

Grunnlovsmessige og folkerettslige aspekter vedrørende retten til tilrettelagt undervisning for personer med behov for særskilt tilrettelegging av skoleundervisningen

Aslak Syse

Grunnlovsmessige og folkerettslige aspekter vedrørende retten til tilrettelagt undervisning for personer med behov for særskilt tilrettelegging av skoleundervisningen 1

1. Innledning	3
1.1 Betenkning til Opplæringslovutvalget.....	3
1.2 Bakgrunn for oppdraget.....	3
1.3 Mer konkret om oppdraget	4
1.4 Enkelte begrepsavklaringer.....	5
1.5 Disposisjon	7
1.6 Avgrensninger	8
2. Kort om retten til opplæring som menneskerett	9
2.1 Framveksten av et konstitusjonelt vern av retten til opplæring.....	9
2.2 Situasjonen i Norge	11
2.3 Behandling av opplæringsspørsmål i norsk menneskerettslig litteratur	12
3. Grunnlovens beskyttelse av retten til opplæring	13
3.1 Innledning	13
3.2 Grunnloven § 109.....	14
3.2.1 Bestemmelsenes ordlyd	14
3.2.2 Menneskerettighetsutvalgets vurderinger.....	14
3.2.3 Stortingets behandling av retten til opplæring	16
3.2.4 Kort om dagens lovregulering om rett til opplæring ut fra Grl. § 109.....	17
3.2.5 Nærmere om den enkeltes evner og behov.....	19
3.2.6 Oppsummerende vurdering	23
3.3 Grunnloven § 104.....	24
3.3.1 Bestemmelsenes ordlyd	24
3.3.2 Menneskerettighetsutvalgets vurderinger.....	24
3.3.3 Stortingets behandling av bestemmelsen om barns rettigheter.....	25
3.3.4 Betydningen av Grl. § 104 for forståelsen av retten etter Grl. § 109.....	26
3.3.5 Oppsummerende vurdering	27
3.4 Oppsummerende om Grl. § 109 og § 104.....	28
4. Konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter (KFR)	29
4.1. KFR. Et perspektivskifte og spørsmålet om folkerettslige bindinger	29
4.1.1 Innledning.....	29
4.1.2 KFR – Et perspektivskifte og konvensjonens stilling i norsk rett	29
4.1.3 Framstillingen videre	32
4.2 Hvem har funksjonsnedsettelse, og hvilke persongrupper omfattes av KFR?	32
4.3 Konvensjonens bestemmelser om opplæring.....	36
4.4 General comment No. 4 (2016) on the right to inclusive education	38
4.4.1 Innledning.....	38
4.4.2 Det nærmere innholdet i GC 4/2016.....	39
4.4.3 En kort vurdering av innholdet i GC 4/2016	41
4.4.4 Rettskildevekten i norsk rett av synspunktene i GC 4/2016.....	43
4.5 Rapportering om forholdene for personer med nedsatt funksjonsevne i Norge	45
4.5.1 Innledning.....	45
4.5.2 Statsrapporten og LDOs supplerende rapport	46

4.5.3	Oppfølgingsspørsmål fra komiteen	48
4.5.4	Skyggerapporten fra organisasjoner for personer med funksjonsnedsettelse	49
4.5.5	Komiteens endelige tilbakemelding til Norges første landrapport	51
4.5.6	Oppsummerende om KFR og statsrapportering	52
4.6	Foreligger en rett til voksenopplæring på grunnskolens område?	53
4.7	Oppsummerende vurderinger om KFR	54
5.	<i>Grl. § 98 og likestillings- og diskrimineringsloven</i>	54
5.1.	Konstitusjonelt vern av likhet for loven og mot usaklig forskjellsbehandling	54
5.1.1	Innledning	54
5.1.2	Bestemmelsens ordlyd	55
5.1.3	Synspunkter og voteringer i Stortinget	55
5.1.4	Framstillingen videre	56
5.2	Vil Grl. § 98 få betydning for opplæringsrettigheter	56
5.3	Likestillings- og diskrimineringsloven	57
5.3.1	Innledning	57
5.3.2	Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne	57
5.3.3	Håndheving av diskrimineringsvernet og tilgjengelighetsregler	58
5.3.4	Særlig om rett til individuell tilrettelegging i undervisningssituasjoner	59
5.3.5	Kort om diskrimineringsvernet	60
5.4	Oppsummerende vurderinger	61
6.	<i>Barnekonvensjonen</i>	61
6.1	Innledning	61
6.1.1	Om FNs barnekonvensjon	61
6.1.2	BK i norsk rett	62
6.1.3	Framstillingen videre	63
6.2	BK og opplæringsrettigheter	63
6.2.1	Innledning	63
6.2.2	BK art. 28	63
6.2.3	BK art. 29	64
6.2.4	Tilbakemeldinger til Norge fra Barnekomiteen i 2018	66
6.2.5	Oppsummering	67
6.3	BK og rettigheter til personer med funksjonsnedsettelse	67
6.3.1	Innledning	67
6.3.2	BK art. 23	68
6.3.3	Tilbakemeldinger fra Barnekomiteen	70
6.3.4	Oppsummering	72
6.4	Oppsummerende vurderinger	72
7.	<i>Andre ØSK konvensjoner</i>	73
7.1	Innledning	73
7.2	FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)	73
7.2.1	Kort om ØSK fra 1966	73
7.2.2	ØSK i norsk rett	74
7.2.3	ØSK og personer med nedsatt funksjonsevne	74
7.2.4	ØSK og retten til opplæring	75
7.2.5	Tilbakemeldinger til Norges statsrapporter	78
7.2.6	Særlig om opplæring for personer som trenger dette også i voksen alder	79
7.2.7	Oppsummerende vurderinger	80
7.3	Europarådets reviderte sosialpakt (ESP)	80
7.3.1	Kort om ESP	80
7.3.2	ESP og norsk rett	81
7.3.3	Større vektlegging av beskyttelse av barn og ungdom enn egentlige utdanningsformål	81
7.3.4	Norges rapporter og kollektive klager mot Norge	82
7.3.5	Europarådets klagesak vedrørende opplæring og nedsatt funksjonsevne med nedsatt funksjonsevne	83
7.3.6	Oppsummerende vurderinger	84

7.4 Konklusjoner	84
8. Kort om retten til opplæring for voksne med nedsatt funksjonsevne – en «likeverdig opplæring»	84
8.1 Problemstilling og disposisjon	84
8.2 Finnes aktuelle grunnlovsbestemmelser med virkning for den aktuelle vurderingen?	85
8.3 Finnes folkerettslige forpliktelser for den aktuelle vurderingen?	85
8.4 Konklusjon	86
9. Oppsummerende vurderinger og konklusjoner	86

1. Innledning

1.1 Betenkning til Opplæringslovutvalget

Undertegnede ble 25. februar 2019 gitt et oppdrag av Opplæringslovutvalget. Det ble lagt til grunn i drøftingene før oppdraget ble avtalt, at betenkningen skal utgjøre et selvstendig vedlegg til Opplæringslovutvalgets utredning som skal avleveres mot slutten av 2019. Dette har betydning for oppbygning og disponering av stoffet, samtidig som betenkningen tar sikte på å besvare alle spørsmål som er stilt i oppdragsdokumentene.

Bakgrunnen for oppdraget og oppdragets nærmere innhold framgår av punkt 1.2 og 1.3.

Enkelte begrepsavklaringer kommer i punkt 1.4, mens en redegjørelse for betenkningens oppbygning følger i punkt 1.5.

1.2 Bakgrunn for oppdraget

Av mandatet til Opplæringslovutvalget framgår at utvalgets forslag skal ligge innenfor rammene av Norges internasjonale forpliktelser. Utvalget skal blant annet særlig vurdere

– hvordan regelverket kan forenkles og legge til rette for effektiv ressursbruk på grunnopplæringens område, og

– hvilke forhold som bør reguleres gjennom å gi rettigheter på individnivå med tilhørende klageordninger.

Av oppdragsavtalen for betenkningen framgår at *Ekspertgruppen for barn og unge med behov for særskilt tilrettelegging* (Nordahl-utvalget, 2018) har foreslått at færre elever skal ha rett til spesialundervisning, og at «individuelle rettigheter» bør begrenses til noen bestemte grupper av elever i skolen.¹ Ekspertgruppen foreslår at retten begrenses til elever med behov for «varige og omfattende individuelle tiltak», og det legges til grunn at «forslagene i større grad vil ivareta Grunnlovens §§ 104 og 109, internasjonale forpliktelser og annet nasjonalt regelverk ... (s. 253).»²

¹ Boken som inneholder utredningen, utgitt av Fagbokforlaget 2018, ligger fritt tilgjengelig her: <https://nettsteder.regjeringen.no/inkludering-barn-unge/files/2018/04/INKLUDERENDE-FELLESSKAP-FOR-BARN-OG-UNGE-til-publisering-04.04.18.pdf>

² Det er ikke klart hva som legges i «større grad enn», men det er vel rimelig å innfortolke at sammenlikningen er med dagens regelverk. Det ligger utenfor mitt mandat å vurdere om dette er en riktig vurdering eller ikke.

Ekspertgruppen synliggjør ikke hvilke konkrete vurderinger den har foretatt av sine forslag opp mot de nevnte forpliktelsene, for eksempel bestemmelsen i GrL. § 109 første ledd om å «ivareta den enkeltes evner og behov» i og Norges internasjonale forpliktelser, for eksempel nedfelt i FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD eller KFR).³ Ekspertgruppen har redegjort for disse bestemmelsene helt kortfattet innledningsvis på s. 19-21, men dette er ikke fulgt opp av egentlige drøftinger før den siterte konklusjonen.

Rapporten fra Ekspertgruppen har vært på høring. Flere høringsinstanser anførte at utredningen framsto som mangelfull, for eksempel Redd Barna og flere høringsinstanser som representerer personer med ulike former for funksjonsnedsettelse. Stort sett ble det imidlertid kun etterlyst en vurdering av forpliktelsene etter FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Barneombudet fant at noen av forslagene til Nordahl-utvalget ville være i strid med Norges forpliktelser etter Barnekonvensjonen (BK) art. 3 og enkelte bestemmelser i CRPD/KFR.

Ved en gjennomgang av de ulike høringssvarene, og da særlig fra organisasjoner som har kritisert Nordahl-utvalget for ikke å ha foretatt drøftinger av Norges folkerettslige forpliktelser, foretas i disse høringsuttalelsene i begrenset utstrekning slike vurderinger. Det vises som oftest bare til en og annen konvensjonsbestemmelse. Men det er samtidig klart at heller ikke Nordahl-utvalget gjennomførte slike drøftinger, men det lå heller ikke i utvalgets mandat eller i utvalgets sammensetning å foreta folkerettslige avklaringer.⁴

Opplæringslovutvalget har derfor ønsket en juridisk betenkning som belyser hvor langt forpliktelsene i Grunnloven og de internasjonale konvensjonene som Norge er bundet av, strekker seg. Oppdraget innebærer ikke en vurdering av de konkrete forslagene til Nordahl-utvalget.

1.3 Mer konkret om oppdraget

Opplæringslovutvalget har funnet det hensiktsmessig å få utredet handlingsrommet når det gjelder opplæringsplikter overfor, og tilsvarende opplæringsrettigheter for, personer med nedsatt funksjonsevne og andre personer med særlige opplæringsbehov. Av oppdragsavtalen ønskes blant annet svar på følgende spørsmål:

Hvilke barn og voksne er omfattet av FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne?

Hvilke særskilte tiltak (positiv særbehandling) er staten forpliktet til å igangsette for å sikre likeverdig rett til opplæring, herunder pedagogiske, fysiske og juridiske tiltak (klagemekanismer)?

Hvor langt statens plikt til å sikre tilgang til en inkluderende utdanning i lokalsamfunnet ønskes også belyst.

Videre framgår:

³ Jeg kommer tilbake til denne konvensjonen, forkortelser og betydning i norsk rett i betenkningens punkt 4.

⁴ Utvalget sier følgende om mandatet: «Det overordnede målet med ekspertgruppens arbeid er å bidra til at barn og unge som har behov for tilrettelagte tiltak, herunder spesialundervisning, får et pedagogisk og spesialpedagogisk tilbud av høy kvalitet og opplever økt inkludering i barnehage og skole. Ekspertgruppens arbeid skal gi nasjonale og lokale myndigheter og aktører et grunnlag for å velge de best egnede inkluderende virkemidler og tiltak. – Mandatet er videre presentert i rapporten s. 15 til 17, og i de mandatpunktene som ekspertgruppen skulle vurdere, finnes ikke annet enn faglige utfordringer (s. 16).

Utvalget ønsker at betenkningen omhandler grensen mellom universell tilrettelegging og individuell tilpassing av opplæringen. Den grunnleggende ideen bak universelt tilrettelagt opplæring (tilpasset opplæring) er at opplæringen skal gjennomføres slik at så mange som mulig, uavhengig av funksjonsevne, kan få forsvarlig utbytte av opplæringen. Målet er at sær løsninger (spesialundervisning) skal unngås. Positiv særbehandling kan være nødvendig når den universelle utformingen av opplæringen er utilstrekkelig.

Oppdraget er samtidig avgrenset til «den offentlige grunnopplæringen i skole».

Samtidig har Opplæringslovutvalget framsatt et ønske om at betenkningen om mulig kan omhandle «hvilke forpliktelser staten har til å sikre voksne med nedsatt funksjonsevne en likeverdig opplæring».

1.4 Enkelte begrepsavklaringer

Det er et ønske fra utvalget, som det framgår av sitatet ovenfor, at betenkningen omhandler «grensen mellom universell tilrettelegging og individuell tilpassing av opplæringen».

Jeg finner det tjenlig allerede her å drøfte utfordringer knyttet til begrepsbruken på det aktuelle rettsområdet.

Et viktig spørsmål er om det er mulig å klargjøre et skarpt skille – i oppdraget kalt: «grensen» – mellom universell tilrettelegging/universell opplæring og individuell tilpassing av opplæringen/individuell tilrettelagt opplæring. Dette er begreper som anvendes noe ulikt, avhengig av kontekst og fagbakgrunn. I oppdraget kan det synes som om det er en synonym forståelse og bruk av begrepene «universell tilrettelegging av opplæringen», «universelt tilrettelagt opplæring» og «tilpasset opplæring», se sitatet avslutningsvis i punkt 1.3. Dette skal da avgrenses fra sær løsninger, ofte organisert som spesialundervisning.

Denne grensen er rettslig relevant, jf. opplæringslova⁵ (oppl.) § 1-3 om «Tilpassa opplæring» med følgende ordlyd: «Opplæringa skal tilpassast evnene og føresetnadene hjå den enkelte eleven, lærlingen, praksisbrevkandidaten og lære kandidaten.» Dette skal forstås som et krav til organiseringen av opplæringen, undervisningsmetoder og undervisningsprogresjon, men gir ingen motsvarende rett til den enkelte elev. Dette står i motsetning til retten til spesialundervisning som er lovfestet nettopp som en individuell rettighet, jf. oppl. § 5-1 første ledd: «Elevar som ikkje har eller som ikkje kan få tilfredsstillande utbytte av det ordinære opplæringstilbodet, har rett til spesialundervisning.»

I materiell utgitt av Utdanningsdirektoratet 2018⁶ forklares begrepsbruken slik, og her gis *tilpasset opplæring* et annet og mer omfattende innhold ved at det også omfatter spesialundervisning:

Tilpasset opplæring gjelder for alle elever, lærlinger, lære kandidater og voksne. Tilpasset opplæring er et virkemiddel for at alle skal oppleve økt læringsutbytte. Det er ingen individuell rett, men skal skje gjennom variasjon og tilpasninger til mangfoldet i elevgruppen innenfor fellesskapet.

Tilpasset opplæring gjelder både for de som følger ordinær opplæring og for de som mottar spesialundervisning. I den ordinære opplæringen har ikke eleven rett til noen særskilt tilrettelegging. Spesialundervisning er derimot en individuell rett eleven har i de tilfellene han eller hun trenger ekstra tilrettelegging utover det ordinære tilbudet.

⁵ Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa.

⁶ <https://www.udir.no/laring-og-trivsel/tilpasset-opplaring/hva-er-tilpasset-opplaring/> – Lest 23. mars 2019.

Redegjørelsen er etterfulgt av en figur, som også er gjengitt i Nordahl-utvalgets utredning (s. 32). Det oppgis riktignok ulik primærkilde for den samme figuren.⁷

Videre utga Utdanningsdirektoratet i 2014 en «Veileder spesialundervisning», sist endret 6. mars 2017.⁸ Det framgår at veilederen skal gi «informasjon om handlingsrommet skolene har til å tilpasse den ordinære opplæringen slik at elevene får et tilfredsstillende utbytte». Her heter det blant annet:

Prinsippet om tilpasset opplæring favner både ordinær opplæring og spesialundervisning. I den ordinære opplæringen har ikke eleven rett til noen særskilt tilrettelegging. Spesialundervisning er derimot en individuell rett eleven har i de tilfellene han eller hun trenger ekstra tilrettelegging utover det ordinære tilbudet.

Tilpasset opplæring er de tiltakene som skolen setter inn for å sikre at alle elevene får best mulig utbytte av opplæringen. De kan være knyttet til organiseringen av opplæringen, pedagogiske metoder og progresjon.

Tilpasset opplæring er ikke et mål i seg selv, men et virkemiddel for at elevene skal oppleve økt læringsutbytte.

Godt læringsmiljø og gode systemer for lokalt arbeid med læreplan, vurdering og tilbakemelding er viktige forutsetninger for å fremme en opplæring som er tilpasset elevenes evner og forutsetninger.

Tilpasset opplæring er forankret i de sentrale prinsippene om fellesskolen, som inkluderende opplæring og likeverdsprinsippet.

Begrepet «universelt tilrettelagt opplæring» er ikke i aktiv bruk i dokumenter fra utdanningsmyndighetene. Men siden det anvendes som en parallell til universell utforming, synes det rimelig, som i oppdragsdokumentet, å anse det synonymt med tilpasset opplæring forstått som at opplæringen skal gjennomføres slik at så mange som mulig, uavhengig av funksjonsevne, kan få forsvarlig utbytte av denne. Dette blir da en parallell til «universell utforming», som nå er lovfestet i flere lover som en rettslig standard og med et konkretisert innhold som kan prøves av diskrimineringsnemnda og domstolene. Innholdet i standarden som en rettsnorm ble først utredet og klarlagt i NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet – Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle*.⁹ Universell utforming er også brukt i enkelte dokumenter på opplæringsfeltet.¹⁰

Nordahl-utvalget foretar en rekke begrepsavklaringer som ikke er relevante for denne betenkningen, se utredningen punkt 1.7. Det gjelder for eksempel relasjonen mellom *integrering* og *inkludering*. I tillegg gir utvalget en lengre redegjørelse om hva som i forskningslitteraturen er funnet vedrørende tilpasset opplæring. Blant annet heter det:

En nødvendig forutsetning for både likeverdsprinsippet og prinsippet om inkludering er tilpasset opplæring. På 70-tallet kom begrepet tilpasset opplæring inn i grunnskoleloven, og det ble i den forbindelse utarbeidet et veiledningshefte om tilpasset opplæring i grunnskolen (Guldal & Vaksvik,

⁷ Henholdsvis Håstein & Werner (2014) og Nordahl & Hausstätter (2009).

⁸ <https://www.udir.no/laring-og-trivsel/sarskilte-behov/spesialundervisning/Spesialundervisning/> – Lest 23. mars 2019.

⁹ Se særlig Vedlegg 1, Nicolai V. Skjerdal: Universell utforming – Fra ideal til rettsnorm (s. 275–352). Se også Marianne J. Hotvedt: «Universell utforming «in action»», i *Cand.mag, cand.med., cand.jur., cand.alt. Festskrift til Aslak Syse 70 år*. Gyldendal Juridisk 2016.

¹⁰ *Universell utforming* er brukt i en veiledningsbrosjyre fra Nasjonal pådriver for universell utforming og individuell tilrettelegging i høyere utdanning fra 2008 og da knyttet til den pedagogiske delen av opplæringen. *Universell utforming av læring* er videre nevnt her: <https://www.statped.no/statpedmagasinet/statpedmagasinet-3-2016/universell-utforming/universell-utforming-av-laring-er-mulig>. – *Universell grunnopplæring* er brukt av blant annet av Synnøve S Brandt: En mangfoldig og universell grunnopplæring? Om hvordan mangfold ivaretas faglig, sosialt og fysisk fra 4. til 8. trinn i grunnskolen. *NIFU STEP*, 2010.

1979). ... Senere er begrepet blitt tolket på ulike måter, og mange har av den grunn oppfattet begrepet som svært uklart (Nilsen, 2008, 2014). ...

Det er en vanlig oppfatning at økt kvalitet på tilpasset opplæring vil redusere behovet for spesialundervisning. Spesialundervisning har som formål å dekke et behov hos elevene, men forskning viser at spesialundervisning også synes å ha en avlastningsfunksjon for ordinær undervisning, og på den måten dekker den også læreres behov. Man omtaler dette som spesialundervisningens dobbelte funksjon. Dette kan bidra til at elever som viser dårlig tilpasning, blir sluset ut i pedagogiske, kompensatoriske tiltak, som smågruppetiltak kan være eksempler på (Tetler, 2011; Fylling, 2007; Sørli, 1999). ...

Tilpasset opplæring er det skolen må gjøre for å sikre at alle elevene får best mulig utbytte av opplæringen (NOU 2016: 14 *Mer å hente*, s. 22). Det kan være knyttet til organisering av opplæringen, pedagogiske metoder og progresjon, arbeid med læringsmiljøet, og oppfølging av lokalt arbeid med læreplaner og vurdering. Et godt læringsmiljø og gode systemer for lokalt arbeid med læreplaner, vurdering og tilbakemelding er viktige forutsetninger for å fremme en opplæring som er tilpasset elevenes evner og forutsetninger (Utdanningsdirektoratet, vurdering for læring, 2016).

En vesentlig utfordring i den inkluderende norske skolen er å gi tilpasset opplæring til flest mulig elever innenfor de ordinære rammene i skolen. Det er en vanlig oppfatning at en styrking av vanlig tilpasset undervisning vil redusere behovet for spesialundervisning. Til tross for at prinsippet om tilpasset opplæring har vært gjeldende i norsk skole i rundt førti år, er den forskningsbaserte kunnskapen vi har om virkningen av tilpasset opplæring relativt begrenset, og det varierer hvilket innhold som legges i begrepet. Det er få klare føringer for hvordan tilpasset opplæring skal håndteres, og politikerne overlater i stor grad til den enkelte skole å gi tilpasset opplæring et praktisk innhold (Jenssen, 2011).

