet er avsluttet, eller søknaden omfatter et tidsrom før søknadstidspunktet.²⁵⁵ Det oppstår da et spørsmål om kommunen kan klandres for manglende «opplysning, råd og veiledning» etter stjl. § 4-1, og om denne unnlatsen har ført til at hjelpen var utilstrekkelig i søknadsperioden. Videre er det spørsmål om en unnlattelse skal medføre en tildeling i ettertid.²⁵⁶ Her rettes fokus mot den sistnevnte problemstilling.

Sosialtjenestelovens tjenester er i hovedsak praktisk bistand, og gis ifølge stjl. § 4-2 c) og d) «til de som har behov for det.» Lovens forutsetning synes å være at det aktuelle behov skal avhjelpes. Sivilombudsmannen legger dette syn til grunn: «*Lovens normalordning er at søknader fremsettes på forhånd eller i omsorgsperioden. Hovedregel er at søknad i ettertid avslås.*»²⁵⁷ I de tilfeller en søknad fremsettes i ettertid, har likevel søker et «...krav på at søknaden blir undergitt en konkret vurdering.»²⁵⁸ En søknad i ettertid må dermed undergis et individuelt og forsvarlig skjønn. Kommunen må ifølge ombudsmannen vurdere om søker fylte vilkårene for hjelp i perioden, hvilke tilbud som ble gitt, og om kommunen kan klandres for eventuelt utilstrekkelig hjelp.²⁵⁹

Betydningen av brudd på plikten til veiledning er behandlet i to saker fra Sivilombudsmannen: En tidligere omtalt sak fra Fjell kommune, og en klagesak fra Nordland fylke.²⁶⁰ Klagesaken fra Nordland fylke omhandler en ektefelles pleie av sin mann med uhelbredelig kreft.²⁶¹ I begge saker hadde kommunen brutt veiledningsplikten fordi den ikke tok initiativ til å orientere omsorgsyster om

253 General Comment no 7

254 The Convention on the Rights on Persons with Disabilities

255 Se bl.a. Somb-2004-34, Somb-2003-897 og Somb-2001-0682

256 Se samme sted

257 Somb-2003-897 s.900

258 Somb-2003-897 s.901

259 Se samme sted

260 Somb-2003-897 og Somb-2004-30

261 Somb-2004-30

muligheten for å søke omsorgslønn. Det ble heller ikke gitt annen forsvarlig hjelp i søknadsperioden. Det interessante her er hvordan kommunens unnlattelse påvirker omsorgslønnens rettighetsnivå: I saken fra Nordland uttales det:

*«En søknad i ettertid kan vanskeliggjøre en vurdering av hvilke tjenester som ville være mest hensiktsmessig- herunder om ektefellens bistand burde vært betalt med omsorgslønn. ...Når kommunen kan bebreides...må det også vurderes om ikke kommunen er den nærmeste til å ta det økonomiske ansvaret for de problemer en vurdering i ettertid innebærer.»*²⁶² Jeg tolker uttalelsen slik at bevisbyrden snus når en kombinasjon av klander og manglende hjelp foreligger. Der søknaden gjelder en aktuell omsorgssituasjon må søker dokumentere et behov og et «særlig tyngende omsorgsarbeid». Her er bevisbyrden snudd: Kommunen må dokumentere at tjenesten ikke var aktuell i tidsrommet for å unngå en tildeling.

I saken fra Fjell er begrensningen av skjønnet begrunnet i individets behov: Ombudsmannen *«...peker på at tjenestetilbudet ellers har vært mindre omfattende enn det var da omsorgslønnen ble innvilget. Disse forholdene tyder på at A var berettiget til omsorgslønn også tidligere.»*²⁶³ Det konstante og omfattende behov stod i motsetning til et varierende omfang av tjenestetilbudet. Denne ubalansen ga en rett til omsorgslønn i ettertid. Formuleringen *«berettiget til..tidligere»* kan tyde på at ombudsmannen vurderer omsorgslønnens rettighetsnivå som noe høyere enn det rettskildene ellers gir grunnlag for.²⁶⁴ Vurderingen synes å være påvirket av at omsorgslønn som kontantytelse er den eneste av de sosiale tjenester som kan tildeles i ettertid.