Med så vidt sprikende faglige oppfatninger om det nærmere innholdet i «tilpasset opplæring», er det vanskelig i denne betenkningen å trekke klare rettslige skiller inn i denne begrepsdiskursen.

Betydningen av denne manglende begrepsklargjøringen gir ikke stort til den øvrige betenkningen som tar utgangspunkt i hvilken utstrekning individuelle rettigheter til spesialundervisning fortsatt krever lovfesting, og da som følge av grunnlovsmessige eller folkerettslige forpliktelser.

Hvordan Opplæringslovutvalget selv bør velge å definere begrepene i sin utredning, ligger utenfor oppdraget.

Mitt oppdrag er å vurdere hvor fritt lovgiver står sitt valg av tilnærming til disse spørsmålene, så lenge opplæringen tar sikte på å imøtekomme behovene til elever som av ulike grunner trenger spesiell tilpasset opplæring.

1.5 Disposisjon

Det er særlig vernet etter grunnloven Grl. § 104 og § 109,¹¹ og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (KFR¹²) som er nevnt i oppdragsdokumentet. Dette er tema som vil bli behandlet i henholdsvis kapittel 3 og 4 etter et kort kapittel 2 om retten til opplæring som menneskerettighet.

¹¹ Lov 17. mai 1814. Menneskerettskapitlet ble opprettet ved redigeringen i 2014, herunder ble det vedtatt en ny § 104 og en ny § 109, se nærmere punkt 2.

¹² Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne forkortes internasjonalt, og ofte i Norge, CRPD etter den originale engelske tittelen «Convention on the rights of persons with disabilities». Konvensjonen ble undertegnet 13. desember 2006, i kraft 3. august 2008, i kraft for Norge 3. juli 2013, se nærmere punkt 4. – Her anvendes KFR for å innarbeide en norsk forkortelse på linje med tilsvarende forkortelser for andre FN konvensjoner, slik også Kjønsstad, Syse og Kjelland: *Velferdsrett I* 6. utg. og *Velferdsrett II* 5. utg., begge Gyldendal Juridisk 2017.

Det er også et spørsmål om Grl. § 98 med sitt forbud mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling kan være av betydning, særlig dersom vernet etter likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.¹³) er et uttrykk for hvor langt grunnlovsvernet strekker seg. Retten for elever og studenter til individuell tilrettelegging etter ldl. § 21 står da sentralt, og dette er tema i kapittel 5.

Videre er det naturlig å se hen til forpliktelsene etter FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK¹⁴) fordi rettigheter etter denne konvensjonen både gjelder personer i opplæringspliktig alder og fordi BK er gitt direkte virkning i norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.¹⁵) § 2 nr. 4, og rettigheter etter konvensjonen gis i tillegg styrke gjennom forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 og gjennom Grl. § 92 som utvilsomt omfatter bestemmelsene i denne konvensjonen. Dette er tema i kapittel 6.

Menneskerettsutvalget vurderte også de rettslige bindingene som framgår av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK¹⁶) under forberedelsen av sitt forslag om utforming av en grunnlovsbestemmelse om rett til opplæring. Kort skal også nevnes Den europeiske sosialpakten (ESP)¹⁷ som Norge har ratifisert uten at den er inntatt i menneskerettsloven. Dette er Europarådets konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Sosialpakten er mer konsentrert om opplæring og yrkestrening (vocational training) med sikte på at utsatte grupper/personer kan få tilgang til det ordinære arbeidslivet. Den kollektive klageordningen etter konvensjonen har samtidig bidratt til å klargjøre den franske stats forpliktelser om en mer tilpasset opplæring av barn med funksjonsnedsettelse (autisme). Om disse konvensjonene gir et styrket vern enn det som framgår ellers, er tema for kapittel 7.

I et kort kapittel 8 følger et kort avsnitt som er et svar på ønske om at betenkningen om mulig kan omhandle «hvilke forpliktelser staten har til å sikre voksne med nedsatt funksjonsevne en likeverdig opplæring».

Noen oppsummerende vurderinger og konklusjoner ut fra oppdragets mandat om lovgivers frihet ved valg av tilnærming til spørsmålene som betenkningen omhandler, følger avslutningsvis i kapittel 9.

1.6 Avgrensninger

Som det framgår av punkt 1.5, er de aktuelle menneskerettskonvensjonene av betydning for betenkningen, enten konvensjoner som direkte omfatter økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter *eller* konvensjoner som både ivaretar økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og sivile og politiske rettigheter.

Dette innebærer at den i praksis viktigste konvensjonen i norsk rett, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) fra 1950, faller utenfor betenkningens ramme. En egen

¹³ Lov 16. juni 2017 nr. 51.

¹⁴ Convention on the Rights of the Child. Konvensjonen ble undertegnet 20. november 1989, i kraft 2. september 1990.

¹⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30.

¹⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Konvensjonen ble undertegnet 16. desember 1966, i kraft 3. januar 1976.

¹⁷ European Social Charter, på norsk Den europeiske sosialpakt, ble vedtatt av Europarådet i 1961. Den trådte i kraft for Norges del 26. februar 1965. En revidert versjon ble undertegnet i 1996, og ESP trådte i kraft for Norges del 1. juli 2001.

anti-diskrimineringsbestemmelse i EMK art. 14 krever at konvensjonens materielle rettigheter sikres uten diskriminering «på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status».

Når EMK like fullt ikke er av interesse i denne sammenhengen, skyldes dette at opplæring ikke inngår i sikrede rettigheter etter selve konvensjonen. En egen bestemmelse i EMK Tilleggsprotokoll 1 art. 2 (TP-1-2) omtaler opplæring, men rettighetene i TP-1-2 er begrenset til to spørsmål, (i) oppfyllelse eller ikke av *retten til opplæring* og (ii) foreldrenes rett til at opplæringen utøves med *respekt for deres religiøse overbevisning*. Dette framgår klart av konvensjonsteksten som har følgende ordlyd:

Ingen skal bli nektet retten til utdanning. Funksjoner staten påtar seg i utdanning og undervisning, skal den utøve med respekt for foreldres rett til å sikre slik utdanning og undervisning i samsvar med deres egen religiøse og filosofiske overbevisning.

EMDs praksis knytter seg direkte til at elever eller studenter av ulike grunner er blitt nektet retten til opplæring (første punktum) eller at det er anført brudd på religionsfriheten (andre punktum).¹⁸ Disse spørsmålene faller utenfor oppdraget.

Det har også vært saker om diskriminering ut fra EMK art. 14 sett i sammenheng med TP-1-2, men disse har også dreid seg om diskriminering ved at det foreligger en *nekting* av opplæringsmuligheter. Den siste aktuelle avgjørelsen gjaldt riktignok verken tvungen eller obligatorisk undervisning.¹⁹

På tilsvarende måte faller en redegjørelse og vurdering av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter fra 1966 utenfor oppdragets mandat.

2. Kort om retten til opplæring som menneskerett

2.1 Framveksten av et konstitusjonelt vern av retten til opplæring

I *Verdenserklæringen om menneskerettigheter* fra 1948²⁰ artikkel 26 ble retten til undervisning presisert i tre nummererte punkter:

1. Enhver har rett til undervisning. Undervisningen skal være gratis, i det minste på de elementære og grunnleggende trinn. Elementærundervisning skal være obligatorisk. Alle skal ha adgang til yrkesopplæring, og det skal være lik adgang for alle til høyere undervisning på grunnlag av kvalifikasjoner.

¹⁸ Se om rettspraksis i Erik Møse: *Menneskerettigheter*, Cappelen Damm 200, s. 521–523.

¹⁹ I EMDs dom *Cam mot Tyrkia*, avsagt 23. februar 2016 (appl. 51500/08), fant domstolen enstemmig det i strid med TP-1-2, jf. EMK art. 14, at en 15 år gammel blind jente ble nektet inntak til musikkopplæring i Turkish National Music Academy. Hun hadde passert de rent musikalske opptakstestene., slik at det var hennes blindhet som var grunnen til opptaksnektingen og at det ikke var vurdert tilrettelegging («reasonable accommodation»). Det har ikke vært mange slike saker, og ingen så tydelig som denne. Avgrensningen lar seg også forsvare fordi en slik nekting utvilsomt utgjør brudd både med andre konvensjoner som blir behandlet i betenkningen og med Grl. § 98.

²⁰ Oversettelsen er hentet fra hjemmesiden til *Office of the High Commissioner for Human Rights* (OHCHR), se: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=nrr>

2. Undervisningen skal ta sikte på å utvikle den menneskelige personlighet og styrke respekten for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Den skal fremme forståelse, toleranse og vennskap mellom alle nasjoner og rasegrupper eller religiøse grupper og skal støtte De Forente Nasjoners arbeid for å opprettholde fred.

3. Foreldre har fortrinnsrett til å bestemme hva slags undervisning deres barn skal få.

Det er imidlertid bare gjennom de to siste hundreår at rett til opplæring er blitt ansett som en menneskerett og tilrettelegging av opplæringen som et samfunnsansvar.²¹

Før opplysningstiden var dette oppgaver som ble tillagt familien og kirken.²² I løpet av 1600- og 1700-tallet begynte filosofer å omtale individenes rett til utdanning, men både John Locke i *Second Treatise of Government* (1689) og Jean-Jaques Rousseau i *Emile* (1762) mente det var foreldrenes plikt til å utdanne sine barn til de selv var i stand til selv å dra nytte av sin frihet og sine evner. Det var ikke før de franske og amerikanske revolusjonene at tanken om «utdanning» etablerte seg også som en offentlig funksjon.²³ Meningen var at staten, ved å påta seg en aktiv rolle i opplæringsspørsmål, kunne fremme et utdanningsideal og bidra til realisering av likhetsidealene som revolusjonene bygget på. Tidligere var utdanning forbeholdt de øvre klassesjikt.²⁴

Verken den amerikanske *Uavhengighetserklæringen* av 1776 eller den franske *Menneskerettighetserklæringen* av 1789 beskyttet rett til utdanning. Erklæringene var først og fremst opptatt av sivile og politiske rettigheter som yringsfrihet, religionsfrihet, eiendomsrett og stemmerett.²⁵

Under det liberale menneskerettskonseptet på 1800-tallet skulle foreldrene sikre barna sine en tilstrekkelig utdanning. Statens plikt var å sørge for at foreldrene overholdt sin plikt. Med dette for øye, innførte flere land lovgivning som påla skoleoppmøte. Statlige myndigheter ble også involvert i pensumsopplegg og stadfestet minimumslæringskrav. Men statenes plikt til å direkte tilby utdanning forble subsidiær.²⁶ John Stuart Mill uttrykte seg slik i *On Liberty* (1859):

An education established and controlled by the State should only exist, if it exists at all, as one among many competing experiments, carried on for the purpose of example and stimulus, to keep the others up to a certain standard of excellence.

I begynnelsen av 1900-tallet fikk sosialismen syn på opplæring sterk innflytelse. Individet hadde krav på grunnleggende velferdstiltak fra staten, og opplæring var et av de sentrale tiltakene. Den sovjetiske konstitusjonen av 1936 art. 121 ga barn og ungdom en ubetinget rett til opplæring og en korresponderende plikt for staten til å sikre tilgjengeligheten av ulike utdanningstilbud.²⁷ Konstitusjonen garanterte obligatorisk og gratis på alle nivåer, et statlig stipendsystem og et yrkesopplæringsprogram i statlige foretak. Sammen med retten til arbeid

²¹ Det historiske stoffet er hentet fra egen presentasjon av GrL § 109, i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.): *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2016*. Planlagt utgivelse høsten 2019.

²² Karl Dieter Beiter, *The Protection of the Right to Education by International Law* (2006), s. 21. M. Nowak, «The Right to Education» (1995), s. 191.

²³ Douglas Hodgson, *The Human Right to Education* (1998), s. 8.

²⁴ Hodgson, *The Human Right to Education* (1998), s. 8.

²⁵ I 1792 fremmet filosofen (og matematikeren) Nicolas de Condorcet som aktiv i den franske revolusjonen ideen om at alle borgere skulle ha adgang til utdanning i sin *Rapport sur l'instruction publique*, uten at dette ble tatt opp i den nye Grunnloven av 1793. Retten til opplæring fikk ikke plass i den franske grunnloven før i 1946, i preambel til den Fjerde republikks konstitusjon, se art. 13.

²⁶ Hodgson, *The Human Right to Education* (1998), s. 8-9.

²⁷ Beiter, *The Protection of the Right to Education by International Law* (2006), s. 23.

og retten til trygd, var retten til utdanning en betydningsfull rettighet i de sosialistiske staters konstitusjoner.²⁸

I den tyske Weimar-konstitusjonen av 1919 var en hel seksjon i rettighetserklæringen viet «Utdanning og skolegang» (art. 142 til 150) som uttrykkelig fastslår statens plikt til å garantere utdanning gjennom obligatorisk og gratis skolegang.²⁹

Etter denne tid beskytter de fleste moderne konstitusjoner med en menneskerettskatalog retten til opplæring. Menneskerettsutvalget³⁰ nevner det konstitusjonelle vernet i Belgia, Danmark, Finland, Luxembourg, Nederland, Hellas, Island, Italia, Portugal, Spania, Sverige, Sveits, Tyskland og Østerrike. Et fellestrekk er sikringen av retten til grunnleggende opplæring. For øvrig varierer det hvilke aspekter ved retten til utdanning som ulike land har valgt å fremheve eller presisere nærmere i sine konstitusjoner.³¹

Menneskerettsutvalget går også nærmere inn på konvensjonsvernet av retten til opplæring, som blant annet er nedfelt i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK³²) P1-2, FNs kvinnekonsvensjon (KDK³³) art. 10, Konvensjonen om sosiale og økonomiske rettigheter (ØSK) art. 13, og FNs barnekonvensjon (BK) art. 28 og 29. Særlig de to siste konvensjonene har mer detaljerte utforminger av det menneskerettsvernet som allerede ble nedfelt i erklæringen av 1948, sitert innledningsvis i dette punktet.³⁴ Etter EU-charteret om fundamentale rettigheter³⁵ art. 14 foreligger det rett til gratis skolegang, og den er pliktmessig for barna.³⁶

Jeg kommer tilbake til hva som kan utledes av disse konvensjonene for det aktuelle oppdraget.

2.2 Situasjonen i Norge

På mange måter svarte situasjonen i Norge fra 1800-tallet til situasjonen ellers i Europa. Men etter 1814 ble det lagt økende vekt på opplæringsspørsmål, og staten påla etter hvert kommunene å sikre utbygging av et alminnelig skolevesen. Dette kan også ses som en nødvendig del av den nasjonale kulturbyggingen.

Det ble innført en form for alminnelig skoleplikt i 1827, selv om velstående fortsatt sørget for privatundervisning av egne barn.³⁷ Skoleplikt i en *enhetsskole* ble gjennomført i *lov om Folkeskolen i Kjøbstæderne* og *lov om Folkeskolen på Landet*, begge fra 1889.

Samtidig ble enkelte barn utelukket fra enhetsskolen og overført til særlige opplæringsinstitusjoner.³⁸ Dette gjaldt både døve, blinde og åndssvake barn som fikk sine

²⁸ Nowak, «The Right to Education» (1995), s. 192, Hodgson, *The Human Right to Education* (1998), s. 11.

²⁹ Hodgson, *The Human Right to Education* (1998), s. 9-10.

³⁰ Også kalt menneskerettsutvalget, eller Lønning-utvalget idet Stortinget oppnevnte dette utvalget med Inge Lønning som leder. Utvalget avgav sin utredning som Dok. 16 (2011–2012). I det videre omtales utvalget som Menneskerettsutvalget.

³¹ Se Dok. 16 (2011–2012), s. 221-222.

³² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, undertegnet 4. november 1950, i kraft 3. september 1953.

³³ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18 desember 1979, i kraft 3. september 1981.

³⁴ Se Dok. 16 (2011–2012), s. 219–221.

³⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7. desember 2000, i kraft 1. desember 2009.

³⁶ Dok. 16 (2011–2012), s. 221.

³⁷ Reidar Myhre, *Den norske skoles utvikling* (1994), s. 23.

³⁸ Aslak Syse, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete* (1995), s. 68-71.

første rettigheter etter Abnormskoleloven av 1881,³⁹ men disse rettighetene skulle etter ikrafttredelsesloven kun realiseres «efterhaanden som det fornødne antal skoler for enhver art av abnorme børn opprettes».

Det er ingen grunn å gå nærmere inn på skolehistorien vedrørende de mange ulike typer spesialskoler og institusjoner som ble bygd ut med utgangspunkt i denne og etterfølgende særlovgivning.

Det ble også utbygd et særlig skolevesen med utgangspunkt i den første barnevernloven, lov om behandling av forsømte barn, også kalt vergerådsloven.⁴⁰ Skolehjemmene kombinerte barnehjem og skole for å forbedre barn og ungdom som hadde vist dårlig oppførsel eller var utsatt for omsorgssvikt. Skolehjemmene ble tidvis også kalt redningshjem, forbedrings- og oppdragsanstalter eller 'offentlige skoler' og sto under Kirke- og undervisningsdepartementets tilsyn, med hjemmel i vergerådsloven.

Det var først ved integreringsloven – lov 13. juni 1975 nr. 42 – som den daværende spesialskoleloven⁴¹ ble opphevet, og reglene om spesialundervisning inntatt i grunnskoleloven. Dette førte til at barn og unge med lærevansker ble omfattet av det alminnelige skolesystemet. Det ble lagt til grunn at barn med ulike former for funksjonsnedsettelse i størst mulig grad skulle bli integrert i den vanlige skolen. Heller ikke etterfølgende skolehistorie eller utbygging og utvikling av spesialundervisning mv. er av interesse i denne sammenhengen.

Tanken om en grunnlovfesting av retten til opplæring var imidlertid ikke født. I etterkrigstidens *Fellesprogram* («De politiske partienes samarbeidsprogram for gjenreisningen») fra 1945 ble som én av de fem grunnsetningene fastslått: «Alle arbeidsføre skal ha rett og plikt til arbeid». Noe tilsvarende grunnprinsipp ble ikke stadfestet for retten til opplæring. I avsnittet «Kirke- og kulturpolitikk» er formuleringene av annen karakter: «Alle må uten omsyn til sine økonomiske kår eller hvor de bor i landet gis høve til en ordentlig utdanning avpasset etter anlegg og evne.» Det er derfor neppe tilfeldig at retten til arbeid som programerklæring, og som eneste økonomiske, sosiale og kulturelle rettighet, ble grunnlovfestet 60 år før retten til opplæring.⁴²

2.3 Behandling av opplæringsspørsmål i norsk menneskerettslig litteratur

I begrenset utstrekning er opplæringsspørsmål og retten til opplæring behandlet i norsk menneskerettslitteratur. Det gjelder begge de to mest omfattende framstillingene av henholdsvis Erik Møse og Jørgen Aall. I Møses bok *Menneskerettigheter* behandles spesielt retten til utdanning, og da med utgangspunkt i EMK Tilleggsprotokoll (TP) 1 art. 2.⁴³ Dessuten omhandler han myndighetenes forpliktelser til å gi opplæring i samsvar med foreldrenes overbevisning som er nedfelt i samme bestemmelse.⁴⁴ Møse gir eksempler på EMD-avgjørelser om begge de aktuelle forholdene.

³⁹ Lov 8. Juni 1881 om abnorme børns undervisning.

⁴⁰ Lov 6. juni 1896 om Behandlingen av forsømte Børn, i kraft 1. januar 1900.

⁴¹ Lov 23. november 1951 om spesialskoler.

⁴² Arnulf Tverberg fremholder i artikkelen «Grunnloven og velferdsstatens menneskerettigheter» (2014) at tidligere Grl. 106 (nå Grl. 116) om at avkastningen av benefisert gods skulle kun kunne brukes til geistligheten eller *til opplysningens fremme*, kan ses som en forløper for grunnlovfesting av ØSK-rettigheter.

⁴³ Erik Møse: *Menneskerettigheter*, Cappelen Damm 2002. Utdanningsspørsmål drøftet på s. 521–523.

⁴⁴ Tilleggsprotokollen er datert Paris 20. mars 1952, og trådte i kraft 18. mai 1954. Teksten er i norsk oversettelse (Lovdata): «Ingen skal bli nektet retten til utdanning. Funksjoner staten påtar seg i utdanning og

Aalls bok *Rettsstat og menneskerettigheter* behandler både grunnlovfesting av oppdaterte menneskerettigheter og rettigheter etter EMK.⁴⁵ Opplæringsspørsmål er knapt nevnt, bortsett fra KRL-faget og EMDs avgjørelse i *Folgerø mfl.* fra 2007 om at det daværende faget med den sterke betoningen av kristendommen parallelt med obligatorisk deltaking i undervisningen utgjorde et menneskerettsbrudd.⁴⁶ Videre behandles bruk av religiøse symboler i undervisningssammenheng.⁴⁷ Dette siste spørsmålet har Blaker Strand i sin doktoravhandling drøftet i en bredere kontekst sammen med religion som skolefag og undervisningens innhold i religiøse privatskoler.⁴⁸

I Blaker Strand og Larsens *Menneskerettigheter i et nøtteskall* er det et eget avsnitt om Retten til undervisning. Her drøftes adgangen til opplæring, foreldre retten og krav til undervisningens innhold ut fra konvensjonsbestemmelser som er drøftet i denne betenkningen.⁴⁹

De sparsomme henvisningene til grunnlovsbestemmelsen om retten til opplæring (Grl. § 109) i den statsrettslige litteraturen blir nærmere omtalt der grunnlovsbestemmelser drøftes konkret i teksten.

3. Grunnlovens beskyttelse av retten til opplæring

3.1 Innledning

Ved at spørsmålet om mulig grunnlovfesting av retten til opplæring ikke tidligere hadde blitt reist, se punkt 2.2, gjennomførte Menneskerettighetsutvalget et «nybrottsarbeid» ved forberedelsen av forslaget om grunnlovfesting av retten til opplæring. Før utvalgets innstilling forelå, hadde det ikke på Stortinget vært fremmet forslag om slik grunnlovfesting på dette området.

I det følgende vurderes først i punkt 3.2 hvilken betydning Grl. § 109 vil kunne ha for oppdragets tema.

Flere høringsinstanser til Nordahl-utvalget supplerte savnet av en vurdering av Grl. § 109 som skranke for lovgivningen med at også Grl. § 104 ville kunne ha betydning for dette spørsmålet. Dette kan da være enten som en supplerende/styrking av rettigheter som kan

undervisning, skal den utøve med respekt for foreldres rett til å sikre slik utdanning og undervisning i samsvar med deres egen religiøse og filosofiske overbevisning.» Møse skriver (s. 520) at siden rett til utdanning krever ressurser og delvis hører til øsk-rettighetene, var bakgrunnen for at dette ikke ble regelfestet i EMK allerede i 1950 men først i tilleggsprotokollen to år etter (s. 520). Jeg kommer ikke tilbake til ENK og Tilleggsprotokoll 1 art. 2 idet den ikke bidrar til belysning til betenkningens tema så nær som at retten til opplæring gjelder alle barn, og det er utvetydig fastslått også i andre inkorporerte menneskerettsinstrumenter som det er redegjort for i betenkningen.

⁴⁵ Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018.

⁴⁶ Avgjørelsen er basert på TP 1 art. 2, sitert i note 41.

⁴⁷ Begge spørsmålene er behandlet under kapitlet «Tanke-, samvittighets- og religionsfrihet».

⁴⁸ Vibeke Blaker Strand: *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?*, Gyldendal juridisk 2012.

⁴⁹ Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinovic Larsen: *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, Gyldendal juridisk 2012. Se avsnitt 4.13.

utledes fra Grl. § 109 eller ved at Grl. § 104 på selvstendig grunnlag vil kunne ha betydning som skranke for lovgivers frihet til å vurdere den mest hensiktsmessige å organisere tilpasset opplæring på.

Gr. § 104 er derfor tema for punkt 3.3.

En oppsummering følger i punkt 3.4.

3.2 Grunnloven § 109

3.2.1 Bestemmelsenes ordlyd

Grunnlovsbestemmelsen har følgende ordlyd (bokmålsversjonen):

Enhver har rett til utdanning. Barn har rett til å motta grunnleggende opplæring. Opplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov og fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

Statens myndigheter skal sikre adgang til videregående opplæring og like muligheter til høyere utdanning på grunnlag av kvalifikasjoner.

3.2.2 Menneskerettighetsutvalgets vurderinger

Det var om nevnt Menneskerettighetsutvalget som foreslo å grunnlovsfeste retten til opplæring.⁵⁰ Utvalget gjennomgikk det menneskerettslige vernet i konvensjoner Norge har ratifisert og flere av disse er også inntatt i mrl. § 2. Dessuten vurderte utvalget andre lands konstitusjoner hvor en slik rett stort sett er kodifisert i mer moderne konvensjoner.

Utvalget pekte på sammenhengen med Grunnlovens målsetting om ivaretagelse av demokrati, rettsstat og menneskerettigheter i ny Grl. § 2. For å kunne nå et slikt mål, vil utdanning stå helt sentralt.⁵¹ Dessuten pekte utvalget på betydningen for enkeltindividers selvutvikling og selvutfoldelse.⁵² Disse to hovedbegrunnelsene, hensynet til samfunnet med å få mest mulig oppegående borgere og hensynet til enkeltindividets selvutvikling og selvutfoldelse ut fra «den enkeltes evner og behov», speiles i grunnlovsteksten. Denne dualiteten er videre understreket flere steder i Dok. 16 (2011–2012) s. 222.

Det at den enkeltes evner og behov skal ivaretas, enten evnene er særskilt gode eller særskilt dårlige eller behovene er særlig store eller ikke, må derfor være et utgangspunkt for forståelsen av grunnlovsbestemmelsen.

På den andre siden diskuterte ikke Menneskerettighetsutvalget spesialundervisning, og la bare til grunn at dagens tilbud tilfredsstillende grunnlovskravene. Ved vurderingen la utvalget gjeldende regelverk til grunn, dvs. at dagens opplæringslov tilfredsstilte grunnlovskravene

⁵⁰ Dok. 16 (2011–2012), punkt 37, s. 218–227. Utvalgets tilrådinger er presentert i punkt 37.5.2.1 «Rett og plikt til grunnleggende opplæring», 37.5.2.2 «Innholdet i retten til grunnleggende opplæring», 37.5.2.3 «Særlig om respekt for foreldrenes region og filosofiske overbevisning», 37.5.2.4 «Videregående opplæring» og 37.5.2.5 «Høyere utdanning».

⁵¹ Punkt 37.5.2.1 åpner slik: «For å kunne oppnå Grunnlovens målsetting om ivaretagelse av demokrati, rettsstat og menneskerettigheter i forslag til ny § 2 (stat/kirkeforliket) vil utdanning stå helt sentralt. Det er først og fremst gjennom utdanning at det generelle kunnskapsnivået om demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene etableres og økes.»

⁵² Videre i punkt 37.5.2.1 heter det blant annet: «Skolegang og utdanning er viktige forutsetninger for individets frihet og selvutfoldelse ...».

ved at loven var på nivå med de folkerettslige forpliktelsene (s. 222): «Dagens opplæringslov og lov om universitet og høyskoler må antas å tilfredsstille kravene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene vedrørende retten til utdanning.»

Utvalget påpekte som nevnt at (den foreslåtte) grunnlovsbestemmelsen ville kunne utgjøre en *rettslig skranke* for lovgiver og som lovgiver må respektere. I sitatet i punkt 3.2.2 uttrykkes dette slik: «Grunnlovsfesting av retten til utdanning vil kunne fungere som en rettslig skranke for lovgiver, i den forstand at lovgiver ikke kan la skoletilbudet falle under de minstekrav som en eventuell grunnlovsbestemmelse oppstiller.»

Utvalget benytter ikke uttrykket minstestandard, men dette synes implisitt å ligge bak anvendelsen av uttrykkene «skranke» og «minstekrav». I tillegg angir Grl. § 109 tolkningsmomenter og retningslinjer for den utøvende og den dømmende makt.

I rettspraksis er elever gitt erstatning fordi kravet til minstestandard ikke er funnet oppfylt, se punkt 3.2.5. Domstolene vektlegger om eleven konkret har fått et undervisningstilbud slik at det samlede tilbudet kan gi eleven et forsvarlig utbytte i forhold til andre elever og de opplæringsmål som er realistiske for vedkommende. En slik minstestandardstenkning ble for velferdstjenester utviklet i Fusa-dommen (som gjaldt hjemmebaserte tjenester) i Rt. 1990 s. 874.

Fusa-dommen fastslår at verken dårlig økonomi eller annen ressursknapphet kan hjemle brudd på nasjonale minstestandarder. Skoleeier kan ikke begrunne et avslag på lovbestemt spesialundervisning som fører til et tilbud under minstestandarden med henvisning til ressurssituasjonen. Heller ikke kan skoleeier ut fra andre hensyn gi et uforsvarlig tilbud ut fra elevens evner og behov.

Dette framheves også av Menneskerettighetsutvalget knyttet til det å grunnlovsfeste retten til utdanning som en individuell rettighet (s. 223):

Dersom en norsk grunnlovsbestemmelse formuleres som rettighet for den enkelte, innebærer det at personer som mener de ikke får den rett de har krav på, kan reise søksmål mot den aktuelle myndighet. Domstolene vil ventelig prøve saken ut fra retningslinjer som er fastsatt av EMD og i de generelle kommentarene til ØSK og barnekonvensjonen. Det er liten grunn til å frykte at domstolene vil sette seg i de politiske myndigheters sted – disse vil ha vid skjønnsmargin når det gjelder hvilke ordninger som etableres for å oppfylle rettighetene. Men domstolene vil føre kontroll med at myndighetene lojalt har gjort det som står i deres makt for å etablere adekvate, rimelige og ikke-diskriminerende ordninger som gjør at rettigheten ivaretas. Dette vil ikke endre dagens materielle rettstilstand. Det skulle følgelig ikke være noe til hinder for at retten til utdanning utformes som en individuell rettighet for den enkelte.

Menneskerettighetsutvalget understreket altså at den foreslåtte bestemmelsen ikke ville endre rettstilstanden i Norge fordi dagens opplæringslov måtte antas å tilfredsstille kravene i internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter vedrørende retten til utdanning.⁵³

Tilsvarende synspunkter ble også framhevd av de ulike fraksjonene under stortingsbehandlingen.

⁵³ Se Dok. 16 (2011–2012), s. 222 og 225. På side 222 uttrykkes det på denne måten: «En grunnlovsbestemmelse om rett til utdanning vil ikke endre rettstilstanden i Norge. Dagens opplæringslov og lov om universitet og høyskoler må antas å tilfredsstille kravene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene vedrørende retten til utdanning.» Sitatet med etterfølgende setninger er mer fullstendig gjengitt i punkt 3.2.4.

Det er mer åpent hvor fritt lovgiver står når det gjelder eventuelt å redusere rettigheter som ligger i dagens opplæringslov uten å komme i konflikt med grunnlovsbestemmelsen. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende for grunnopplæringen der det nettopp er tydeliggjort at denne skal ivareta den enkeltes evner og behov, se punkt 3.2.5.

3.2.3 Stortingets behandling av retten til opplæring

En tverrpolitisk representantgruppe fremmet forslag til Grl. § 109 som ett element i forslagene om grunnlovsfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter (øsk-rettigheter). De ble samlet presentert samlet i Grunnlovsforslag 31 (2011–2012), se også Innst. 169 S (2012–2013) punkt 1.8.19. Gruppen fremmet Menneskerettighetsutvalgets forslag både i original (gammel) språkdrakt, i modernisert bokmålsform og på nynorsk. Første ledd ble fremmet i to alternative forslag, ett med og ett uten en motsvarende pliktbestemmelse, mens det bare ble fremmet ett forslag til bestemmelsens andre ledd. Den vedtatte ordlyden (bokmålsformen) er gjengitt i punkt 3.2.1.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen behandlet de ulike forslagene om å grunnlovsfeste ulike øsk-rettigheter i én samlet Innst. 187 S (2013–2014). Komiteen pekte på at ingen bestemmelser i Grunnloven – før dette vedtaket – regulerer utdanningsspørsmål, og viste for øvrig til Menneskerettighetsutvalgets redegjørelse om konvensjonsbestemmelser og andre lands konstitusjoner.

Flertallet (medlemmene fra A, KrF, MDG, Sp og SV) hadde vurderinger av det nærmere innholdet i *plikten* til grunnskoleutdanning, et forslag som da ikke fikk nødvendig flertall.

Et annet flertall (alle medlemmene unntatt representantene fra FrP) framhevet at grunnlovsfesting av *retten* til «grunnleggende opplæring» ikke måtte forstås som begrensning av retten til utdanning, men for å unngå betegnelsen «grunnskole» ettersom det ville gi bestemmelsen et tidsbestemt preg.

Flertallet framhevet at vedtaket av Grl. § 109 ikke ville endre rettstilstanden i Norge ettersom dagens opplæringslov og lov om universiteter og høyskoler må antas å tilfredsstillende kravene i de internasjonale menneskerettskonvensjonene vedrørende retten til utdanning. Dette synspunktet ble basert på de siterte avsnittene i Menneskerettighetsutvalgets innstilling og da uten videre problematisering.

Det framheves videre at bestemmelsen skal leses som et vern mot forsømmelse av statens ansvar for å gi sine borgere et tilfredsstillende skoletilbud uavhengig av «geografi, økonomi eller andre trekk ved den enkelte».⁵⁴ Det presiseres derfor at «[r]etten vil være krenket dersom enkeltpersoner eller grupper av personer utestenges av undervisning».

Flertallet fant også at retten skal «anses som krenket dersom økonomi og geografi utestenger noen fra grunn- og videregående utdanning». Det ble i den sammenhengen presisert at dette «omfattes av ikke-diskrimineringsprinsippet og er derfor overflødig å formulere i Grunnloven § 109».⁵⁵

⁵⁴ Det er kanskje noe påfallende å oppfatte geografi og økonomi som trekk ved den enkelte, men dette er nok bare en uheldig formulering. – Synspunktene må samtidig forstås som en synliggjøring av det likhetsprinsippet som ble nedfelt i Grl. § 98 første ledd.

⁵⁵ Her koples bestemmelsen opp mot ikke-diskrimineringsprinsippet i Grl. § 98 andre ledd.

Hva gjelder bestemmelsen om høyere utdanning, presiseres at «kvalifikasjoner» skal leses som i motsetning til økonomiske ressurser.

Et annet flertall (medlemmene fra A, KrF, MDG, Sp, SV og V) forsto den foreslåtte formuleringen til ny § 109 om grunnleggende opplæring slik at det ikke kan stilles vilkår om skolepenger i den offentlige grunnskolen, og at dette er en rettslig skranke for den løpende lovgivningen. Det ble vist til at myndighetene skal legge til rette for at den enkelte skal kunne oppnå høyere utdanning på bakgrunn av faglige evner, og understreket at internasjonale konvensjoner formulerer statens forpliktelse til å arbeide for at høyere utdanning skal være kostnadsfri.

Komiteens mindretall (medlemmene fra H og V) foreslo å grunnlovfeste det alternative til Grl. § 109 første ledd som ikke inneholdt en pliktbestemmelse, dvs. forslaget som ble vedtatt. Mindretallet fastslo at siden kvalitet og tilgjengelighet til utdanning er så vesentlig for den enkeltes muligheter senere i livet, og samfunnets interesse i en sjanselighet mellom borgerne, kunne dette tilsi en synliggjøring av retten til opplæring i Grunnloven, selv om bestemmelsen ikke ville endre rettstilstanden. Mindretallet så imidlertid forslaget om en pliktbestemmelse mest å ha en symbolfunksjon.

Et annet mindretall (medlemmene fra FrP) gikk mot at retten til opplæring skulle grunnlovsfestes.⁵⁶

Ved Stortingets behandling av Grl. § 109 i mai 2014 ble det gjennomført tre voteringer. Nesten samtlige representanter var til stede ved voteringene.

I stor grad ble utformingen av den endelige bestemmelsen – når man ser bort fra den språklige oppdateringen – identisk med forslaget fra Menneskerettighetsutvalget, så nær som at forslaget om å grunnlovsfeste barns *plikt* til grunnleggende opplæring (se s. 224) ble nedstemt i den første av de tre voteringene knyttet til bestemmelsen.⁵⁷ Derest ble § 109 første ledd om grunnleggende opplæring vedtatt med 137 stemmer mot 30 stemmer.⁵⁸ Tilsvarende stemmetall og fordeling ble det ved voteringen over § 109 andre ledd om videregående opplæring.

3.2.4 Kort om dagens lovregulering om rett til opplæring ut fra Grl. § 109

Det norske utdanningssystemet omfatter fire hovednivåer med tre sentrale lover.

Opplæringslova gjelder både for de ti første skoleårene (*grunnopplæring*) og for (normalt) de neste tre til fem årene (*videregående opplæring*).⁵⁹ Dette er den sentrale loven på opplæringsfeltet. Opplæringslovas bestemmelser om spesialundervisning er supplert med tallrike bestemmelser i forskrift 23. juli 2006 nr. 724 til opplæringslova.

⁵⁶ Se etterfølgende noter om hvordan representantene delte seg etter partitilhørighet under Stortingets tre voteringer.

⁵⁷ Voteringen fulgte helt partiskillelinjene ved at pliktbestemmelsen i første ledd fikk tilslutning av samtlige representanter fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Miljøpartiet de Grønne, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti til sammen 83, mens samtlige representanter fra Fremskrittspartiet, Høyre og Venstre stemte imot, til sammen 85.

⁵⁸ De 30 representantene som stemte mot å innføre Grl. § 109 var 28 fra Fremskrittspartiet og 2 fra Høyre.

⁵⁹ Se nærmere Kjønstad, Syse og Kjelland, *Velferdsrett I* (2017) kap. 3; og A. Kjønstad og A. Syse, «Grunnlovsreformen og velferdsretten» i *Jussens Venner* 2014 s. 340-357.

Også *barnehageloven*⁶⁰ er underlagt Kunnskapsdepartementet og har tydelige opplæringsmål i formålsbestemmelsen.⁶¹ Barnehageloven inneholder fra 2016 et eget kap. V A om «Spesialpedagogisk hjelp, tegnspråkopplæring m.m.»; tilsvarende bestemmelser sto tidligere i opplæringslova.⁶²

*Universitets- og høyskoleloven*⁶³ gjelder for høyere utdanning, som vanligvis varer i tre til seks år, men gjerne 10 til 15 år hvis studiene avsluttes med en doktorgrad.

Etter oppl. § 2-1 har barn og ungdom både en rett og en plikt til å gå ti år i grunnskolen.⁶⁴ Etter oppl. § 3-1 har ungdom et rettskrav på tre års videregående opplæring, men det foreligger ingen plikt til å gjennomføre slik opplæring. Loven om universiteter og høyskoler gir rettskrav på studieplass for dem som fyller opptakskravene ved de åpne studiene, men ellers er hovedregelen at studentene må konkurrere om aktuelle studieplasser, stort sett basert på faglige kvalifikasjoner.

Grl. § 109 første ledd andre punktum hjemler barns *rett* til opplæring, mens det nærmere innholdet i opplæringens mål framgår av tredje punktum. Formuleringene her er som påpekt i tråd med forslaget til Menneskerettighetsutvalget.⁶⁵ Grunnutdanningen skal imøtekomme den enkeltes behov, men hensynet til demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene skal også ivaretas. Når barns «evner og behov» settes i fokus, er det for å understreke at opplæringen ikke utelukkende skal skje på samfunnets premisser, men også ut fra hensynet til den enkelte, se punkt 3.2.2.

Ved søk i Menneskerettighetsutvalgets utredning og i synspunkter fra stortingsrepresentanter i Grunnlovsforslag 31 (2011–2012) og Innst. 187 S (2013–2014), ble det verken gitt uttalelser eller vurderinger knyttet til tilpasset opplæring, spesialundervisning eller spørsmålet om tilrettelagt opplæring knyttet til de(t) foreliggende forslagene, selv om formuleringen i Grl. § 109 første ledd tredje punktum om at «[o]pplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov» kunne tilsi dette.

I det videre anvendes stort sett *tilrettelagt undervisning* om rettigheten etter Grl. § 109 der opplæringen skal «ivareta den enkeltes evner og behov». Ved å bruke «tilrettelagt undervisning» blir det enklere å tydeliggjøre når det er retten etter Grl. 109 som omtales, og ikke reglene i opplæringslova om *tilpasset opplæring* (plikt uten korresponderende rett) og retten til *spesialundervisning*.

Et naturlig utgangspunkt er ordlyden om at opplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov. Dette gjelder for alle elever og uavhengig av den enkeltes behov for tilrettelegging av opplæringssituasjonen. I utgangspunktet kan det synes som manglende drøftinger av dette aktuelle spørsmålet skyldtes at dagens rettslige situasjon ikke tilsa kommentarer vedrørende dette.⁶⁶ Dette uttrykkes slik av Menneskerettighetsutvalgets under de oppsummerende vurderingene i punkt 37.5.1:

⁶⁰ Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven).

⁶¹ Se § 1 første punktum: «Barnehagen skal i samarbeid og forståelse med hjemmet ivareta barnas behov for omsorg og lek, og fremme læring og danning som grunnlag for allsidig utvikling.»

⁶² Se endringslov 17. juni 2016 nr. 65.

⁶³ Lov 1. april 2005 nr.15.

⁶⁴ Det legges i dag også økende vekt på opplæringsaspektene i barnehagen der de aller fleste barn starter sin «skoletilværelse». Etter barnehageloven § 1 skal barnehagen blant annet «fremme læring og danning som grunnlag for allsidig utvikling». Det politiske ansvaret for barnehagepolitikken ble i 2005 flyttet fra BLD til Kunnskapsdepartementet.

⁶⁵ Se Dok. 16 (2011–2012), s. 224.

⁶⁶ Dette kommer også fram ved samtale med professor ph.d Benedikte Moltumyr Høgberg som var fagsekretær for Menneskerettsutvalget. Hun var tydelig på at spørsmålet om spesialundervisning mv. ikke sto sentralt i

En grunnlovsbestemmelse om rett til utdanning vil ikke endre rettstilstanden i Norge. Dagens opplæringslov og lov om universitet og høyskoler må antas å tilfredsstillende kravene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene vedrørende retten til utdanning. Grunnlovsfesting vil imidlertid synliggjøre at retten til utdanning er en av de sentrale menneskerettighetene: Skolegang og utdanning er viktige forutsetninger for individets frihet og selvutfoldelse, samtidig som skolegang og utdanning er viktig for at de som kommer etter oss, skal kunne forvalte og utvikle demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

I juridisk teori er bestemmelsene i Grl. § 109 lite omtalt. Eivind Smith vier i læreboka *Konstitusjonelt demokrati* i overkant av én side på bestemmelsen.⁶⁷

Høgberg har gått dypere inn i bestemmelsene, og blant annet pekt på at et viktig spørsmål er betydningen av at ordet «plikt» i utkastet til § 109 første ledd andre punktum fra Menneskerettighetsutvalget ble endret til «rett» ved stortingsbehandlingen.⁶⁸ Således benyttes «rett» i to etterfølgende setninger, og en utfordring er blant annet om ordet har ulik betydning i to etterfølgende setninger. Oppsummerende understreker hun at siktemålet med artikkelen er å peke på ulike rettslige utfordringer som ligger i begrepet «rett» i første ledd, første og andre punktum. Hun avslutter med å peke på at den brede tilnærmingen til forståelsen av rettighetsforståelsen i Grl. § 109 kan være et «nyttig utgangspunkt ved tolkning av samtlige rettighetsbestemmelser i Grunnloven».

Ved et søk i tidsskriftsbasen Idunn (23. mars 2019) kommer det opp et begrenset antall artikler der bestemmelsen i Grl. § 109 er omtalt. Ingen av disse drøfter Grl. § 109 og spørsmålet om utformingen av tilpasset opplæring. Karen Eg Taraldrud reiser i artikkelen «Skikkethetsvurdering i høyere utdanning», *Lov og Rett* 2016 s. 624–639, spørsmålet om personer som anses som *ikke* skikket for yrkesutøvelsen og derved utelukkes, like fullt får oppfylt sin rett til utdanning. Ellers er bestemmelsen omtalt av Hadi Strømmen Lile i flere artikler i *Kritisk juss*. Den mest utdypende er «Grunnlovsfesting av retten til utdanning: Nye verdier i skolen?», *Kritisk juss* 2014 s. 81-104 hvor han med utgangspunkt i Grl. § 109 stiller spørsmålet: «Er opplæringsmålet i Grunnloven § 109 om å fremme respekt for menneskerettighetene sammenfallende med opplæringslovens formålsparagraf (§ 1-1)? Og hvis ikke: Er dagens rettstilstand endret?».

I *Kritisk juss* 2017 s. 157–180 har Kristin Sørumshagen en artikkel kalt «Menneskerettsopplæring som opplæringsmål», basert på hennes mastergradsoppgave med samme tittel. Stor vekt er lagt på kravene i BK art. 29 (1) (b) om at barnets utdanning skal ta sikte på å «utvikle respekt for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter og for prinsippene nedfelt i De forente nasjoners pakt». Hun drøfter ikke innholdet i Grl. § 109 noe nærmere.