I begge saker får tildeling av omsorgslønn preg av å være en erstatningsutbetaling. Kommunens brudd på veiledningsplikten, manglende forsvarlig hjelp, og årsakssammenheng mellom unnlattelsene begrunner tildelingen. Om omsorgslønnen her går fra å være en «servicerettighet» til å bli en «ekte» rettighet, eller om et avslag vurderes som «åpenbart urimelig», vil det gi samme resultat: Kommunen må tildele lønn uavhengig av den økonomiske situasjon.

6.4 Oppsummering

Det rettslige utgangspunkt er at tildeling av omsorgslønn er opp til forvaltningens skjønnsfrihet. Forvaltningen må imidlertid overholde kravet til et forsvarlig skjønn. Det innebærer en individuell tilnærming, og en saklig og grundig avveining av de hensyn som skal inngå i en tildelingsvurdering. Ifølge ordlydene i stjl. §§ 4-3 og 4-2 e), uttalelser i forarbeidene og Tolga-dommen utgjør fire moment de viktigste vurderingstema i en tildelingsvurdering.²⁶⁵ Momentene er behov, omsorgsbyrde, økonomi, og kommunens øvrige tjenestetilbud.

Rettskildene gir på ulike måter føringer for det nærmere valget mellom de sosiale tjenestene. Sosialtjenestelovens formål i stjl. § 1-1 a) samt folkerettslige føringer kan tale for at bistand som fremmer integrering skal prioriteres foran omsorgslønn. Skjønnet begrenses videre av stjl. § 8-4 som gir sosialtjenesten en plikt til å

262 Somb-2004-30 s.33

263 Somb-2003-897 s.902

264 Se Innst.O.nr.56 (1985-1986) s.5

265 Se Rt.1997.877 s.882 og Ot.prp. nr.29 (1990-1991) s.68

«samarbeide» med klienten og legge «stor vekt» på dennes mening. Det er noe uklart hvilken vekt hensynet til økonomi skal ha i forhold til de øvrige momentene. Tolga-dommen tilsier en forholdsmessighet mellom behov/omsorgsbyrde og det offentliges hjelpeplikt.²⁶⁶ Hensynet til økonomi kan ikke begrunne et avslag dersom det møtes av et sterkt behov og en tung omsorgsbyrde.²⁶⁷ FNs barnekonvensjon gir klare føringer til fordel for de funksjonshemmede barna. Tjenestene skal ifølge art.23 (1) ta sikte på en integrering i samfunnet og de skal ivareta omsorgsyter. Barna skal skjermes for en forringet kvalitet på tjenestetilbudet på grunn av økonomi.²⁶⁸

Fusa-dommen og FNs barnekonvensjon presiserer nærmere grensen mot det «åpenbart urimelig» vedtak jamfør stjl. § 8-7. Et vedtak som ikke ivaretar de grunnleggende behov, eller som fører til risiko for at et funksjonshemmet barn må flytte, kan bli underkjent som «åpenbart urimelig.»²⁶⁹ Omsorgslønn fremstår tydelig som en «ekte» rett der søknaden omhandler et tidligere omsorgsansvar. Dersom det foreligger brudd på plikten til veiledning og en manglende forsvarlig hjelp i det tilbakelagte tidsrom, er omsorgslønn det eneste tiltak som kan tildeles. Tjenesten får da preg av en erstatningsutbetaling.

7. Avslutning

Jeg vil som avslutning kommentere en side ved omsorgslønnen som en «servicerettighet»; utformingen av stjl. § 4-2 e). Ordlyden kan gi søker inntrykk av at tjenesten skal tildeles når vilkåret «særlig tyngende omsorgsarbeid» er oppfylt.²⁷⁰ Ifølge forarbeider og praksis er imidlertid omsorgslønnen som utgangspunkt en svak rettighet fordi den er unntatt fra rettskravet i stjl. § 4-3.²⁷¹ Denne uklarhet kan skape høye forventninger om lønn som ikke innfris. Slike forventninger kombinert med en skral kommunekasse kan medføre unødige konflikter mellom søker og sosialtjeneste, og en ulik og urettferdig praksis i kommunene.²⁷²