3.2.5 Nærmere om den enkeltes evner og behov

Kravet i Grl. § 109 første ledd om at «[o]pplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov» vil kunne påberopes i klagesaker for forvaltningsorganer og rettssaker for domstolene. Det vil gjelde dersom foreldrene eller eleven mener at undervisningens innhold umuliggjør

drøftingene og derfor verken ble berørt i utredningen eller forberedelse av den konkrete grunnlovsbestemmelsen (samtale 23. mars 2019). – I tillegg vil jeg takke professor Moltumyr Høgberg for svært velvillig gjennomlesning og flere kritiske kommentarer til et tidligere utkast til betenkningen. Særlig gjelder dette bemerkninger knyttet til avsnitt 3 og 5, og som hun var spesielt bedt om å kommentere.

⁶⁷ Eivind Smith: *Konstitusjonelt demokrati – statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utg. Fagbokforlaget 2017, s. 401-402.

⁶⁸ Benedikte Moltumyr Høgberg: «Rettsbegrepet i grunnloven. Illustrert ved retten til utdanning og grunnleggende opplæring i § 109», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.): *Rettsretter i Velferdsstaten*, Gyldendal Juridisk 2016 (s. 117-134).

læring ut fra særlige forhold ved barnet eller ved de pedagogiske forutsetningene i den konkrete undervisningssituasjonen.

Særlig der undervisningen ikke er tilpasset den enkeltes særlige behov, vil dette kunne føre til at grunnlovsbestemmelsen kan aktiveres. Grl. § 109 om utdanning er mer konkret, og derved forpliktende, enn flere av de nye bestemmelsene i Grunnloven. Dette framgår også av Menneskerettighetsutvalgets drøftinger, og når bestemmelsen er ment å kunne utgjøre en «rettslig skranke», har den klart mer enn en ren symbolverdi.

Oppl. § 1-3 stiller som nevnt i dag krav om at undervisningen skal være tilpasset elevenes evner og forutsetninger. Dersom Stortinget ønsker å begrense bestemmelsene om spesialundervisning, vil Grl. § 109 kunne utgjøre en skranke for hvor store begrensninger som vil kunne foretas om ikke samtidig dagens rett til opplæring ut fra evner og behov dekkes på andre og hensiktsmessige måter for elever som trenger spesialundervisning eller individuell tilrettelegging av opplæringen.

Men når spørsmålet er hvilke *individuelle rettigheter* som kan utledes av § 109 om at den enkeltes «evner og behov» skal ivaretas, er det som understreket lite å hente i lovtekst og forarbeider. Dette gjelder både for materielle utfordringer (vilkår mv.) og eventuelt prosessuelle spørsmål (vedtaksform, klagerettigheter mv.).

Selve uttrykket «den enkeltes evner og behov» synes rent språklig å omfatte både behov knyttet til undervisningssituasjonen til elever med gode evner, og behov til elever som på grunn av ulike funksjonsnedsettelse vanskelig vil kunne nyttiggjøre seg ordinære undervisningssituasjoner.

Oppdraget omfatter bare den siste gruppen elever og i hvilken utstrekning det skal kunne kreves ulike former for særlig tilrettelagt undervisning ut fra den enkelte elevens personlige forutsetninger.

Ut fra ordlyden i Grl. § 109 stilles ingen krav til reguleringsmåter for å imøtekomme «den enkeltes evner og behov». Det vil si at lovgiver står relativt fritt hva gjelder å regulere slike rettigheter, og motsvarende plikter, i lov eller forskrift med hjemmel i lov. Dette gjelder både hva som skal være nærmere regulert i lov (med de begrensninger som følger av legalitetsprinsippet), og hva som skal være det nærmere innholdet i tilbud, tiltak, virkemidler etc., men da med de begrensninger som følger av kravet om en minstestandard.

Teoretisk vil statlige myndigheter, dvs. Kunnskapsdepartementet, kunne velge å anbefale utformingen av individuelt tilrettelagt undervisning ved hjelp av retningslinjer. Hensynet til det kommunale selvstyret gjør imidlertid dette til en uforpliktende og uhensiktsmessig reguleringsmåte fordi slike retningslinjer ikke vil ha bindende kraft overfor kommunene.

For å sikre en lojal oppfølging av statlig regulering, og våre folkerettslige forpliktelser som Grl. § 109 antas å være i tråd med, kreves derfor regler fastsatt i lov, eller forskrift gitt med tilstrekkelig hjemmel i lov. Hvorvidt dette skal gis i form av påklagbare individuelle rettigheter eller ved andre fastsettelsesmåter for å imøtekomme behovet til den enkelte, kan ikke utledes av grunnlovsbestemmelsen. Dette medfører at lovgiver har et stort handlingsrom for eventuelle rettigheter som kan utledes av at Grl. § 109, vil kunne vurderes krenket.

Dette med «den enkeltes evner og behov» er ikke inntatt i Grl. § 109 andre ledd. Det kan derfor ikke utledes noen rett til spesialundervisning eller tilrettelagt undervisning i videregående opplæring ut fra § 109 andre ledd isolert sett. På den andre siden kan det heller

ikke legges til grunn at retten til tilrettelagt undervisning faller bort etter grunnopplæringen. Dette kan i alle fall verken utledes av forarbeidene eller ved en form for antitetisk tolkning ved at hensynet til «den enkeltes evner og behov» bare er medtatt i første ledd og ikke i andre ledd.

Kravet om tilrettelagt undervisning kan videre utledes av andre overordnede normer, for eksempel av ulike bestemmelser i BK, men da uten at det foreligger klare føringer på hvordan slik tilrettelagt undervisning skal vedtas eller gjennomføres, se punkt 6.4.

Uansett vil en elev som vurderer at det foreligger brudd på lovbestemmelser som er ment å være i tråd med grunnlovsbestemmelsen, eller at undervisningen som er mottatt representerer et brudd på Grl. § 109 i seg selv, kunne gå til erstatningsspørsmål mot det offentlige. Det foreligger flere slike rettsavgjørelser, og Aslak Runde oppsummerte i 2013 den rettslige situasjonen.⁶⁹ Senere er det samme temaet gjort til emne for en mastergrad i rettsvitenskap.⁷⁰

Ellers er det riktig som advokat Vidar Raugland, med mangeårig erfaring fra arbeid med opplæringsjuss, understreker i «stjernenoten» i Norsk Lovkommentar:

Skolerettslige spørsmål er i liten grad behandlet i juridisk litteratur, og totalt sett er det også få dommer om skolerettslige spørsmål, med et visst unntak for erstatningssaker knyttet til mangelfull opplæring, og saker knyttet til spørsmål om særskilt tilrettelagt undervisning. Høyesterett avsa den 1. februar 2012 en dom om erstatning som følge av mobbing i grunnskolen. Avgjørelsen er inntatt i Rt. 2012 s. 146. Videre avsa Høyesterett 10. oktober 2015 en dom om lærebedriftens ansvar ved en lærlings sykdomsfravær. Avgjørelsen er inntatt i Rt. 2015 s. 1136.

Verken Runde (2013), Aamlid (2014) eller Raugland (2016) berører spørsmålet om hvilken konkret betydning den nye grunnlovsbestemmelsen vil ha idet den ikke er nevnt, heller ikke i dokumenter ferdigstilt etter ikrafttreddelsen av bestemmelsen.⁷¹

Det er klart at uansett om det gis påklagbare rettigheter til spesialundervisning, i tråd med dagens regler, eller ikke, vil elever fortsatt kunne reise erstatningssøksmål for mangelfull opplæring fordi den ikke har vært tilstrekkelig tilpasset den konkrete elevens forutsetninger.

Aamlid referer en rekke lagmannsrettsavgjørelser som viser at domstolene foretar konkrete vurderinger når elever reiser søksmål for mangelfullt utbytte av undervisningen.

I LB-2007-96274 ble det lagt til grunn at oppl. § 1-3 første ledd og § 5-1 første ledd «... gir den enkelte elev rett til individuelt tilpasset opplæring, eventuelt spesialundervisning. Loven angir imidlertid ikke nærmere innholdet eller omfanget av den individuelt tilpassede opplæring den enkelte elev har rett til. Det er ikke tale om et optimalt undervisningstilbud, hadde tilbudt eleven et forsvarlig opplæringstilbud i henhold til krav og plikter pålagt i opplæringsreglementet, og skoleeier kunne ikke holdes ansvarlig dersom disse var oppfylt.

I LA-2009-159207 fikk eleven erstatning på grunn av manglende tilbud om tilpasset spesialundervisning i grunnskolen. I dommen ble det fastslått at opplæringsloven ikke gir «rettskrav på all opplæring eleven måtte ha

⁶⁹ Aslak Runde: «Skoleeiers erstatningsansvar for mangelfull opplæring i offentlige skoler», *Lov og Rett* 2013 s. 428-447.

⁷⁰ Anne Kjersti Aamlid: *Skoleeiers ansvar for å tilpasse opplæringen i grunnskolen. Skoleeiers ansvar for å tilpasse opplæringen, og sette det i forsvarlig system*. Levert 25. november 2014, Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo. Kan lese her: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/42693>

⁷¹ Riktignok skriver Aamlid under punkt 2.2 *Kildebruk*: «Tilpasset opplæring er et overordnet prinsipp for grunnskolen, og favner om retten til opplæring som hviler på staten etter Grunnloven §109», men denne knappe bemerkningen er første og eneste gang bestemmelsen i Grl. § 109 blir omtalt.

behov for eller kan nyttiggjøre seg. Loven fastsetter en minstestandard. Domstolen kan bare prøve om kommunen har oppfylt minstestandarden.» Eleven hadde vist dårlig adferd, fikk lite utbytte av opplæringen og fungerte generelt dårlig på skolen, men dette tok ikke skolen tak i. Etter oppl. § 5-3 skal opplæringen ha slikt innhold at det samlede tilbudet kan gi eleven et forsvarlig utbytte i forhold til andre elever og de opplæringsmål som er realistiske for eleven. Elevens utbytte av grunnskoleundervisningen samsvarte ikke med elevens generelle evnenivå og lærekapasitet. Lærevanskene til eleven viste seg tidlig, og behovet for spesialundervisning burde derfor vært vurdert mye tidligere. Dette var en forsømmelse fra skoleeiers side og et avvik fra det opplæringstilbudet eleven burde kunne forventet.

I LH-2012-186784 ble kravet om erstatning avslått. Her ble elevens dysleksi først påvist på videregående skole. I vurderingene ble det blant annet lagt vekt på om undervisningen faktisk hadde vært tilpasset «elevens evner og forutsetninger». Flertallet fastslo at henvisningen som først skjedde i 10. klasse, ikke var erstatningsutløsende på tross av skolens kunnskaper om elevens problemer på grunnskolen. Mindretallet fant at tiltak for å avhjelpe elevens problemer ble iverksatt for sent og at dette skyldtes skoleeiers forsømmelse.

Det vil derimot være vanskelig å få medhold i et fastsettelsessøksmål om hva undervisningen (minst) må inneholde for å imøtekomme de særlige behovene til en enkelt elev. Riktignok er ikke spørsmålet om det nærmere innholdet i opplæringslovas minstekrav behandlet av Høyesterett. Et analogt fortolkningsspørsmål var imidlertid oppe i Rt. 1990 s. 360 som gjaldt spørsmålet om en kommunes voksenopplæringstilbud var likeverdig med den opplæring som ellers ble gitt i medhold av daværende grunnskolelov. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte følgende om forståelsen av lovens likeverdighetsbegrep:

Lovbestemmelsen gir imidlertid ikke eleven noe rettskrav på all den opplæring han måtte ha behov for eller som han kan nyttiggjøre seg. Det må på dette området som på andre områder skje en avgrensing ut fra de tilgjengelige ressurser. Det gjelder også ressurser av økonomisk karakter. I lovens krav om at opplæringen må være likeverdig med den opplæring som gis i grunnskolen, ligger imidlertid at opplæringen må fylle visse minimums- og likhetskrav, og at dette er en rettighet som kan håndheves ved domstolene.

Synspunktene om hva det kan gis dom for, ble videreført i Rt. 2001 s. 995 (gjaldt fastsetting av uføregrad) og er fulgt opp i senere rettspraksis, se for eksempel Rt. 2009 s. 170, særlig avsnitt (52), i tråd med synspunktene i forarbeidene i tvisteloven.⁷²

Det kan ut fra disse avgjørelsene være erstatningsutløsende dersom elever ikke mottar opplæring som er tilpasset deres evner og behov, men dette innebærer konkrete vurderinger. Domstolene vektlegger om eleven konkret har fått et undervisningstilbud slik at det samlede tilbudet kan gi eleven et forsvarlig utbytte i forhold til andre elever og de opplæringsmål som er realistiske for vedkommende. En slik minstestandardstenkning ble som nevnt i punkt 3.2.2 utviklet i Fusa-dommen (Rt. 1990 s. 874) for velferdstjenester.

Fusa-dommen fastslår også at dårlig økonomi og ressursknapphet ikke kan hjemle brudd på nasjonale minstestandarder (s. 888). Skoleeier kan derved ikke begrunne et avslag på lovpålagt spesialundervisning med henvisning til ressursituasjonen. Spesielt gjelder dette om opplæringstilbudet faller under minstestandarden Heller ikke kan skoleeier ut fra andre hensyn gi et uforsvarlig tilbud ut fra elevens evner og behov. Også de allmenne kravene til saklighet og forholdsmessighet til saksbehandling og avgjørelser må gjelde på opplæringsområdet. Dette er krav som nå også er blitt grunnlovfestet, se punkt 5.

⁷² Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) punkt 11.7.3 *Hva domstolene kan avsi dom for*.

Om det ikke gis individuelle rettigheter som er påklagbare, vil det uansett være mulig å prøve saksforholdet etter bestemmelsene om tilstrekkelig grad av tilrettelegging etter likestillings- og diskrimineringslovens regler. Det er reist flere klagesaker på dette området, se punkt 5.3.4.

3.2.6 Oppsummerende vurdering

Grl. § 109 ble vedtatt ved grunnlovsreformen i 2014. Bestemmelsene fører til konstitusjonelle krav til statlige og kommunale myndigheter om at barn og ungdom er gitt en rett til opplæring/utdanning. Grunnlovsvernet kom i tid etter tilsvarende forpliktelser etter menneskerettsbestemmelser som gjennom menneskerettsloven ble gitt forrang for intern lovgivning.

De nærmere kravene til opplæringens innhold må som påpekt i punkt 3.2.4 fastsettes i lov og forskrift med tilhørende læreplaner.

Selv om gratisprinsippet og barns plikt til å gjennomføre grunnskoleopplæring ikke er direkte nedfelt i Grl. § 109 første ledd, framgår kravene av bindende MR-konvensjoner. De har også lenge ligget til grunn for den norske lovgivningen. Menneskerettighetsutvalget og Stortinget la derfor forutsetningsvis til grunn at bestemmelsene i Grl. § 109 gjennom trinnlavere lovgivning allerede var oppfylt i norsk rett.

Når Grl. § 109 første ledd andre punktum er formulert som rettighet for den enkelte, innebærer det at personer som mener at de ikke får den rett de mener å ha krav på, kan reise søksmål mot den aktuelle myndighet. Dette var, som påpekt i punkt 3.2.5, tilfellet også tidligere. Nytt er at man kan påberope seg at Grunnloven er krenket, herunder at et individuelt vedtak ikke tilfredsstillende Grl. § 109, selv om loven isolert sett gjør det, jf. Maria-dommen (HR-2015-00206-A).

Vurderingstemaet – er eleven gitt et forsvarlig opplæringstilbud ut fra evner og behov – har neppe endret seg med vedtaket av grunnlovsbestemmelsen. Men som nevnt kan opplæringssituasjonen kunne bli vurdert opp mot selve grunnlovsbestemmelsen i tillegg til at Grl. § 109 kan utgjøre et tolkningsmoment, dvs. at det er kommet til en tung rettskilde også ved fortolkningen av opplæringslovgivningen.

Grl. § 109 vil kunne ha en viktig funksjon som skranke overfor Stortinget som lovgivende og bevilgende myndighet dersom ressursituasjonen skulle tilsi betydelige nedskjæringer på grunnleggende velferdsrettigheter.

Det er liten grunn til å tro at domstolene vil sette seg i de politiske myndigheters sted idet disse vil ha en stor frihet ved valg av reguleringsmåte for å oppfylle rettigheter og fordele ressurser på ulike prioriterte samfunnsområder. Selv ved nedskjæringer vil prøvelsen av grunnlovsvernet måtte hensynta om nedskjæringene framstår som rimelige og rettfærdige. Det må foretas en avveining mellom de vernede interesser på den ene siden og de samfunnsmessige hensynene på den annen med «sikte på å oppnå en balansert interesseavveining» jf. Hagen-dommen (HR-2016-389-A).

Domstolene kan videre føre kontroll med at de aktuelle skolemyndighetene har etablert «adekvate, rimelige og ikke-diskriminerende ordninger» som gjør at lovfastsatte rettigheter kan fastsettes og ivaretas. Om da eleven ikke har fått et tilfredsstillende læringsutbytte, og dette skyldes manglende tilrettelegging, vil bestemmelsen i Grl. § 109 kunne styrke et søksmål begrunnet i brudd på trinnlavere lovgivning. Dette framgår forutsetningsvis av

Menneskerettighetsutvalgets kommentar om at de nye bestemmelsene i GrL. § 109 «vil kunne fungere som tolkningsmomenter og retningslinjer for både den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt».

Dersom det gis individuelle rettigheter, oppstår ulike utfordringer av både materiell og prosessuell karakter. Blant materielle utfordringer er avgrensningen av elevgruppen som skal få individuelle rettigheter, hvilke vilkårsregler som skal gjelde, og av hvem og på hvilken måte spesialundervisning eller individuelt tilrettelagt opplæring skal gjennomføres. Videre vil det være prosessuelle utfordringer som i dag. Hvilket organ skal ta stilling til de materielle spørsmål, når skal sakkyndighet komme inn, skal det være ordinær forvaltningsrettslig klageordning, og det gir spørsmål knyttet til klageorgan, klageorganets sammensetning og kompetanse mv.

Hvorvidt reguleringsmåten for grunnopplæringen skal fastsettes i form av påklagbare individuelle rettigheter eller ved andre fastsettelsesmåter for å imøtekomme behovet til den enkelte elev, kan vanskelig utledes av grunnlovsbestemmelsen. Slike vurderinger må skje ut fra opplæringspolitiske vurderinger. Selv om det ikke utledes noen rett til tilrettelagt undervisning i videregående opplæring ut fra § 109 andre ledd, kan dette utledes av andre overordnede normer. Retten til tilrettelagt undervisning faller neppe bort etter gjennomgått grunnskoleopplæring.

3.3 Grunnloven § 104

3.3.1 Bestemmelsenes ordlyd

Bestemmelsen har følgende ordlyd (bokmålsversjonen):

Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.

3.3.2 Menneskerettighetsutvalgets vurderinger

Den vedtatte bestemmelsen i GrL. § 104 ble stort sett vedtatt i tråd med forslaget til Menneskerettighetsutvalget.⁷³ Utvalgets vurderte å innta et fjerde ledd om forbud mot barnearbeid, men kom til at dette syntes unødig ut fra de øvrige forslagene som beskyttet barns rett til opplæring og integritet.⁷⁴

Utvalget understreket at det er de sentrale hovedprinsippene i konvensjonsvernet, slik disse blant annet kommer til uttrykk i Barnekonvensjonen, som burde grunnlovsfestes, dvs.

⁷³ Se Dokument 16 (2011–2012) punkt 32. Utvalget drøfter, før tilrådingen kommer i punkt 32.6, barns rettigheter under følgende nummererte punkter: 32.5.1 Bør barns rettigheter grunnlovsfestes?; 32.5.2 Likeverd og ikke-diskriminering; 32.5.3 Medbestemmelse; 32.5.4 Det beste for barnet; 32.5.5 Beskyttelse av barnets personlige integritet; 32.5.6 Tilrettelegging for barns utvikling og kontakt med foreldre; og 32.5.7 Særlig om forbud mot barnearbeid.

⁷⁴ Se Dokument 16 (2011–2012) punkt 32.5.7 «Særlig om forbud mot barnearbeid»

prinsippet om barnets beste, prinsippet om barns medbestemmelsesrett og rett til å bli hørt, ikke-diskrimineringsprinsippet, og prinsippet om barnets rett til liv og utdanning.

I utredningen punkt 32.1 understreker Menneskerettsutvalget like fullt at det foreligger «en rekke bestemmelser i konvensjonene om særlig tilrettelegging («provision») for barn». Utvalget peker videre på at disse generelt virkende konvensjonsbestemmelsene tar sikte på å sikre at barnet får tilstrekkelig omsorg og oppnår en tilstrekkelig helsestandard og levestandard, slik at det kan utvikle seg på best mulig måte.

Utvalget understreket at denne tilretteleggingsplikten omfatter særlig barnets rett til liv (BK art. 6 og SP art. 6 nr. 5), et godt utdanningstilbud (BK art. 28 og 29) og et godt helsetilbud (BK art. 24). Dette utgjør generelle, og ikke spesifikke, utgangspunkter for staters valg av reguleringsmåte på de ulike rettsområdene.

Videre understreker utvalget at tilretteleggingsplikten utdypes gjennom bestemmelser som skal sikre at barnet får mulighet til å leve et verdig liv. Det påligger blant annet konvensjonsstatene en særlig forpliktelse overfor barn med funksjonsnedsettelse (BK art. 23).⁷⁵ Videre finnes bestemmelser om blant annet barnets rett til en tilfredsstillende levestandard (BK art. 27), til sosial og økonomisk støtte (BK art. 26), til ikke å bli skilt fra sine foreldre (BK art. 9), til deltakelse i kulturlivet, samt tilstrekkelig hvile og fritid (BK art. 31).

Ved den etterfølgende stortingsbehandlingen ble opplæringsspørsmål ikke drøftet i tilknytning til vedtaket av Grl. § 104.

3.3.3 Stortingets behandling av bestemmelsen om barns rettigheter

I Innst. 169 S (2012–2013) fastslo kontroll- og konstitusjonskomiteen, i tråd med Menneskerettighetsutvalget, at et kjennetegn ved de fleste sentrale menneskerettigheter er at de gjelder alle mennesker, også barn. Barn har i likhet med voksne rett til liv, rett til ytringsfrihet, rett til å møtes i forsamlinger og å danne foreninger, rett til ikke å bli utsatt for usaklig forskjellsbehandling, rett til nødvendig helsehjelp og rett til å delta i det kulturelle liv.