Jeg vil rette et blikk mot våre nabolands sosiale ytelser til omsorgsyter og omsorgsmottaker, for å se i hvilken grad hensynet til forutberegnelighet er ivaretatt. Den danske lov om social service af 17. februar 2005 § 42 sier staten «skal yde» tapt arbeidsfortjeneste til de som har omsorg for barn med funksjonsnedsettelse under 18 år i hjemmet.²⁷³ De voksne hjelpetrengende og deres omsorgsytere tilbys ikke omsorgslønn, men praktisk bistand eller avlastning.²⁷⁴ Kontantytelsen synes å ha samme funksjon som den norske omsorgslønnen for de mindreårige. Bestemmelsen har et sterkere rettighetspreg

266 Se Rt.1997.877 s.882

267 Se samme sted

268 General comment no 9, page 6

269 General Comment no 7 og Rt.1990.874 s.888

270 Se Sivilombudsmannens årsmelding 2005 (Sombu-2005-1), 1.Rettighetslovgivningen, s.16 flg.

271 Innst.O.nr.56 (1985-86) s.5, Rt.1997.877 s.882

272 Se rapport nr.7/2007 fra Helsetilsynet på: www.helsetilsynet.no

Se også Eriksen: «Omsorgslønn til familier med funksjonshemmede barn; En ordning full av spenninger», 2002 s. 41 og 42

273 Tilgjengelig på: www.retsinfo.dk.

274 Lov om social service §§ 83 og 84, Lov om social bistand af 26/02/1996 §§ 50 og 51

ved en mer presis ordlyd («skal»). Vilkår for ytelsen er at arbeidet i hjemmet er en «nødvendig følge» av funksjonsnedsettelsen, og at det er «mest hensiktsmessig» at de nære pårørende passer barnet. Kravet om årsakssammenheng klargjør sammenhengen mellom behov og omsorgsbyrde i større grad enn stjl. § 4-2 e). Ytelsen favner imidlertid en snevrere målgruppe enn den norske bestemmelsen.

Den svenske Socialtjänstlagen gir i 3. kapitel, 1 § «rett til bistånd..». En tjeneste som synes å tilsvare den norske omsorgslønnen er hjemlet i 5.kapitel, 10 §: «Socialtjänsten bør genom stöd och avlösning underlätta för dem som vårdar närtstående som är långvarigt sjuka, äldre eller funktionshindrade.» Ordlyden «bør» taler for at tjenesten er unntatt «rett til bistånd». De svenske lovforarbeider bekrefter dette: Et forslag om lovfestet individuell rett til tjenesten ble nedstemt på grunn av risiko for økte offentlige utgifter.²⁷⁵ Den norske og svenske løsning synes dermed å favne en vid persongruppe på bekostning av klare rettigheter, mens den danske løsning gir en sterkere rettighet til en begrenset gruppe.

Det foreligger et forslag til ny samordnet helse- og sosiallov som ikke er vedtatt.²⁷⁶ § 3-1,1. i forslaget gir «krav på nødvendig hjelp» ved sosiale eller helsemessige problemer. Den som har «særlig tyngende omsorgsarbeid» gis i § 3-1,3. «krav på at det settes i verk tiltak for å lette omsorgsbyrden, som avlastning og omsorgslønn». Forslaget synes å bedre omsorgsyters rettsstilling: De har etter gjeldende lov en prosessuell rett til vedtak, men får etter forslaget en materiell rett til tiltak. Det kan muligens være grunn til å påpeke at omsorgslønn og avlastning burde vært tettere knyttet opp mot den hjelpetrengendes behov. En tildeling av omsorgslønn ensidig ut fra omsorgsyters behov kan bidra til at det offentlige støtter opp om en uheldig omsorgsrelasjon. I utredningen blir det påpekt at forslaget i § 3-1,3. «..erstatte Sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav b og e, jf. § 4-3, og § 4-4.»²⁷⁷ Henvisningen til stjl. § 4-3 tyder på at det er meningen å videreføre gjeldende rett: Behovet for omsorg skal være det overordnede hensyn. Dette kommer imidlertid ikke frem i forslagets ordlyd. Det uttalte hensyn bak lovfestingen av omsorgslønnen i 1986 var at omsorgsyter skulle ivaretas.²⁷⁸ Dette ble senere utfyllt og presisert: Målet var å bedre kvaliteten på omsorgen.²⁷⁹ Hensynet til omsorgsyter som overordnet prioritet synes likevel å ha «smittet over» på det nye lovforslaget. Det danske krav til at ytelsen må være «mest hensiktsmessig» ut fra behov synes å ivareta sammenhengen mellom behov og omsorgsbyrde på en bedre måte.²⁸⁰

275 Prop. 2000/1:80 s.108-111

276 NOU 2004:18 «Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene»

277 NOU 2004:18 s.133

278 Se Innst.O.nr. 56 (1985-1986) s.5

279 Se samme sted

280 Lov om social service § 42.

8. Litteraturliste

Bernt, Jan Fridthjof: *“Rett til stønad til livsopphold”* i: Asbjørn Kjønstad, Jan F. Bernt, Alice Kjellevoid og Harald Hove: Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesteloven, Fagbokforlaget, 2. utgave, Bergen 2000, s.111 flg.

Boe, Erik: *“Reelle hensyn i forvaltningsretten”* i: Det juridiske fakultets skriftserie nr.40, 1999 s.15 flg. (UJURS-1999-15)

Eide,Asbjørn: *«Verdenserklæringens historiske betydning»*, Mennesker og rettigheter 1998 nr.2, Universitetsforlaget, s.189 flg.

Eng, Svein: *“Sondringen mellom regler og retningslinjer”* i festskrift til Anders Bratholm, Universitetsforlaget, s.473 flg.

Eriksen, John; Andersen, Torhild; Askheim, Ole Petter: *“Omsorgslønn til familier med funksjonshemmede barn: Lønn, påskjønnelse eller avlat?”*, Norsk institutt og forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOVA-rapport nr.11/2003).

Eriksen, John:*“Omsorgslønn til familier med funksjonshemmede barn: En ordning full av spenninger”* i Embla nr.7 2002 s.39 flg.

Eskeland, Ståle: *“Rettssikkerhet og andre verdier i sosialretten”*, i :Ståle Eskeland (red.): Hvor gikk sosialomsorgen, Oslo 1993, s. 41 flg.

Fliflet, Arne: *“Hva er gjeldende rett i forvaltningsretten? Noen tanker om Sivilombudsmannens betydning for rettsdannelsen og rettsutviklingen på forvaltningsrettens område”* i Jussens Venner 2002, s.186 flg.

Sivilombudsmannens årsmelding for 2005, 1.Rettighetslovgivningen (Sombu-2005-1)

Gustafsson, Håkan: *“Taking social rights seriously”*(1): Om sosiale rettigheters status,i: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr.4/2005 s. 439-490.

Kjellevoid, Alice: *«Sosiale menneskerettigheter av betydning for norske helse-og sosialrett?»* i: Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter Nr. 4, 2006. s.306 flg.

Sosialhjelp på vilkår: Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser, Juridisk forlag, Bergen 1995.

Kjønstad, Asbjørn: Helserett, Gyldendal forlag, 2.utgave, Oslo 2007, s.6 flg.

“Rettighetslovgivning og kommunalt selvstyre” i Lov og Rett 2003 s.341 flg.

“Sosiale tjenester og naturalytelser”, i: Asbjørn Kjønstad, Jan F. Bernt, Alice Kjellevoid og Harald Hove: Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesteloven, Fagbokforlaget, 2. utgave,

Bergen 2000, s.111 flg.

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak: Velferdsrett 1, Gyldendal forlag, 2. utgave, Oslo 2001

Nygaard, Nils: "Rettsgrunnlag og standpunkt", 2.utgave, Bergen 2004, s.387 flg.

Ohnstad, Bente: «*Rettsikkerhet i helse-og sosialtjenesten sett i lys av den rettslige regulering av tjenesteyternes posisjon som henholdsvis myndighets-og profesjonsutøvere*» i: Kritisk Juss 2004, utgitt av Rettspolitisk forening, s.119 flg.

Olsen, Leif Oscar: "Rettighetsbegrepet i helse-og sosialretten. Et juridisk eller fordelingspolitisk begrep?", i: Kristian Andenæs og Leif Oscar Olsen: Sosialrett 2, Oslo 1990 s.61 flg.

Syse, Aslak: "Klage over tildelingsvedtak etter sosialtjenesteloven", i: Jussens Venner 1997, Universitetsforlaget, s. 57 flg.

Søvig, Karl Harald: «*Minstestandarder og universalitet i norsk helse-og sosialrett, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter*» i: Jussens Venner, hefte 1 2006 s.36-57.

Westerhäll, Lotta Vahlne: «*Rättsliga förändringar av social trygghet i Sverige under 1950-2000 i ett subsidiaritets-och solidaritetsperspektiv*» i: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 1 2005 s.95 flg.