At barn i hovedsak er i besittelse av de samme sentrale menneskerettigheter som voksne, får likevel ikke fram det sentrale ved at barn er særlig sårbare og har særlige behov. Dette gir grunnlag for om eventuelt å innta, ved siden av de øvrige menneskerettsbestemmelsene, en egen grunnlovsbestemmelse til vern om barns rettigheter.

Det ble ved den endelige stortingsbehandlingen lagt fram ulike alternativer til ordlyden i ulike ledd i Grl. § 104, se Innst. 186 S (2013–2014) fra kontroll- og konstitusjonskomiteen.

I første ledd ønsket et mindretall (Krf, V, SV og MDG) at ordet «gjelder» i «spørsmål som gjelder dem selv» erstattet med «berører», uten at det er klart om det ville endret innholdet vesentlig, jf. den førnevnte Maria-dommen (HR-2015-00206-A).

⁷⁵ Det kan heller ikke utledes særlige føringer for organisasjonsmåter av rettigheter og plikter vedrørende opplæring ut fra BK art. 23, 28 og 29, se nærmere punkt 6.4. Se også Aslak Syse: «Rettinger til barn med funksjonsnedsettelse» og Geir Helgeland: «Retten til utdanning», henholdsvis kap. 10 og kap. 12 i Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.): *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2016. Boka er per mars 2019 under revidering.

I tredje ledd foreslo et mindretall i komiteen (H, FrP, KrF og SP) at leddet burde avsluttes med «fortrinnsvis i egen familie», i tråd med forslaget til Menneskerettighetsutvalget. Ved voteringene stemte medlemmene fra A og V subsidiært for forslaget slik at det fikk grunnlovsmessig flertall.

Flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen (A, V, SV, og MDG) fremmet et forslag om et fjerde ledd som skulle pålegge statens myndigheter å iverksette tiltak for å beskytte «barnets personlige integritet, herunder beskyttelse mot vold, mishandling, seksuell utnyttelse og andre liknende forhold som kan skade barnet». Dette forslaget oppnådde ikke grunnlovsmessig flertall.

3.3.4 Betydningen av Grl. § 104 for forståelsen av retten etter Grl. § 109

Av Stortingets grunnlovsvedtak i Grl. § 104 er det eventuelt tre bestemmelser som vil kunne få betydning for de spørsmålene som denne betenkningen omhandler.

Den ene er bestemmelsen i andre ledd om at *barnets beste* skal være et *grunnleggende hensyn* ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Dette er en relevant bestemmelse idet den gjelder både på individ- og gruppenivå. I Maria-dommen (avsnitt 62) fastslår førstvoterende at Grl. § 104 andre ledd om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, er «bærebjelken i bestemmelsen».

Et viktig spørsmål er om denne bestemmelsen vil kunne få samme betydning ved forståelsen av Grl. § 109, som den fikk vedrørende forståelsen av § 102 i Maria-dommen, dvs. at bestemmelsen i Grl. § 109 får økt vekt hva gjelder binding av lovgiver og forvaltning. Mot dette kan hevdes at når Grl. § 104 virket avgjørende inn i Maria-dommen, var det fordi avgjørelsen dreide seg om et sårbart barn og § 102 om «privatlivets fred» var en generelt virkende bestemmelse. Grl. § 109 er i utgangspunkt stort sett avgrenset til personer under 18 år.

Menneskerettighetsutvalget framhever at domstolene vil kunne føre kontroll med at «myndighetene lojalt har gjort det som står i deres makt for å etablere adekvate, rimelige og ikke-diskriminerende ordninger som gjør at rettigheten [etter Grl. § 109] ivaretas». Da kan Grl. § 104 kunne gi et tilleggsmoment ved en rettslig prøving av opplæringsrettigheter.

Det er like fullt vanskelig ut fra denne generelt virkende normen om «barnets beste» å utlede at tilrettelagt undervisning skal foregå ut fra den ene eller andre reguleringsmåten, eller om at det skal, eller ikke skal, gis påklagbare individuelle rettigheter for elever som ikke kan dra tilstrekkelig nytte av en ordinær undervisningssituasjon.

Den ordinære undervisningen må uansett tilrettelegges slik at flest mulig får utbytte av denne før eventuelt særlige ordninger som spesialundervisning aktualiseres. Dette kan begrunnes allerede av ressursøkonomiske og faglige utgangspunkter, og dette utgangspunktet ligger til grunn både for dagens reguleringsmåte i opplæringslova og for forslagene til Nordahl-utvalget som vurderer at utvalgets forslag vil kunne gi et bedret system for tilpasset opplæring. Da vil hensynet til barns beste på gruppenivå være ivaretatt.

På individnivå tilfører ikke hensynet til barnets beste noe til kravet i Grl. 109 første ledd tredje punktum om at opplæringen «skal ivareta den enkeltes evner og behov», idet dette kravet kan ses som en tydeliggjøring av hensynet til barnets beste på opplæringsfeltet.

Hensynet til barnets beste kan derved ikke gi avgjørende føringer for hvordan beslutningsprosessene best kan fastlegges, og heller ikke for hvordan tilpassete undervisningsopplegg bør besluttes og gjennomføres. Dette må være opp til relevante myndigheter på ulike nivåer å avgjøre ut fra konkrete faglige og ressursmessige forutsetninger og det til enhver tid gjeldende regelverk om ikke dette kan anses grunnlovsstridig eller i strid med konvensjonsbestemmelser som er gitt forrang i norsk rett. Det må kunne legges til grunn at slike vurderinger nettopp tar utgangspunkt i barns beste.

Heller ikke bestemmelsen i tredje ledd om at statens myndigheter skal «legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie», gir føringer for hvordan myndighetene skal tilrettelegge tilpasset opplæring for elever som trenger dette. Det er mulig at bestemmelsen, særlig ved det noe omdiskuterte tillegget om «fortrinnsvis i egen familie» vil kunne få betydning for om et barn kan flyttes ut fra familien og gis spesialundervisning på en spesialskole barnet selv ikke ønsker å gå på.

Det er heller ingen grunn til at disse mer ubestemte bestemmelsene i Grl. § 104 skal kunne gi større selvstendig gjennomslag i disse spørsmålene enn de konklusjoner som kan trekkes ut fra de mer direkte virkende bestemmelsene i Grl. § 109 som nettopp har med rettigheter og plikter på opplæringsfeltet å gjøre.

Dette synes også å framgå i utredningen til Menneskerettighetsutvalget ved at utvalget i sine drøftinger av det detaljerte innholdet ved grunnlovsfesting av barns rettigheter, ikke vurderte om bestemmelsene kunne få betydning for opplæringsspørsmål eller opplæringsrettigheter.

Men et sentralt og viktig spørsmål er om barns *rett til å bli hørt*, og da i *alle* spørsmål som «gjelder dem selv», tilsier at det må være en avgjørelsesprosess vedrørende særlige pedagogiske tiltak overfor det enkelte barn, og der barnet selv skal ha en stemme.

Barnets selvbestemmelse i opplæringsspørsmål er satt til 15 år, jf. barnelova⁷⁶ § 32. Barnet har rett til å bli hørt fra fylte sju år, og dette gjelder også «yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt». De skal «få informasjon og høve til å seie meininga si før det blir teke avgjerd om personlege forhold for barnet», se barnelova § 31 andre ledd. Etter barnelova § 31 første ledd skal også «foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege forhold for barnet». Videre skal de «leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er». Det samme gjelder også for skolen, ved at dette kravet om barnets medvirkning gjelder for alle «som har med barnet å gjere».

Denne grunnlovsfestede retten til at barnet skal høres bør derfor innarbeides i opplæringslova der ingen slik rett i dag er lovfestet. Dette bør også spille inn for utformingen av prosessregler for tilpasset undervisning der barnets behov og forutsetninger tilsier at det kan være vanskelig å få fullt utbytte av opplæringen i en alminnelig klasseromssituasjon.

3.3.5 Oppsummerende vurdering

Grl. § 104 er en ny bestemmelse fra 2014 som fastslår at barn er selvstendige rettssubjekter, og at barn har rett til å bli hørt i alle spørsmål som angår dem. Barns beste skal være et grunnleggende hensyn, og barns integritet skal ivaretas.

⁷⁶ Lov 8. april 1981 nr. 7.

Men som det er framgår i punkt 3.3.2 til 3.3.4, er det ikke i forarbeidene vurdert nærmere om bestemmelsene i Grl. § 104 vil kunne gi konkrete anvisninger på hvordan tilpasset opplæring skal vedtas, organiseres eller gjennomføres.

Konklusjonen om at slike anvisninger ikke kan utledes, framstår som dess mer rimelig idet slike anvisninger heller ikke kunne utledes fra bestemmelse i Grl. § 109 om retten til opplæring som ble forberedt og vedtatt i samme lovgivningsprosess.

Grl § 104 synes imidlertid å etablere to føringer som må iakttas også ved vurderinger som foretas etter Grl. § 109. Tilpasset undervisning skal fortrinnsvis gis slik at barnet kan bli boende i «egen familie», dvs. at institusjonell plassering av rent pedagogiske omsyn ikke kan gis full gjennomslagskraft.

I tillegg til foreldrenes rett til å ta avgjørelser for sine barn, understreker barnets rett til å uttale seg og til å bli hørt i Grl. § 104 første ledd at prosessen fram mot ulike former for tilpasset undervisning, at også barnets stemme må tas med inn i beslutningsprosesser.

Det har formodningen mot seg at mer konkrete føringer med hensyn til avgjørelsesprosesser og undervisningsmåter skal kunne utledes av en generelt utformet grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter som skal gjelde for alle barn, og på alle livsområder, når slike føringer ikke kan utledes av den mer konkrete grunnlovsbestemmelsen i Grl. § 109 om opplæring.

3.4 Oppsummerende om Grl. § 109 og § 104

Opplæringslovutvalget har ønsket å få utredet handlingsrommet når det gjelder opplæringsplikter overfor, og tilsvarende opplæringsrettigheter for, personer med nedsatt funksjonsevne og andre personer med særlige opplæringsbehov.

Det er reist spørsmål at det kan utledes et konstitusjonelt krav til lovgiver om å sikre individuelle rettigheter til spesialundervisning eller individuelt tilpasset undervisning for elever som vurderes å ha behov for dette.

Individuelle rettigheter vil samtidig kreve begrunnelser for avslag og medføre en klagerett over slike vedtak i tråd med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Dette er dagens rettslige situasjon.

Like fullt kan det fastslås at lovgivningen må ta sikte på, materielt sett, å tilfredsstille en rettslig prøvbar minstestandard, og da tilpasset den enkelte elevs «evner og behov».

Prosessuelt må lovgivningen respektere legalitetsprinsippet nedfelt i Grl. § 113.⁷⁷ Ved inngripende tiltak har barnet rett til å bli hørt. Det er også rimelig å sikre barn (eventuelt foreldre på vegne av svært små barn) en klageadgang dersom tiltak er så inngripende at de krever hjemmel i lov. Også vedrørende avgjørelser som fører til at barnet tas ut av en ordinær undervisningssituasjon vil barnet ha rett til å bli hørt.

Konklusjonen er følgelig at lovgiver har et stort handlingsrom i valg av reguleringsmåte for å imøtekomme kravet til tilpasset undervisning til elever med særlige behov. Utgangspunktet for reguleringsmåten må uansett være at opplæringen søker å ivareta den enkelte elevs evner og behov.

⁷⁷ Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.

4. Konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter (KFR)

4.1. KFR. Et perspektivskifte og spørsmålet om folkerettslige bindinger

4.1.1 Innledning

FNs hovedforsamling vedtok i desember 2006 *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Konvensjonen (KFR) trådte i kraft 3. august 2008, i kraft for Norge fra ratifiseringen 3. juli 2013.

Som understreket i note 10 anvendes i denne betenkningen forkortelsen KFR for å bidra til innarbeiding av norske konvensjonsforkortelser på linje med tilsvarende forkortelser for andre menneskerettighetskonvensjoner som er omtalt i betenkningen som ØSK, EMK, KDK, BK mv.

Konvensjonen og dens mulige implikasjoner for norsk rett gis en bred presentasjon idet flere høringsinstanser til Nordahl-utvalget pekte på at konvensjonen ville kunne gi føringer og bindinger for norske myndigheter hva gjelder organisering av opplæringsfeltet, ikke minst overfor personer med funksjonsnedsettelse.

I punkt 4.1.2 omtales først KFRs stilling i norsk rett ut fra det perspektivskiftet som konvensjonen innebærer. I punkt 4.1.3 presenteres den videre framstillingen.

4.1.2 KFR – Et perspektivskifte og konvensjonens stilling i norsk rett

KFR er ikke inkorporert i norsk rett, verken i menneskerettsloven (mrl.) § 2 som samtidig ville innebåret en forrangsbestemmelse (mrl. § 3), eller i likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) slik tilfellet er for FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK) gjennom ldl. § 5 med følgende ordlyd: «De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering gjelder som norsk lov.»

Gjennom ratifiseringen er imidlertid konvensjonen folkerettslig bindende for Norge. Videre er Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) i lov 27. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven, dol.) § 5 tredje ledd pålagt en tilsynsplikt med nærmere bestemte konvensjoner. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Ombudet skal føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med forpliktelsene Norge har etter:

- a) De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner
- b) De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering
- c) De forente nasjoners internasjonale konvensjon 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

LDO er altså tillagt en likestilt tilsynsplikt med de tre diskrimineringskonvensjonene selv om disse tre har ulik status i norsk rett. Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) er inkorporert gjennom mrl. § 2 med forrang, RDK gjennom ldl. § 5, mens KFR ikke er direkte inkorporert. Videre har Norge ratifisert tilleggsprotokollen til KDK som åpner for individuell klagerett til CEDAW-komiteen. Rasediskrimineringskomiteen har ingen slik tilleggsprotokoll, mens Norge ikke har ratifisert tilleggsprotokollen til KFR.

Spørsmålet om ratifisering av tilleggsprotokollen til KFR ble behandlet av Stortinget i vårsesjonen 2017, se Meld. St. 39 (2015–2016) *Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne*. Individklageordningen til konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne er nærmere omtalt og vurdert i Meld. St. 39 kap. 8.

For KFR spesielt avga professor Kjetil Mujezinović Larsen i juli 2015 en utredning om mulige konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til individklageordningen til KFR.⁷⁸ Denne utredningen ble sendt på alminnelig høring høsten 2015.⁷⁹

Et stort flertall i utenriks- og forsvarskomiteen sluttet seg til regjeringens forslag om ikke å ratifisere tilleggsprotokollen, se Innst. 161 S (2016–2017). Et anmodningsforslag om ratifikasjon (fra V og SV) falt med 9 mot 91 stemmer.

Flertallet fant blant annet at «det som taler mot norsk tilslutning til individklageordningen til konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne på det nåværende tidspunkt, er at komiteen på enkelte områder synes å tolke konvensjonen på en vidtrekkende måte som ikke er i samsvar med Norges og de andre statspartenes forståelse».

Når Norge har ratifisert en konvensjon og denne ikke er inkorporert i intern rett, gjelder i hovedsak et presumsjonsprinsipp som innebærer at rettsanvendere skal forsøke å komme fram til tolkningsresultater av internrettslig lovgivning som stemmer overens med våre folkerettslige forpliktelser. I enkelte Høyesterettsdommer (se for eksempel HR-2016-2591-A) har Høyesterett eksplisitt latt bestemmelser i vergemålsloven⁸⁰ § 22 ha forrang framfor en klar regelforståelse av KFR art. 12 nedfelt i GC nr. 2/2014 fra KFR-komiteen.⁸¹

KFR skal sikre at personer med nedsatt funksjonsevne nyter en likeverdig rett til anerkjente menneskerettigheter og grunnleggende friheter på linje med andre borgere. Konvensjonen skal fremme respekten for mennesker med nedsatt funksjonsevnes iboende verdighet. Konvensjonen dekker mange områder hvor personer med nedsatt funksjonsevne kan oppleve diskriminering, slik som tilgang til rettigheter, deltakelse i offentlig og politisk liv, rett til utdanning, rett til deltakelse i arbeidsliv, frihet fra tortur, utnyttelse og vold, samt bevegelsesfrihet.

Konvensjonen viderefører det perspektivskiftet som har funnet sted ved at personer med nedsatt funksjonsevne ikke lenger vurderes som velferdstrengende og med behov for medlidenhet, men til anerkjennelse av at også samfunnsstrukturer kan bidra til å skape og fremme funksjonshemming. Konvensjonen er basert på et endret syn på funksjonshemming ved at *alle* mennesker skal gis mulighet til å nå sitt fulle potensial. Dette perspektivskiftet

⁷⁸ Tilsvarende énpersonsutredninger ble også foretatt for de to andre tilleggsprotokollene som ble omhandlet i denne stortingsmeldingen.

⁷⁹ Rapporten er tilgjengelig her:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/4cd2cfa62feb424d9b62a662e2a13164/150728-utredning-om-konsekvenser-ved-tilslutning-til-crpd-protokollen.pdf>

⁸⁰ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).

⁸¹ Se Aslak Syse: «Er vergemålsloven i strid med KFR», i Kjønsstad, Syse, Kjelland (red.): *Velferdsrett II*, 5. utg., Gyldendal Juridisk 2017 s. 310-313.

vedrørende vurdering av personer med funksjonsnedsettelse, og nedsatt funksjonsevne *per se*, er nærmere utredet i den førnevnte NOU 2005: 8, se spesielt kap. 3, og i juridisk litteratur.⁸²

Det tradisjonelle synet var tidligere at funksjonshemming ble sett som kun en egenskap ved individet bygd på en medisinsk forståelse av funksjonshemming. Funksjonshemming ble betraktet som et resultat av individuelle, biologiske forhold knyttet til sykdom, skade eller lyte. Ut fra dette burde tilnærmingen først og fremst være medisinsk behandling, rehabilitering og understøttelse, for om mulig å «rette» individets problem. Denne forståelsen tar imidlertid ikke hensyn til at omgivelsene vil kunne ha stor betydning for om et biologisk forhold medfører en «hemning».

Det framgikk allerede av fortalen til *FNs Standardregler for like muligheter for mennesker med funksjonshemming* fra 1993 at et viktig formål med «reglene» var å sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne lik tilgang som andre i samfunnet til grunnleggende rettigheter, og uten diskriminering. Selv om standardreglene var soft law og ikke formelt bindende for statene, spilte de i mange land en sentral rolle for politikuttviklingen overfor mennesker med nedsatt funksjonsevne, ikke minst som moralske og politiske argumenter for den nasjonale politikken på området. I Norge viste regjeringen i sine handlingsplaner til standardreglene og presiserte sin politiske og moralske forpliktelse til å gi disse gjennomslag.⁸³ Fortalen til KFR viser også til at FNs arbeid med standardreglene ikke var motivert av et ønske om å gi særlige rettigheter, men av et ønske om å oppnå reell likhet. Men reell likhet kan være betinget av særlige rettigheter som kan kompensere for bortfallet av funksjonsevner.

Som ledd i oppfølgingen av standardreglene oppnevnte FN fra 1994 en spesialrapportør til å overvåke statenes gjennomføring av disse. Spesialrapportøren har i mer enn 20 år spilt en sentral rolle for å øke bevisstheten om menneskerettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne og for å stimulere til positiv forandring.⁸⁴ Denne rollen er nå supplert med virksomheten til komiteen som overvåker implementeringen av KFR.

KFR krever videre at det i hver stat skal være et nasjonalt overvåkningsorgan. Denne rollen er som nevnt tillagt LDO, mens det er Diskrimineringsnemnda som behandler klager over brudd på likestillings- og diskrimineringsloven, se punkt 5.3.3.

Samfunnets utforming vil ofte være bestemmende for i hvilken grad den enkelte opplever å være funksjonshemmet. Det framgår både av fortalen og av arbeidsdokumentene underveis i konvensjonsforberedelsen at FNs standardregler – på linje med de øvrige FN-konvensjonene – var sentrale underlagstekster ved utformingen av konvensjonen. Verdigrunnlaget i standardreglene ble altså nedfelt i folkerettslig bindende rettsregler for ratifiserende stater.

⁸² Se for eksempel Aslak Syse og Marianne Jenum Hotvedt: «Om diskrimineringsvern i et menneskerettsperspektiv – med fokus på diskrimineringsgrunnlaget ‘nedsatt funksjonsevne’», *Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter* 2007 s. 119-139 og Syse 2020 punkt 10.2.3.

⁸³ Se for eksempel St.meld. nr. 34 (1996–97) *Resultater og erfaringer fra Regjeringens handlingsplaner for funksjonshemmede og veien videre*, der reglene er gjengitt i Vedlegg 2 og St.meld. nr. 8 (1998–99) *Om handlingsplan for funksjonshemma 1998–2001*, s. 12.– Det er nå, etter ratifiseringen av KFR, til denne konvensjonen det blir vist til i offisielle dokumenter, for eksempel i regjeringen Solbergs «Strategi for likestilling av mennesker med funksjonsnedsettelse for perioden 2020–2030», undertegnet desember 2018 av ni ministre og publisert av BLD med tittel *Et samfunn for alle. Regjeringens handlingsplan for universell utforming* ble framlagt januar 2016, også med henvisning til forpliktelser som følger av KFR.

⁸⁴ Gerard Quinn and Theresia Degener: *Human Rights and Disability – The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, Geneve/New York 2002. – Første rapportør var svensken Bengt Lindqvist.

Norge undertegnet KFR i 2007, og ratifiserte 3. juni 2013 etter at ny vergemålslov var på plass. Fra samme tidspunkt fikk LDO tilsynsansvaret for at forpliktelsene etter konvensjonen overholdes; i dager dette regelfestet i dol. § 5 tredje ledd bokstav c, gjengitt ovenfor.

I forbindelse med ratifikasjonen avga Norge to tolkningserklæringer. Den ene gjelder KFR art. 14 og 25 og adgangen til tvungen omsorg og behandling, blant annet av personer med alvorlige, psykiske lidelser. Erklæringen har sin bakgrunn i uenigheter om tolkningen av konvensjonen og særlig spørsmålet om det er diskriminering i strid med konvensjonen å ha særskilte regler som hjemler tvang overfor personer med psykiske lidelser. Den andre tolkningserklæringen gjelder spørsmål knyttet til rettslig handleevne og vergemål knyttet til KFR art. 12. Disse erklæringene har ikke betydning for forståelsen av KFRs rettigheter om opplæring.

Oppfølgingen av om Norge overholder sine forpliktelser etter konvensjonen skjer videre gjennom statsrapporter som vurderes av KFR-komiteen som monitorerer statenes oppfølging. I tillegg avgir KFR-komiteen «Generelle kommentarer» (GC). GC nr. 4 fra 2016 (heretter GC 4/2016) omhandler opplæringsspørsmål og vil bli behandlet i punkt 4.4 nedenfor. KFR-komiteen behandler også individklager fra borgere i stater som har ratifisert den frivillige tilleggsprotokollen om dette.

4.1.3 Framstillingen videre

Som påpekt i punkt 4.1.1 gis KFR en bred plass i betenkningen. I punkt 4.2 er spørsmålet hvilke persongrupper som har funksjonsnedsettelse slik at de omfattes av bestemmelsene i KFR. Dette innebærer en generell presentasjon av konvensjonens innhold.

I punkt 4.3 er tema de aktuelle bestemmelsene i KFR som angår opplæring spesielt, herunder hvilke krav som stilles til myndighetene, og hvilke persongrupper som gis status som eventuelle «rettighetshavere» i de aktuelle bestemmelsene i KFR art. 24.

KFR-komiteen har utarbeidet en generell kommentar (GC 4/2016) til art. 24 om det som komiteen legger i kravet om inkluderende opplæring og hvilke forpliktelser dette pålegger statlige myndigheter. GC 4/2016 er derfor tema i punkt 4.4.

I punkt 4.5 presenteres Norges første rapport til KFR-komiteen av 2015 og komiteens tilbakemeldinger til Norge i april 2019. Knyttet til statsrapporteringen gis også en presentasjon av rapporten fra LDO som tilsynsmyndighet og fra norske organisasjoner som representerer personer med funksjonsnedsettelse.

I punkt 4.6 foretas en oppsummering av hvilke folkerettslige forpliktelser som synes å følge for norsk rett på opplæringsfeltet ut fra ratifikasjonen av KFR.

4.2 Hvem har funksjonsnedsettelse, og hvilke persongrupper omfattes av KFR?

I oppdragsdokumentet framgår at betenkningen skal ta stilling til «[h]vilke barn og voksne [som] er omfattet av FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne».

Det er ingen definisjon av personer med nedsatt funksjonsevne i KFR, heller ikke i KFR art. 2 som inneholder enkelte andre definisjoner; disse omfatter «Kommunikasjon», «Språk»,

«Diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne», «Rimelig tilrettelegging» og «Universell utforming».⁸⁵

Det kan imidlertid trekkes visse slutninger fra KRF art. 1 andre avsnitt der det heter:

Mennesker med nedsatt funksjonsevne er blant annet mennesker med langvarig fysisk, mental, intellektuell eller sensorisk funksjonsnedsettelse som i møte med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre,

Videre framgår av konvensjonens fortale (preamble) nr. 5 at statene

erkjenner at funksjonshemming er et begrep i utvikling, og at funksjonshemming er et resultat av interaksjon mellom mennesker med nedsatt funksjonsevne og holdningsbestemte barrierer og barrierer i omgivelsene som hindrer dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre,

Det er vanlig å benytte både en vid og en smalere tilnærming ved forståelsen av hvem som skal oppfattes som «personer med nedsatt funksjonsevne». Den mest omfattende tilnærmingen er helt vesentlig å anvende i diskrimineringslovgivning og diskrimineringsssammenheng slik at det ikke først oppstår et spørsmål om den diskriminerte har en («tilstrekkelig») funksjonsnedsettelse for deretter å vurdere om vedkommende er blitt diskriminert av denne grunn.

Slike vurderinger sto sentralt for drøftingene i NOU 2005: 8, ikke minst på grunn av utenlandske erfaringer med at dette langt fra fungerte optimalt i en diskrimineringsssammenheng.⁸⁶ Utvalget anbefalte derfor å sikre at også antakelser om funksjonsnedsettelse, nærstående funksjonsnedsettelser og fortidige funksjonsnedsettelser ble omfattet av grunnlaget «nedsatt funksjonsevne» Det ble uttrykt på denne måten (s. 167):

Utvalgets vurderinger støttes av hensynet til hensiktsmessig praktisering av loven. Når tidligere, fremtidige, antatte samt andres funksjonsnedsettelser er omfattet, reduseres behovet for bevisføring om den diskriminertes kroppslige forhold. Det er den diskriminerende handlingen eller unnlattelsen, ikke kroppen til den påstått diskriminerte, som blir gjenstand for bevisvurdering. Det vil være tilstrekkelig å bevise at en arbeidsgiver lot nedsatt funksjonsevne danne grunnlag for dårligere behandling uten å ha saklig grunn til dette. Slik hindres en ydmykende praktisering av vernet, der den som mener å være diskriminert må avdekke og føre bevis for kroppslige forhold for å kunne påberope seg lovgivningens beskyttelse mot urettmessig behandling.

Konklusjonen er at vernet bør omfatte diskriminering på grunnlag av eksisterende, fortidig, fremtidig og antatt nedsatt funksjonsevne, samt diskriminering på grunnlag av andres nedsatte funksjonsevne.

Denne løsningen ble valgt i den første loven mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne, lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven), som derved fulgte opp forslagene i NOU 2005: 8. I dag gjelder denne brede tilnærmingen til forbud mot diskriminering for alle diskrimineringsgrunnlag, se ldl. § 6 med følgende ordlyd, der de nevnte forholdene er tydeliggjort i andre og tredje ledd:

⁸⁵ Her og i det videre brukes den norske oversettelsen som ble utgitt av det daværende Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet, og som betraktes som den «offisielle» norske oversettelsen.

⁸⁶ Særlig var dette erfaringer fra lovgivningen i England og USA, se nærmere NOU 2005: 8 kap. 8 der lovgivningen i ulike land gjennomgås og vurderes.

Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene er forbudt. Med etnisitet menes blant annet nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk.

Forbudet omfatter diskriminering på grunn av eksisterende, antatte, tidligere eller fremtidige forhold som nevnt i første ledd.

Forbudet gjelder også hvis en person blir diskriminert på grunn av sin tilknytning til en annen person, og diskrimineringen skjer på grunn av forhold som nevnt i første ledd.

Med diskriminering menes direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter §§ 7 og 8 som ikke er lovlig etter §§ 9, 10 eller 11.

Det er altså god grunn til å skille mellom forbudet mot diskriminering som gjelder en svært vid, heterogen og nærmest ubestemt personkrets og personer med nedsatt funksjonsevne der KFR eller nasjonal lovgivning fordrer at vedkommende bør gis individuelle rettigheter, eller at myndighetene bør iverksette særskilte tiltak eller tilpassede tilretteleggingsmåter.

Da vil den enkeltes behov være utslagsgivende for hvorvidt vedkommende faller innenfor den personkretsen som skal nyte særlig beskyttelse ved at det kreves tilrettelegging av omgivelsene eller spesiell tilrettelegging for den konkrete personen.

Da bør avgrensningen av personkretsen ta utgangspunkt i KFR art. 1 andre ledd der denne som nevnt blant annet omfatter «mennesker med langvarig fysisk, mental, intellektuell eller sensorisk funksjonsnedsettelse som i møte med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre».

Dette skiftende og noe flytende omfang av personer med nedsatt funksjonsevne som til enhver tid omfattes av nettet, kommer ikke tydelig fram av ordlyden i KFR, men må innfortolkes for at den enkelte bestemmelse og artikkel skal kunne forstås ut fra sitt formål, hva som skal oppnås ved bestemmelsen, og hva som framstår som en rimelig avgrensning av personkretsen for den enkelte rettigheten.

På Bufdirs hjemmesider finnes flere ulike tilnærminger til spørsmålet om hvem som omfattes som «personer med funksjonsnedsettelse», men det er samtidig flere fellestrekk ved disse angivelsene. Det fastslås at dette må forstås som et samlebegrep som blir anvendt om ulike personer med forskjellige funksjonsnedsettelser, og at «nedsatt funksjonsevne» innebærer tap av, skade på eller avvik i en kroppsdel eller i en av kroppens psykologiske, fysiologiske eller biologiske funksjoner. Videre understrekes at mennesker med nedsatt funksjonsevne er en svært sammensatt gruppe med ulike utfordringer. Det skilles gjerne mellom fem hovedgrupper: personer med synshemming, personer med bevegelseshemming, personer med hørselshemming, personer med utviklingshemming og personer med psykososiale funksjonsnedsettelser. Noen er født med funksjonsnedsettelsen, mens andre opplever å få en funksjonsnedsettelse på grunn av sykdom eller skade senere i livet.

Videre understrekes det som er sitert over fra KFRs preamble, nemlig at funksjonsnedsettelse og funksjonshindring er begreper som er under utvikling, og at funksjonshindringer stammer fra samspill mellom personer med funksjonsnedsettelser og hindringer som er betinget av holdninger og miljø, og som motvirker deres fulle og virkelige deltakelse i samfunnet på like vilkår som andre.

Verdens helseorganisasjon har utarbeidet en klassifisering, *International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)*, som er ment å tjene som analyseverktøy både ved behandling, forskning og utformingen av politikk.⁸⁷ ICF bygger på at funksjonshemming er et komplekst fenomen som ikke kan forklares ved hjelp av en rent medisinsk modell, men heller ikke kan forstås ut fra en rent sosial modell basert på at funksjonshemming utelukkende er samfunnsskapt:

Disability is a complex phenomena that is both a problem at the level of a person's body, and a complex and primarily social phenomena. Disability is always an interaction between features of the person and features of the overall context in which the person lives, but some aspects of disability are almost entirely internal to the person, while another aspect is almost entirely external.

ICFs definisjon og forståelse er basert på et samvirke av tre elementer: nedsatt funksjonsevne, aktivitetsbegrensning og deltakelsesbegrensning. Grensegangen mellom disse elementene er ikke alltid like klar. Nedsatt funksjonsevne trenger ikke føre til begrensninger, verken i aktivitet eller deltakelse. Og omvendt; deltakelsesbegrensning kan oppstå selv for individer som ikke har nedsatt funksjonsevne.

Fordi det er ulike grupper som trenger tilrettelegging eller ulike former for bistand på grunn av funksjonsnedsettelse, bruker velferdslovgivningen ulike begreper for at personer skal vurderes for å komme i en rettighetsposisjon. Dette kan anses som *behovsprøvede* rettigheter. Det kan være et behov for «nødvendig helsehjelp»,⁸⁸ eller at vedkommende «ikke kan sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid»,⁸⁹ eller «rett til nødvendige tiltak etter loven når vilkårene for tiltaket er oppfylt».⁹⁰ En og samme lov kan også ha forskjellige inngangsvilkår for lovens ulike ytelser og som da vil avgrense den aktuelle personkretsen med rettigheter for hver av ytelsene på ulik måte. Dette gjelder folketrygdloven der rettigheter for eksempel kan utløses for en som «ikke kan forsørge seg selv etter at pleieforholdet er opphørt»,⁹¹ «økonomisk kompensasjon til medlemmer for visse ekstrautgifter» på grunn av sykdom, skade eller lyte,⁹² «til et medlem som har omsorg for barn med en funksjonshemming eller en langvarig sykdom, ytes det opplæringspenger»,⁹³ når «barnet på grunn av sykdom, skade eller lyte har behov for kontinuerlig tilsyn og pleie, og medlemmet derfor må være borte fra arbeidet»,⁹⁴ eller «som på grunn av varig sykdom, skade eller lyte, har behov for særskilt tilsyn og pleie».⁹⁵ Tilsvarende er i pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) flere ulike behovsdefinisjoner for ulike rettigheter ut fra den enkeltes behov for helse- og omsorgstjenester, så som «øyeblikkelig hjelp», «nødvendig helsehjelp», «langvarig og stort behov for personlig assistanse», «behov for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester», som alle finnes i pbrl. kap. 2.

⁸⁷ World Health Organization: *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health – ICF* (2002). ICF er i dag oppdatert og operasjonalisert gjennom *WHO Disability Assessment Schedule (WHODAS 2.0)* for å utvikle et vurderingsinstrument for helsetilstand og funksjonsvurderinger på tvers av kulturer og tilstander.

⁸⁸ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter § 2-1a andre ledd og § 2-1b andre ledd.

⁸⁹ Lov 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven) § 18.

⁹⁰ Lov 1992 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 1-5.

⁹¹ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (ftrl.) § 16-1.

⁹² Ftrl. § 6-1.

⁹³ Ftrl. § 9-14.

⁹⁴ Ftrl. 9-10.

⁹⁵ Ftrl. § 6-4.

De fleste personer det er pekt på gjennom disse lovbestemmelsene vil ha (akutt, subakutt eller mer varig) nedsatt funksjonsevne, men ikke nødvendigvis slik at de omfattes av personkretsen som er spesifikt nevnt i KFR art. 1 andre ledd. Men dette er ingen egentlig definisjon, jf. uttrykket «blant annet» i den aktuelle bestemmelsen og plasseringen utenfor definisjonsbestemmelsen i art. 2.

For KFR, og *retten til opplæring* spesielt, må spørsmålet om *hvem* som er potensielle rettighetshavere, derfor fastlegges konkret ut fra de personavgrensningene som kommer spesifikt fram av ordlyden, eventuelt supplert med øvrige momenter som kan bidra til forståelsen av de aktuelle bestemmelsene om opplæring i KFR art. 24, se punkt 4.3.

Noe enkelt sagt er opplæringsrettigheter dels *universelle* og kommer *alle* barn til gode, samtidig som barn i bestemte aldersgrupper i tillegg er pålagt en *skoleplikt*. Dette er lovfestet i oppl. § 2-1.

I tillegg kan opplæringsmåter, som rett til spesialundervisning, være *behovsprøvde* rettigheter, slik det for eksempel i dag er regelfestet i oppl. § 5-1.⁹⁶ Særlig tilpasset undervisning vil en person ha rett til ut fra lovbestemmelser som til enhver tid åpner for dette. Om det da lovfestes individuelle, behovsprøvde rettigheter, vil dette betinge at det klargjøres et pliktsubjekt med oppfylleelsesplikt (kommune, fylkeskommune eller stat) og at rettigheten samtidig ikke gjøres avhengig av den aktuelle ressursituasjonen. Om mangelfulle ressurser er en holdbar grunn for ikke-oppfyllelse, foreligger en konkurranse om knappe ressurser, og ikke egentlige rettigheter.⁹⁷

Statene vil i utgangspunktet ha stor grad av frihet i vurderingen av når det er hensiktsmessig med universelle rettigheter og når det er hensiktsmessig, og på hvilke vilkår, det på opplæringsområdet skal utløses behovsprøvde rettigheter.

Ut fra foranstående er det derfor ikke mulig, på et generelt grunnlag, å klargjøre «hvilke barn og voksne som er omfattet av FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne». Det vil både være avhengig av pretensjoner, den aktuelle situasjonen og hvilke bestemmelser i KFR som påberopes, se punkt 4.3.

4.3 Konvensjonens bestemmelser om opplæring

Bestemmelsen i KFR art. 24 *Utdanning* (i originalteksten: *Education*) er inndelt i fem hovedpunkter hvorav de tre første i tillegg har en bokstavinndeling. Artikkel 24 har følgende ordlyd i norsk oversettelse (her hentet fra Lovdata):

1. Partene erkjenner at mennesker med nedsatt funksjonsevne har rett til utdanning. Med sikte på å virkeliggjøre denne rettigheten uten diskriminering, og på basis av like muligheter, skal partene sikre et inkluderende utdanningssystem på alle nivåer, samt livslang læring, som tar sikte på:
 - a) at menneskets potensial og forståelsen av dets verdighet og egenverdi utvikles fullt ut, og at respekten for menneskerettighetene, de grunnleggende friheter og det menneskelige mangfold styrkes,
 - b) at mennesker med nedsatt funksjonsevne får utvikle sin personlighet, sine anlegg og sin kreativitet, så vel som sine psykiske og fysiske evner, fullt ut,

⁹⁶ Se nærmere om universelle og behovsprøvde rettigheter i Kjønstad, Syse og Kjelland: *Velferdsrett I* (2017) punkt 2.3.5.

⁹⁷ Se nærmere om rettighetspreget i velferdsrettslig lovgivning i Kjønstad, Syse og Kjelland: *Velferdsrett I* (2017) punkt 2.3.3 og 2.3.4.

- c) at mennesker med nedsatt funksjonsevne blir i stand til å delta effektivt i et fritt samfunn.
2. For å virkeliggjøre denne rettighet skal partene sikre
- a) at mennesker med nedsatt funksjonsevne ikke stenges ute fra det allmenne utdanningssystemet på grunn av nedsatt funksjonsevne, og at barn med nedsatt funksjonsevne ikke stenges ute fra obligatorisk og gratis grunnskoleundervisning eller fra videregående opplæring på grunn av sin nedsatte funksjonsevne,
 - b) at mennesker med nedsatt funksjonsevne får tilgang til inkluderende, god og gratis grunnutdanning og videregående opplæring i sitt lokalsamfunn, på lik linje med andre,
 - c) rimelig tilrettelegging ut fra den enkeltes behov,
 - d) at mennesker med nedsatt funksjonsevne får nødvendig støtte, innenfor rammen av det allmenne utdanningssystemet, slik at det legges til rette for en effektiv utdanning,
 - e) effektive støttetiltak tilpasset den enkeltes behov, i et miljø som gir størst mulig faglig og sosial utvikling, i tråd med målet om full inkludering.
3. Partene skal gjøre det mulig for mennesker med nedsatt funksjonsevne å lære praktiske og sosiale ferdigheter slik at de lettere kan delta fullt ut i undervisningen på lik linje med andre, og som medlemmer av samfunnet. For dette formål skal partene treffe hensiktsmessige tiltak, herunder:
- a) å legge til rette for innlæring av punktskrift, alternativ skrift, alternative og supplerende kommunikasjonsformer, -midler og -formater, orienterings- og mobilitetsferdigheter, samt legge til rette for likemannsarbeid og mentorvirksomhet,
 - b) å legge til rette for innlæring av tegnspråk og fremme av døvesamfunnets språklige identitet,
 - c) å sikre at undervisningen av blinde, døve og døvblinde personer, og især barn, finner sted på de språk og i de kommunikasjonsformer og med de kommunikasjonsmidler som er best tilpasset den enkelte, og i et miljø som gir størst mulig faglig og sosial utvikling.
4. Med sikte på å bidra til å virkeliggjøre denne rettighet skal partene treffe hensiktsmessige tiltak for å ansette lærere som kan tegnspråk og/eller punktskrift, herunder lærere med nedsatt funksjonsevne, og å lære opp fagfolk og personale som arbeider på alle nivåer i utdanningssystemet. Opplæringen skal omfatte bevisstgjøring om funksjonshemming og bruk av hensiktsmessige alternative og supplerende kommunikasjonsformer, -midler og -formater, samt undervisningsmetoder og undervisningsmaterieil som er til hjelp for mennesker med nedsatt funksjonsevne.
5. Partene skal sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne får tilgang til høyere utdanning, yrkesrettet opplæring, voksenopplæring og livslang læring uten diskriminering og på lik linje med andre. For dette formål skal partene sikre rimelig tilrettelegging for mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Innholdet i denne omfattende bestemmelsen er – kort og noe summarisk sammenfattet – at nr. 1 oppstiller et *mål for utdanningssystemet* ved at det skal utvikle den enkeltes potensial (bokstav a), utvikle hele personligheten (bokstav b), og slik kunne bli en aktiv deltaker i samfunnet (bokstav c).

I nr. 2 oppstilles *virkemidler* for å nå disse målene ved at barn med funksjonsnedsettelse ikke skal utestenges fra det ordinære utdanningssystemet (bokstav a), ved at de skal gis tilgang til inkluderende grunnutdanning i lokalsamfunnet (bokstav b), med krav om rimelig tilrettelegging og nødvendig støtte for en effektiv undervisning på gruppenivå (bokstav c og d) og på individnivå (bokstav e).

I nr. 3 er fokus de særlige utfordringene ved opplæringstilbud til personer med funksjonsnedsettelse i form av redusert synsfunksjon, hørselsfunksjon eller kognitive utfordringer som krever alternative og supplerende kommunikasjonsformer, noe som blir nærmere konkretisert (bokstav a), samtidig som opplæring av døve barn krever innlæring av

tegnspråk og skal fremme døvesamfunnets språklige identitet (bokstav b), etterfulgt av en spesiell utdyping vedrørende opplæring av blinde, døve og døvblinde barn (bokstav c).

For å sikre en slik måloppnåelse må staten, etter nr. 4, ansette lærere med kunnskap i alternative kommunikasjonsformer og lære opp annet personale i skolen i slike kommunikasjonsformer.

I nr. 5 oppstilles krav til statene som går utover grunnopplæringen overfor personer med funksjonsnedsettelse, og dette dreier seg om tilgang til høyere utdanning, yrkesrettet opplæring, voksenopplæring og livslang læring med krav om rimelig tilrettelegging.

Her er det et eget spørsmål om denne retten i nr. 5 også innbefatter «voksenopplæring på grunnskolens område». Dette tema tas spesielt opp i punkt 4.5.6.

Et nøkkelord i bestemmelsen er kravet om *inkluderende opplæring*, men uten at det i KFR gis noen nærmere presisering av hva dette kravet innebærer i praksis. I KFR synes inkludering å være et honnørord som anvendes i flere bestemmelser, også da uten et nærmere avklart innhold. I art. 3 *Generelle prinsipper* framgår at blant prinsippene i KFR er «fullgod og effektiv deltakelse og inkludering i samfunnet» (bokstav c).

Hva som skal forstås med kravet om inkluderende opplæring, er forsøkt utdypet i GC 4/2016, se punkt 4.4.

Til spørsmål om hvilke persongrupper med funksjonsnedsettelse som omfattes av bestemmelsene i art. 24, gjelder dette utvilsomt «blinde, døve og døvblinde personer» (art. 3 bokstav c). Dette er persongrupper som uansett klart vil falle innenfor de oppregnede gruppene i KFR art. 1 andre ledd.

I tillegg omfattes personer som trenger «alternative og supplerende kommunikasjonsformer, -midler og -formater, orienterings- og mobilitetsferdigheter» (art. 3 bokstav a). For den siste gruppen vil det altså være *behovet* for bistand som avgjør hvem som faller innenfor virkeområdet for bestemmelsen, og ikke avgrensede kjennetegn ved den aktuelle persongruppen. Bruk av alternative og supplerende kommunikasjonsformer vil ofte være tjenlige virkemidler i opplærings situasjoner med elever med kognitive eller kommunikasjonsmessige utfordringer, uten at disse gruppene er spesielt nevnt i art. 24. Da nærmer dette seg en reguleringsmåte som ved behovsprøvde rettigheter slik disse forstås i norsk velferdslovgivning, se avslutningsvis i punkt 4.2.

4.4 General comment No. 4 (2016) on the right to inclusive education

4.4.1 Innledning

Den 25. november 2016 avga KFR-komiteen GC 4/2016 om inkluderende opplæring («inclusive education»)⁹⁸.

I punkt 4.4.2 presenteres både oppbyggingen av og det nærmere innholdet i GC 4/2016. I punkt 4.4.3 gis en kort vurdering av dette innholdet.

⁹⁸ Den engelske teksten til GC 4/2016 kan finnes blant annet her: <https://www.refworld.org/docid/57c977e34.html>

I punkt 4.4.4 drøftes rettskildevekten av synspunktene og bindingene som synes å følge av KFR-komiteens synspunkter i GC 4/2016.

4.4.2 Det nærmere innholdet i GC 4/2016

GC 4/2016 er en lang tekst (ca. 20 sider), og den ble i tid avgitt året etter at Norge leverte sin første rapport om oppfølgingen av KFR i norsk rett. Det er oppdelt i fem hovedavsnitt markert med romertall, med til sammen 76 nummererte avsnitt (arabiske tall).

Hovedavsnitt I kalt *Introduction* omhandler det perspektivskiftet som er nærmere omtalt i punkt 4.1.2. Her understrekes at statene tidligere har hatt og ennå i dag har viktige barrierer mot det å gi barn med funksjonsnedsettelse tilgang til utdanning (avsnitt 4) Videre understrekes at enkelte funksjonsnedsettelse gir særlige utfordringer for utdanningssystemet og derved med fare for (fortsett) utelukkelse. I avsnitt 6 nevnes eksplisitt: «persons with intellectual disabilities or multiple disabilities, persons who are deafblind, persons with autism or persons with disabilities in humanitarian emergencies»

I *Hovedavsnitt II* går komiteen mer inn på det normative innholdet i art. 24, som er av størst betydning i denne sammenhengen. Komiteen framlegger en nærmere forståelse av hva den legger i «inclusive education» (avsnitt 10 bokstav a-d), men med en noe vid – og samtidig vag – tilnærming:

Inclusive education is to be understood as:

- (a) A fundamental human right of all learners. Notably, education is the right of the individual learner and not, in the case of children, the right of a parent or caregiver. Parental responsibilities in this regard are subordinate to the rights of the child;
- (b) A principle that values the well-being of all students, respects their inherent dignity and autonomy, and acknowledges individuals' requirements and their ability to effectively be included in and contribute to society;
- (c) A means of realizing other human rights. It is the primary means by which persons with disabilities can lift themselves out of poverty, obtain the means to participate fully in their communities and be safeguarded from exploitation. It is also the primary means of achieving inclusive societies;
- (d) The result of a process of continuing and proactive commitment to eliminating barriers impeding the right to education, together with changes to culture, policy and practice of regular schools to accommodate and effectively include all students.

Ut fra denne forståelsen kan trekkes at rett til opplæring er en rett på barnets hånd (bokstav a), at alle elever/studenter ve og vel skal ivaretas (bokstav b), at opplæringens siktemål er å realisere også andre menneskerettigheter (bokstav c), og at barrierer som motarbeider en slik realisering må fjernes ved proaktive tiltak (bokstav d).

Det legges altså i denne forståelsen ingen føringer for hvordan opplæringen nærmere skal gjennomføres overfor elever med nedsatt funksjonsevne.

I det etterfølgende avsnitt 11 tydeliggjør komiteen hva som skiller ekskludering, segregering, integrering og inkludering.

Exclusion occurs when students are directly or indirectly prevented from or denied access to education in any form. Segregation occurs when the education of students with disabilities is provided in separate environments designed or used to respond to a particular or various impairments, in isolation from students without disabilities. Integration is a process of placing persons with disabilities in existing

mainstream educational institutions, as long as the former can adjust to the standardized requirements of such institutions. Inclusion involves a process of systemic reform embodying changes and modifications in content, teaching methods, approaches, structures and strategies in education to overcome barriers with a vision serving to provide all students of the relevant age range with an equitable and participatory learning experience and environment that best corresponds to their requirements and preferences. Placing students with disabilities within mainstream classes without accompanying structural changes to, for example, organisation, curriculum and teaching and learning strategies, does not constitute inclusion. Furthermore, integration does not automatically guarantee the transition from segregation to inclusion.

I de etterfølgende avsnittene følges disse synspunktene opp med et helhetsperspektiv på opplæring med formål å sikre inkludering i den forstand som framgår av avsnitt 11. I avsnitt 12 til 17 vises til KFR art. 24 nr. 1 som jeg i punkt 4.3 har vurdert til å måtte forstås som målangivelser for inkluderende opplæring.

Til KFR art. 24 nr. 2 understrekes på nytt at ekskludering av elever med funksjonsnedsettelse ikke må finne sted, og at det må legges til rette for ivaretagelse av de «fire A'er» (Availability, Accessibility, Acceptability, Adaptability), se avsnitt 18 til 27. I avsnitt 28 kommer komiteen inn på grensen mellom alminnelig tilgjengelighet og individuell tilrettelegging:

The Committee reiterates the distinction between the general accessibility duty and the obligation to provide reasonable accommodation. Accessibility benefits groups of the population and is based on a set of standards that are implemented gradually. Disproportionality or undue burden cannot be claimed to defend the failure to provide accessibility. Reasonable accommodation relates to an individual and is complementary to the accessibility duty. An individual can legitimately request reasonable accommodation measures even if the State party has fulfilled its accessibility duty.

I de etterfølgende avsnittene følges disse synspunktene opp ved at komiteen understreker betydningen av tilrettelagt undervisning, og at det ikke er noe «one size fits all»-tilnærming til dette (avsnitt 30). I avsnitt 35 går komiteen inn på de spesielle behovene til nærmere bestemte grupper, og hvordan ulike utfordringer best kan møtes. Dette gjelder blinde og svaksynte elever (bokstav a), døve og hørselshemmede elever (bokstav b), blinde, døve og døvblinde elever (bokstav c), elever med kommunikasjonsutfordringer (bokstav d), elever med sosialt begrunnede kommunikasjonsutfordringer (bokstav e) og elever med kognitive funksjonsnedsettelse (bokstav f).

I *Hovedavsnitt III* tar komiteen opp statenes forpliktelser til å respektere, beskytte og innfri de mange utfordringer som oppstår ved den brede tilnærmingen komiteen har lagt i sin forståelse av inkluderende opplæring (avsnitt 39). Dette må etter avsnitt 40 skje raskt og effektivt («expeditiously and effectively»).

I *Hovedavsnitt IV* ses utfordringene som pliktene etter art. 24 reiser for statene i relasjon til utfordringer i andre artikler i KFR. Særlig blir det pekt på retten til å bli boende i lokalsamfunnet (avsnitt 52), sikring av nødvendige transporttjenester (avsnitt 53), og at elever med behov for særlige tiltak, for eksempel begrunnet i ulike helseforhold, skal kunne få dekket behovet for slike innenfor opplærings situasjonen (avsnitt 55).

Et av formålene med opplæring må være at elever/studenter etter hvert får kvalifikasjoner som gjør dem i stand til å delta på arbeidsmarkedet (avsnitt 56).

I *Hovedavsnitt V* oppstiller komiteen krav til statene for at de skal kunne følge opp de ganske omfattende tiltakene som komiteen mener følger av KFR art. 24. Det understrekes at ansvaret for all opplæring bør samles i ett departement og ikke deles med departementer som har

ansvar for helse eller sosiale utfordringer mv. (avsnitt 60), og dette selv om gjennomføringen må skje i tverrsektorielt samarbeid (avsnitt 61). Sikringen av en slik politikk vil kreve et omfattende og koordinert lovarbeid (avsnitt 63) som må omfatte en *klar definisjon* av hva som skal forstås med «inkludering» (bokstav b), at det gis materielle opplæringsrettigheter (bokstav c) samt at det oppstilles en rekke krav til utforming av skolebygg, utarbeiding av opplæringsmateriell og ulike planplikter for lokale myndigheter (bokstav d til m).

Komiteen synes å se få utfordringer ved de mange krav som oppstilles. Det heter for eksempel i avsnitt 74: «With appropriate teaching methodologies, support and accommodations, all curricula can be adapted to meet the needs of all students, including those with disabilities.»

GC 4/2016 inneholder, i tillegg til de siterte avsnittene, også klare føringer for et nødvendig samarbeid mellom myndighetene på den ene side og personer med funksjonsnedsettelse og deres organisasjoner på den andre siden. Barnekomiteen og KFR-komiteen har innledet et samarbeid om felter som barns rett til deltakelse. Barnekomiteens innspill om at barn med funksjonsnedsettelse skal involveres direkte, og ikke bare få sine interesser ivaretatt gjennom foreldreorganisasjonene, ble tatt hensyn til i KFR-komiteens GC 7/2018 om deltakelse av personer med funksjonsnedsettelse, herunder barn med funksjonsnedsettelse, gjennom deres representative organisasjoner.⁹⁹

4.4.3 En kort vurdering av innholdet i GC 4/2016

GC 4/2016 er et dokument som er av ideologisk karakter og preget av en idealistisk tilnærming der verken ressursmessige begrensninger for å oppnå målene i KFR art. 24, eller ulike fagholdninger eller foreldreholdninger avspeiles.

På svært få punkter bærer dokumentet preg av avveininger eller at det er mulig å vurdere ulike fagutfordringer på ulike måter.

Særlig er det påfallende at dokumentet i så stor utstrekning synes å ta for gitt at det ikke finnes ressursmessige begrensninger på statenes side, verken av økonomisk karakter eller hva gjelder tilgang til fagfolk for å kunne realisere de oppstilte målsetningene som er nedfelt i GC 4/2016. Bare et mindretall av FNs medlemsland som har ratifisert konvensjonen, vil innen overskuelig framtid ha mulighet til å realisere innholdet i det som komiteen forstår med «inkluderende utdanning».

FNs barnekomité anslo i 2006 at det var om lag 500-650 millioner personer med funksjonshemming i verden, og av disse var 150 millioner barn.¹⁰⁰ Senere har FN oppjustert antallet til over en milliard.¹⁰¹ Mer enn 80 prosent av disse lever i utviklingsland og har liten eller ingen tilgang til verken offentlige eller private tjenester for å møte deres særlige behov. Det store flertallet er analfabeter fordi de ikke går på skole eller har mottatt annen opplæring i

⁹⁹ CRPD/C/GC/7 on the participation of persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations, in the implementation and monitoring of the Convention, se særlig avsnitt 11, 12 (f) og 24 til 26, og personlig meddelelse fra Kirsten Sandberg, medlem av FNs barnekomite, datert 21. november 2018.

¹⁰⁰ Dette framgår av FNs barnekomité's General Comment No. 9 (2006) *The rights of children with disabilities*. Denne konvensjonen har også enkelte uttalelser om opplæringsspørsmålet. Jeg kommer tilbake til disse i punkt 6.3.

¹⁰¹ Personer med nedsatt funksjonsevne og utfordringene framover var tema for Høynivåuken i FN september 2013; «High Level Meeting on disability and Development. The way forward: a disability inclusive development agenda towards 2015 and beyond». Der ble disse tallene lagt fram.

lokalsamfunnet. Verdens helseorganisasjon (WHO) har anslått at bare én prosent av barn med funksjonshemninger deltar i regulære opplæringstiltak.

Med så mange stater som har ratifisert Barnekonvensjonen og etter hvert også KFR, vil antallet barn med alvorlige funksjonsnedsettelse som vil møte et mer åpent opplæringsystem heldigvis måtte stige i årene framover.

Dessverre er det fortsatt en sannhet at hovedårsakene til funksjonshemming i den tredje verden – for eksempel underernæring, traume og krig samt smittsomme sykdommer – i stor grad kan forebygges eller bremses, og da ved bruk av politiske virkemidler. Også helserettede tiltak som barnevaksinasjoner og bruk av prevensjonsmidler som samtidig forhindrer overføring av seksuelt overførbare sykdommer, er viktig for å motarbeide alvorlige funksjonsnedsettelse.

Barn med funksjonsnedsettelse skal selvfølgelig ikke kunne ekskluderes fra grunnleggende opplæringstilbud, og dette prinsippet er fastslått i KFR art. 1 og 2. Art. 3 og 4 som gjelder tilpasset undervisning for bestemte persongrupper, vil være en faglig utfordring for stater med en viss økonomisk styrke og med fungerende lokalsamfunn som kan følge opp forpliktelsene om bruk av punktskrift, tegnspråk og andre alternative og supplerende kommunikasjonsformer i grunnutdanningen. Dette er jo situasjonen i Norge.

Det er derimot vanskelig å se for seg at disse oppstilte kravene i nær framtid vil kunne imøtekommes overfor de mer enn 80 prosent av barna som lever i utviklingsland eller i andre utsatte situasjoner som flyktningeleirer, avgrensede ghettoer basert på etnisitet mv.

GC nr. 14 tar, etter overskrift og synspunktene i Hovedavsnitt II *Normative content of article 24*, sikte på å gi nærmere anvisning på hvordan bestemmelsene i KFR art. 24 skal forstås, herunder også hvordan andre artikler vil kunne ha betydning for forståelsen av utdanningsrettigheter.

Det er imidlertid ikke bare en forståelse av de grunnleggende kravene i KFR art. 24 som avspeiles i dokumentet, men en markert utvidelse av krav til statene basert på komiteens vurderinger av hva som kanskje «burde» eller «skulle» vært vedtatt i konvensjonsteksten.

I mange av de klare føringene for statenes utdanningspolitikk anvendes riktignok en ikke-bindende form, i form av «should be» eller «States parties should take», men også formene «must be» og «must have» blir anvendt, ofte uten at det er klart om det er et bevisst forhold til graden av normativitet i utsagnene. Dette gjelder forståelsen av KFR art. 24 nr. 2, se GC 4/2016 avsnitt 15 til 20.

Det skal samtidig understrekes at komiteen i GC 4/2016 presenterer en rekke gode tilnærminger for å sikre individuelt tilpasset undervisning til personer med særlige utfordringer. Det kan synes uklart hvorvidt dette skal anses som anbefalinger eller om de skal anses som mer bindende utmeislinger av innholdet i KFR art. 3. I avsnitt 35 redegjøres nærmere for statens forpliktelser overfor de oppregnede gruppene (se punkt 4.4.2) best kan møtes, dvs. elever som er blinde eller svaksynte, døve eller sterkt hørselshemmede, døvblinde, eller elever med kognitive funksjonsnedsettelse eller med ulike former for kommunikasjonsutfordringer. Her er det normative preget tydelig ved at det i alle bokstavene, knyttet til ulike funksjonsnedsettelse, anvendes formen «must be provided with».

Det samme gjelder hva som framgår om statsforpliktelsene etter KFR art. 24 i GC 4/2016 Hovedavsnitt III *Obligations of State parties* og Hovedavsnitt V *Implementation at the national level*.

Hvilke forpliktelser Norge får av disse rettighetspregede utlegningene i GC 4/2016 av innholdet i KFR art. 24, er tema for punkt 4.4.4.

4.4.4 Rettskildevekten i norsk rett av synspunktene i GC 4/2016

Traktatteksten – og en naturlig forståelse av denne – i KFR art. 24 er folkerettslig bindende for Norge, se punkt 4.2. Spørsmålet er om tolkningsresultater og en eventuelt utvidet forståelse av traktatteksten i GC 4/2016 har tilsvarende bindende kraft. Dette rettslige spørsmålet, dvs. hvilken rettskildemessig vekt som kan tillegges komiteuttalelser fra konvensjonsorganer, er behandlet av Høyesterett ved flere anledninger.

Det ble for eksempel i Maria-dommen (HR-2015-00206-A) lagt stor vekt på den forståelsen som barnekomiteen hadde gitt uttrykk for i General Comment No. 14 (2013) vedrørende «barnets beste som et grunnleggende hensyn». Det framgår at dette skyldes at komiteens uttalelse bar bud om bredde og kvalitet i tilnærmingen når førstvoterende (avsnitt 64) fastslår at barnekomiteen har

redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke tolkningsspørsmål. Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd.

Den samme kvaliteten synes ikke å prege General Comments fra KFR-komiteen,¹⁰² ut fra uttalelser i høyesterettsavgjørelser og i stortingsdokumenter. I denne sammenhengen er det mest naturlig å ta utgangspunkt i den ganske utførlige drøftelsen om spørsmålet i den førnevnte vergemålsdommen (HR-2016-2591-A), der vergemålsloven § 22 ble funnet å være i strid med KFR art. 12 ut fra forståelsen i GC nr. 1/2014 fra KFR-komiteen, og der norsk rett like fullt ble gitt forrang.¹⁰³

I avsnitt 46 presenterer førstvoterende KFR, hvoretter det i avsnitt 47 fastslås at konvensjonen ikke er inkorporert i norsk rett, og videre: «Grunnloven § 92 er ikke noen inkorporasjonsbestemmelse, men pålegger myndighetene å håndheve menneskerettskonvensjoner på det nivå de er gjennomført i norsk rett», med henvisning til plenumsdommen HR-2016-2554-P, avsnitt 70.

Videre fastslås i avsnitt 48 at presumsjonsprinsippet tilsier at «vergemålsloven § 22 så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser».

I avsnitt 49 til 52 tydeliggjøres den aktuelle motstriden når personer etter KFR ikke kan fratras sin rettslige handleevne, mens dette kan skje etter vergemålsloven. Norske myndigheter la til

¹⁰² KFR-komiteen har per juni 2019 avgitt 7 General Comments (GC): GC nr. 1 *Article 12: Equal recognition before the law* (2014); GC nr. 2 *Article 9: Accessibility* (2014); GC nr. 3 *Article 6: Women and girls with disabilities* (2016); GC 4/2016 *Article 24: Right to inclusive education* (2016); GC nr. 5 *Article 19: Right to independent living* (2017); GC nr. 6 *Article 5: Equality and non-discrimination* (2018); GC nr. 7 *Article 4.3 and 33.3: Participation with persons with disabilities in the implementation and monitoring of the Convention* (2018).

¹⁰³ Høyesterett kom til at en kvinne som var psykiatrisk pasient, skulle fratras sin rettslige handleevne i økonomiske forhold, og da i strid med forståelsen i GC nr. 1. Dommen var enstemmig hva gjaldt dette rettsgrunnlaget, men dommerne delte seg 3-2 i subsumjonsspørsmålet.

grunn at KFR, som på det tidspunkt ennå ikke var ratifisert, ikke ville være til hinder for å frata den rettslige handleevnen også i visse personlige spørsmål. Standpunktet ble tydeliggjort ved en erklæring avgitt ved ratifikasjonen, og da betinget av at beslutning om slik fratakelse ville oppfylle kravet til forholdsmessighet i KFR art. 12. nr. 4.

I avsnitt 53 fastslås at motstriden først ble tydeliggjort da KFR-komiteen i GC nr. 1 la til grunn en mer restriktiv forståelse av KFR art. 12. Etter først å ha tydeliggjort motstriden, følger så (avsnitt 55 til 58):

Komiteen har etter artikkel 36 til oppgave å gjennomgå rapportene den mottar fra statene tilsluttet konvensjonen og å legge frem «de forslag og generelle anbefalinger om rapporten som den anser hensiktsmessig». Det er altså ikke formulert noe direkte tolkningsmandat. Men for å kunne utføre de pålagte oppgavene må komiteen nødvendigvis tolke konvensjonen.

I stortingsmeldingen om Norges eventuelle tilslutning til individklageordningen under blant annet FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, har man fra norsk side oppfattet KFR slik at komiteen mener fratakelse av rettslig handleevne er konvensjonsstridig. Departementet uttaler seg i meldingen kritisk til en slik konvensjonstolkning og peker på komiteens manglende drøftelse av de uheldige konsekvenser uinnskrenket rettslig handleevne vil få for aktive vergetrengende, jf. Meld. St. 39 (2015–2016) side 56 flg. Det vises også til at Norges tolkning av artikkel 12 er i samsvar med en utbredt forståelse blant statene som er part i konvensjonen. Komiteens tolkning på et punkt som dekkes av tolkningserklæringen, inngår da også i begrunnelsen for forslaget til Stortinget om at Norge ikke bør slutte seg til konvensjonens individklageordning, jf. stortingsmeldingen side 62 flg. Meldingen er for tiden til behandling i Stortinget.

Det er på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende, jf. Rt. 2009 side 1261 avsnitt 41 (Sri Lanka). Synspunktet er senest lagt til grunn i Rt. 2015 side 1388 avsnitt 151 (lengeværende barn II). Samtidig er det klart at slike uttalelser kan ha betydelig vekt som rettskilde, jf. Rt. 2008 side 1764 avsnitt 81 om konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité, eventuelt vekt etter en mer sammensatt og konkret vurdering, jf. Rt. 2015 side 1388 avsnitt 151 flg. med ytterligere henvisninger.

Det er imidlertid – slik foreliggende sak ligger an – ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på vekten av uttalelsene fra KFR. Dette har sammenheng med at den norske tolkningserklæringen til artikkel 12 etter mitt syn må føre til at konvensjonen får begrenset betydning når rekkevidden av vergemålsloven § 22 andre ledd skal fastlegges i lys av folkeretten.

Som rettslig utgangspunkt – og ytterligere underbygd i disse relativt klare uttalelsene fra Høyesterett – har ikke GC fra KFR-komiteen bindende kraft i norsk rett når konvensjonsbestemmelser skal tolkes. Videre vil det i motstridstilfeller være relevant å legge vekt på at et klart Stortingsflertall blant annet begrunnet motstanden mot å ratifisere tilleggsprotokollen om individuell klagerett til KFR-komiteen med at «komiteen på enkelte områder synes å tolke konvensjonen på en vidtrekkende måte som ikke er i samsvar med Norges og de andre statspartenes forståelse», se sitatet fra Innst. 161 S (2016–2017) gjengitt i punkt 4.1.

Tilsvarende vidtrekkende tolkninger er også foretatt av komiteen når det gjelder mulighet for å anvende tvangsmessige tiltak i psykisk helsevern i tråd med reguleringen i psykisk helsevernloven. Dette spørsmålet ble framlagt for Høyesterett i HR-2016-01286, i en dom som gjaldt krav om utskrivning fra tvungent psykisk helsevern. I den enstemmige dommen ble det i den sammenhengen uttalt følgende (avsnitt 29):

Det materialet som er fremlagt for Høyesterett med hensyn til hvilke føringer og begrensninger konvensjonen om personer med nedsatt funksjonsevne gir for tvangsinnleggelse og tvangsbehandling av psykisk syke, er fragmentarisk, flertydig og i noen grad også motstridende. Ikke minst er rekkevidden av den sentrale bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 b usikker, når den sier at «the existence of a disability shall in no case justify deprivation of liberty», jf. nærmere Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* (2016) side 460–469.

Det vil derfor være vanskelig å se at statens folkerettslige forpliktelser som kan utledes av KFR art. 24, blir utvidet gjennom de mange uttalelser om plikter og rettigheter som framkommer i GC 4/2016. I utgangspunktet vil ikke borgerne kunne utlede individuelle rettigheter av folkerettslige forpliktelser.

Mulige rettighetskrav vil stå desto svakere når kravene ikke kan utledes av selve konvensjonsteksten, men av en KFR-komiteens vidtrekkende tolkningsuttalelse om hva som følger av – eller ligger i en naturlig forståelse av – KFR art. 24. I 2009-dommen avsnitt 41 og gjentatt i Rt. 2015 s. 1388 framgår: «Det er ... på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende.»

Det er derfor vanskelig å se at GC 4/2016 gir personer med funksjonsnedsettelse en styrket stilling i norsk rett på opplæringsfeltet utover det som følger av internrettslig rett, så lenge denne ikke er i strid med de grunnleggende prinsippene som er fastlagt i konvensjonsteksten i KFR art. 24.

Heller ikke vil statens plikter på ulike områder om å gjennomføre «affirmative action» der dette synes å være et krav etter GC 4/2016, føre til at det kan utledes individuelle rettigheter i norsk intern rett.

På området utdanning er altså utgangspunktet at det bare er en naturlig forståelse av selve konvensjonsteksten i KFR art. 24 som er folkerettslig bindende. Dette innebærer at den utvidelsen av rettigheter og plikter som synes utledet ved de mange – og dels vidtrekkende – tolkningene som er nedfelt i forståelsen i GC 4/2016, ikke er folkerettslig bindende. Men dette innebærer ikke at det i norsk rett ikke kan tas hensyn til de mange vurderinger og råd som gis i GC 4/2016 om hvordan konvensjonspartene bør forstå KFR det nærmere innholdet i bestemmelsene i KFR art. 24.

Statene har et vidt handlingsrom for oppfyllelse av selve konvensjonsforpliktelsene som følger av KFR art. 24. En utvidende fortolkning av bestemmelsene gjennom komitéuttalelser i GC 4/2016 er ikke folkerettslig bindende for statene, selv om enkelte av utsagnene i komitéuttalelsen er gitt et normativt preg som kan tyde annerledes, se også punkt 4.6.

4.5 Rapportering om forholdene for personer med nedsatt funksjonsevne i Norge

4.5.1 Innledning

Norge er forpliktet til å avlegge rapporter til KFR-komiteen for å dokumentere oppfyllelsen av våre folkerettslige plikter. Første landrapport ble som nevnt avgitt i 2015. Parallelt avga LDO, som tilsynsinstans, sin «tilsynsrapport» om hvordan LDO oppfatter at rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne *ikke* blir oppfylt i Norge.¹⁰⁴ Statsrapporten og tilsynsrapporten fra LDO presenteres i punkt 4.5.2.

I punkt 4.5.3 presenteres KFR-komiteens foreløpige tilbakemeldinger med enkelte utdypende spørsmål til norske myndigheter.

¹⁰⁴ CRPD 2015: *Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne - et supplement til Norges første periodiske rapport.* – Rapporten kan leses her: <https://www.ldo.no/nyheter-og-fag/brosjyrar-og-publikasjonar/rapporter/crpd-rapport-2015/>

Til sammen 125 ulike organisasjoner for personer med nedsatt funksjonsevne utarbeidet før møtene Norges møter med KFR-komiteen i 2019 også en egen «skyggerapport» der de anførte at myndigheten på mange felt ikke opptrådte i samsvar med forpliktelsene etter KFR, se punkt 4.5.4.

Etter møtene avga KFR-komiteen sine avsluttende kommentarer til Norges statsrapport og vurderinger av den rettslige og faktiske situasjonen i Norge for personer med nedsatt funksjonsevne. Dette er tema i punkt 4.5.5.

Noen korte oppsummerende kommentarer følger i punkt 4.5.6

4.5.2 Statsrapporten og LDOs supplerende rapport

Norge leverte som nevnt sin første statsrapport i 2015.¹⁰⁵ Denne er disponert etter konvensjonen slik at myndighetenes redegjørelse for Norges lovgivning og praksis følger KFR artikkel for artikkel. Det er redegjort for oppfyllelsen av forpliktelsene etter KFR art. 24 på s. 58-64. Her klargjøres gjeldende rett, og det gis en oversikt over opplæringstilbudene fra barnehage til høyere utdanning, generelt og for personer med nedsatt funksjonsevne. Også tilbudet til personer med nedsatt funksjonsevne etter fylte 26 år er kort presentert.

Av verdigrunnlaget for utdanningssektoren pekes på prinsippet om inkludering. Dette prinsippet utvikles på denne måten (s. 58):

I et demokratisk samfunn forutsettes det at alle får anledning til å utnytte sine utviklingsmuligheter. Dette forutsetter igjen at vi må legge til rette for at alle kan få utnyttet sitt potensial for læring. Det er dette som ligger til grunn for prinsippet om tilpasset opplæring. Den inkluderende barnehage og skole er basert på verdier og et menneskesyn med grunnleggende respekt for menneskerettighetene og menneskers likeverd. Dette verdigrunnlaget er nedfelt i formålsparagrafen for både barnehage og skole. I den enkelte barnehage og skole betyr inkludering at man aktivt tar hensyn til barn og unges ulike forutsetninger og evner, både i organisering og pedagogikk. Derfor forutsetter opplæringsloven at utdanningssystemet skal være likeverdig og tilpasset den enkeltes evner og forutsetninger. Når en elev i grunnskolen eller elev, lærling eller lærerkandidat i videregående skole ikke har eller kan få et tilfredsstillende utbytte av det ordinære opplæringstilbudet, har eleven eller lærerkandidaten rett til spesialundervisning. Dette inkluderer nødvendig opplæring i alternativ og supplerende kommunikasjon.

I denne sammenhengen synes det unødig å gå nærmere inn på gjeldende rett på opplæringsområdet. I tråd med forståelsen av KFR i GC 4/2016 avsnitt 58 er det politiske ansvaret for all lovgivning på feltet samlet i ett departement (Kunnskapsdepartementet).

Det synes ikke i dag å foreligge vesentlige avvik i den rettslige situasjonen sett i relasjon til en rimelig forståelse av KFR art. 24, heller ikke i relasjon til den utvidede forståelsen som framkommer i GC 4/2016. I «skyggerapporten» fra NGO'ene pekes riktignok på manglende oppfølging i praksis av denne lovgivningen, se punkt 4.5.4.

Ut fra oppdraget skal det lovmessige handlingsrommet utredes, og da ut fra de folkerettslige forpliktelsene som foreligger. Som påpekt i punkt 4.1 til 4.4 er det da forpliktelsene som følger av KFR art. 24 som må oppfattes som folkerettslig bindende. Tilsvarende forpliktelser foreligger ikke ved en utvidende forståelse av konvensjonsforpliktelsene der slike plikter bare

¹⁰⁵ I norsk språkdrakt heter den: *FN konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) – Norges første rapport*. Rapporten er på 84 sider. Den er tilgjengelig her: <https://www.regjeringen.no/contentassets/26633b70910a44049dc065af217cb201/norges-rapport-konvensjon-om-rettighetene-til-mennesker-med-nedsatt-funksjonsevne.pdf>

synes å framgå av utlegningene i GC 4/2016 uten sikker støtte i konvensjonsteksten, se punkt 4.4.4.

Også LDOs rapport som tilsynsinstans ble oversendt komiteen i 2015. Denne har et sterkt forord, der utfordringene for mennesker med funksjonsnedsettelse i Norge ble utformet blant annet på denne måten:

Får du en psykisk lidelse, risikerer du å bli tvangsmedisinert og lagt i belter. Sitter barnet ditt i rullestol, kan hun bli sendt til en skole langt unna vennene sine. Som funksjonshemmet får du ikke tilgang til en rekke varer og tjenester. Du møter omfattende barrierer i arbeidslivet. Og du risikerer å bli utsatt for hets, trakassering og hatkriminalitet, bare fordi du er den du er.

Hvorfor er det sånn? Hvorfor tillater vi at funksjonshemmedes menneskerettigheter brytes så systematisk, så ofte, og så brutalt?

Svaret er like vondt som det er enkelt: Vi tillater bruddene fordi vi fremdeles ser på mennesker med nedsatt funksjonsevne som en produksjonsfeil. Paradigmeskiftet, som vi skriver mye om i denne rapporten, har bare skjedd på papiret. Myndighetene våre tror fremdeles det er funksjonsevnen, ikke diskrimineringen, som gjør folk funksjonshemmet. De ser ikke at feilen sitter i samfunnet. I våre fordommer og barrierer. I oss.

Rapporten har ni hovedavsnitt, nummerert som følger: 1. Premissene for KFR i Norge; 2. Kunnskap og dokumentasjon; 3. Rett til frihet, personlig sikkerhet og likeverdige helsetjenester for personer med psykososiale funksjonsnedsettelse; 4. Frihet fra tvang overfor personer med utviklingshemming og personer med demens; 5. Rett til rettslig handleevne. Vergemål; 6. Frihet fra vold og overgrep. Frihet fra hets, trakassering og hatkriminalitet; 7. Rett til arbeid og sysselsetting; 8. Rett til tilgjengelighet. Universell utforming av eksisterende bygg, med skolebygg som eksempel; 9. Rett til tilgang til informasjon, varer og tjenester.

Stor vekt er som det framgår lagt på frihet fra statlige tvangsinngrep overfor klient- og brukergrupper, samt på frihet fra vold, hets og trakassering.

Opplæringsspørsmål berøres mest i samband med nødvendig opplæring av ansatte i helse- og omsorgssektoren, i politiet og av verger for å sikre ivaretagelsen av integritet, verdighet og selvbestemmelse for personer med nedsatt funksjonsevne.

Det lille som står om egentlige opplæringsspørsmål rettet mot personer med nedsatt funksjonsevne, finnes i avsnitt 7 om «rett til arbeid og sysselsetting»:

For personer med nedsatt funksjonsevne har graden av utdanning større betydning for sysselsetting enn for den øvrige befolkningen. Utdanningsnivået er klart lavere i denne gruppen. 41 prosent har grunnskoleutdanning som sin høyeste utdanning, og kun to av ti har fullført minst ett år utdanning på høyere nivå.¹⁰⁶ Barrierer innenfor utdanningssystemet er manglende universell utforming og mangel på tilpasset opplæring eller individuell tilrettelegging. En rapport fra Likestillingssenteret finner at elever med nedsatt funksjonsevne er særskilt utsatt for trakassering og mobbing, og at dette har konsekvenser for fullføring av skolegang.¹⁰⁷

¹⁰⁶ J. Ramm og B. Otnes: «Personer med nedsatt funksjonsevne. Indikatorer for levekår og likestilling» *Rapporter SSB* nr. 8/2013.

¹⁰⁷ E. Kjeldstadli Hatlestad og V. Mathisen Olsvik: «Barrierefrie utdanningsvalg for elever med funksjonsnedsettelse? Om hvordan elever med nedsatt funksjonsevne og rådgivere i videregående skole i Hedmark og Oppland vurderer tilrettelegging, rådgiving og muligheter for høyere utdanning» *Likestillingssenterets rapport* nr. 1/2014.

Som det framgår av den gjengitte innholdsoversikten i LDOs rapport til KFR-komiteen handler avsnitt 9 særlig om spørsmål knyttet til utformingen av skolebygg ut fra krav til universell utforming. Oppsummeringsmessig uttales i rapporten om dette:

Ombudet mener at det er klare holdepunkter for å kunne si at staten ikke er på vei til å nå målsettingen om et universelt utformet samfunn innen 2025, særlig når det gjelder skoler og undervisningsbygg. Selv om det løpende foretas rehabilitering av skoler, gjenstår det store utfordringer knyttet til å sikre at alle grunn- og videregående skoler er tilgjengelige. Det er behov for betydelige tiltak og midler for at staten skal kunne oppfylle sine forpliktelser etter KFR. De forespeilede forskriftene for systematisk oppgradering av kategori bygg, hvor undervisningsbygg er foreslått prioritert, har ennå ikke blitt vedtatt.

Ombudet er bekymret for elever som utestenges fra både sosialt og faglig fellesskap med andre på grunn av utilgjengelige inngangspartier og undervisningsrom. Dermed skilles disse elevene fra søsken og venner i sin skolehverdag. I tillegg tilbringer en større andel av funksjonshemmede elever tiden på transport til og fra skolen sammenlignet med andre elever fordi deres nærskole ikke er tilgjengelig. Elever uten funksjonsnedsettelse påvirkes også av situasjonen ved at de tidlig lærer at elever forskjellsbehandles kun på grunn av sin funksjonsevne, og slik opprettholdes eksisterende stereotyper og fordommer om funksjonshemmede i samfunnet.

Uforholdsmessigheten i DTL [den daværende diskriminerings- og tilgjengelighetsloven] skal vurderes etter tilretteleggingens effekt på det å nedbygge funksjonshemmende barrierer, hvorvidt virksomhetens alminnelige funksjon er av offentlig art, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen, virksomhetens ressurser, sikkerhetsmessige hensyn og vernehensyn. Ombudet vil her vise til Ot.prp. nr. 44 og DTL § 13 hvor det presiseres at tilretteleggingens effekt er et særlig viktig moment i uforholdsmessighetsvurderingen.

Tilgjengelighet til skolebygg og tilretteleggingsspørsmål generelt er sentrale utfordringer som jeg kommer tilbake til vedrørende oppfølgingen av tilretteleggingspliktene etter likestillings- og diskrimineringsloven, se punkt 5.3.4.

For øvrig går ikke LDO i rapporten inn i spørsmål knyttet til opplærings situasjonen for personer med nedsatt funksjonsevne.

4.5.3 Oppfølgingsspørsmål fra komiteen

De mange spørsmålene fra KFR-komiteen før de avsluttende møtene med myndighetene gjaldt ulike utfordringer knyttet til oppfyllelsen av flere av artiklene i KFR, og der komiteen ønsket å få visse forhold bedre belyst.¹⁰⁸

Bare i begrenset utstrekning ble det reist spørsmål knyttet til KFR art. 24. Disse spørsmålene var utformet slik:

Education (art. 24)

19. Please provide updated information on:

- (a) Measures taken to guarantee that teachers, specialists, auxiliary staff and have the necessary qualifications, competences and pedagogical capabilities and awareness raising of children and parents with children with or without disabilities for the inclusion of children and persons with disabilities in the mainstream education system;
- (b) National and local initiatives to provide reasonable accommodation for students with disabilities in mainstream educational institutions;

¹⁰⁸ Dokumentet kalt *Advance Unedited Version*, dater 1. oktober 2018. Kan leses her: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fNOR%2fQ%2f1&Lang=en

(c) Measures taken to provide adapted learning environments for persons and children with disabilities in mainstream schools, including to those who are deaf, deafblind or hard of hearing.

Det ble videre bare i begrenset utstrekning reist spørsmål av betydning for denne betenkningen knyttet til øvrige bestemmelser i KFR. Et unntak her var:

Liberty of movement and nationality (art. 18)

15. Please provide information on policies, programs and accessible language courses, including sign language, that aim at the integration of migrants, asylum seekers and refugees with disabilities.

Svarene fra norske myndigheter ved Kunnskapsdepartementet er ikke samlet og tilgjengeliggjort utover den innledende presentasjonen fra delegasjonslederen til komiteen. Her heter det blant annet:

Inclusion is the basic principle and goal of the government's educational policy. It targets private and public kindergartens, public schools and private schools with state funded support. This means that children from different backgrounds and with different needs and abilities come together in the same kindergartens and schools.

The goal is an education system of high quality for all, and that each child is met with high expectations, which can be adapted to the circumstances and abilities of each child.

Kindergartens shall take account of children's age, level of functioning, gender, and social, ethnic and cultural background. Children with disabilities are entitled to priority for admission to kindergarten. Inclusion in kindergarten is also about facilitating social participation.

In schools, education shall be adapted to the abilities and aptitudes of the individual pupil, apprentice and training candidate. Pupils shall normally not be organised according to level of ability, gender or ethnic affiliation.

Norway has a strategy for recruitment of staff and for raising competence among teachers and other staff in kindergartens.

The Government will present a White Paper to the Parliament in the autumn 2019, on early intervention and inclusive communities in kindergartens and schools. Policies for strengthening high quality inclusive education will be presented.

Som det framgår, legges stor vekt på å understreke at norsk opplæringspolitikk er i tråd med forståelsen av «inclusive education» slik dette legges til grunn i KFR art. 24 og GC 4(2016).

4.5.4 Skyggerapporten fra organisasjoner for personer med funksjonsnedsettelse

I alt 125 samarbeidende organisasjoner oversendte KFR-komiteen hva som i forordet omtales som «The civil society's alternative report to the UN on Norway's implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (KFR)». ¹⁰⁹ Rapporten tar opp forhold vedrørende alle KFRs artikler, og disposisjonen følger artikkelrekkefølgen ¹¹⁰ Avslutningsvis i statsrapporten framgikk at denne var varslet: «Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon er gitt oppdraget med å koordinere arbeidet med utarbeidelse av skyggerapport».

¹⁰⁹ Det framgår av forordet at «The Civil Society Coalition Norway» består av fire paraplyorganisasjoner og ytterligere ti andre organisasjoner. I rapporten er medtatt en liste over alle organisasjonene. Rap

¹¹⁰ The Civil Society Coalition Norway 2019 joint Submission from 125 DPOs/NGOs. Kan leses her: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRPD/Shared%20Documents/NOR/INT_CRPD_CSS_NOR_33866_E.docx

Det er et stort fotnoteapparat knyttet til skyggerapporten.¹¹¹ I rapporten er det ti nummererte avsnitt (98 til 107) etterfulgt av seks anbefalinger (A til F). knyttet til «Education» og KFR art. 24.

I rapporten anføres at opplæringslovas rettigheter om tilpasset undervisning ikke blir oppfylt i mange lokalsamfunn. Det er store mangler vedrørende tilgjengeligheten til skolebygg, og dette medfører segregert undervisning. Myndighetene har heller ikke gitt kommunene bindende pålegg med en tidsfrist for *når* skolebygg skal være tilgjengelige. Her knytter rapporten seg til informasjonen i LDOs tilsynsrapport.

Videre fastslås at personer med funksjonsnedsettelse har et lavere utdanningsnivå enn befolkningen ellers, og særlig gjelder dette personer med mobilitets- eller psykososiale funksjonsnedsettelse. Studenter i høyere utdanning møter fysiske, pedagogiske og sosiale barrierer på høyskoler og universiteter. Dette resulterer i langt lavere prosentandel med slik utdanning enn i den øvrige befolkningen.

På videregående skole gis elever med kognitive funksjonsnedsettelse separat undervisning, og ofte foreligger ikke egnede lærebøker. Læringsopplegget bærer (for mye?) preg av arbeidstrening og opplæringen vektlegger i begrenset utstrekning mer teoretiske ferdigheter.

Elever med kognitive funksjonsnedsettelse får ikke karakterer i visse fag, og får derved ikke vitnemål om avsluttet skolegang og derved ikke adgang til høyere utdanning.

Retten til undervisning i tegnspråk for døvblinde, døve og elever med hørselsnedsettelse blir ikke ivaretatt i tilstrekkelig grad. Døvblinde og elever med synsnedsettelse blir segregert i skolehverdagen.

Videre påpekes at i 2018 mottok 4138 elever undervisningen på spesialskoler eller på andre måter ute av det ordinære klasserommet, og det anføres at dette er det høyeste tallet noensinne. Hele 49.755 elever mottok ulike former for spesialundervisning og mer enn 6000 av disse fikk separat tilbud. Det fremmes ikke synspunkter på hvilken informasjonsverdi disse tallene gir.

To av tre barn med synsnedsettelse og en av fire barn med hørselshemninger er blitt mobbet på skolen.

Ikke overraskende understrekes mangelen på kvalifisert personell. Videre understrekes at lærerutdanningen ikke tar sikte på å forberede og kvalifisere lærere til å gjennomføre inkluderende undervisning.

Redegjørelsen er derfor konsentrert om faktuelle forhold og mangler, og inneholder i begrenset utstrekning en kritikk av det regelverket som styrer opplæringsrettighetene til personer med funksjonsnedsettelse. Dette bærer også de etterfølgende anbefalingene preg av. Disse gjengis her i sin helhet:

Recommendations:

A. Ensure that the statutory right of children and youths to receive an inclusive education and vocational training is fulfilled.

¹¹¹ Selve skyggerapporten er på 34 sider og omtrent et tilsvarende antall sider med sluttnoter. På dette området hvor det foregår hurtige endringer i faktum, synes enkelte av notene å være noe utdaterte.

- B. Identify and remove all barriers for students with impairments and introduce regulations with deadlines for when all schools must be universally designed.
- C. Syllabi must be easy to read and available in Braille, and accessible to deafblind. Digital learning tools must be subtitled for hearing impaired.
- D. More and larger sign language learning and competence environments for deaf and hearing-impaired pupils in larger municipalities/inter-municipal cooperation, as well as more learning environments adapted to deafblind communication methods. Pupils hard of hearing using spoken language must be offered adapted speech-oriented education throughout their school life.
- E. Develop and implement national requirements for inclusive pedagogic competence in teacher training programmes. This must include competence related to pupils with visual and hearing impairments. Take measures to ensure non-discriminative school curriculums and learning requirements.
- F. Enable all pupils to obtain the qualifications for higher education. Abolish admission requirements that exclude on the basis of diagnosis and introduce the right to a specific individual assessment.

Det er lite i denne skyggerapporten som synes å peke på at organisasjonene vurderer at KFR art. 24 gir føringer på hvordan elever med spesielle utfordringer skal møtes, ut over det som framgår av presentasjonen av selve konvensjonsbestemmelsen i punkt 4.3.

I begrenset utstrekning knytter organisasjonene sine vurderinger og anbefalinger til manglende oppfylling av konkrete forpliktelser etter KFR art. 24 med henvisning til nr. og bokstav. På denne måten forsvinner selve konvensjonsforpliktelsene noe i den rent faktiske redegjørelsen for situasjonen i Norge og der også anbefalingene synes noe i motstrid med målsettingen om inkluderende opplæring, for eksempel når det anbefales større og mer tilpassede læringsmiljøer for «deaf and hearing-impaired pupils in larger municipalities/inter-municipal cooperation».

4.5.5 Komiteens endelige tilbakemelding til Norges første landrapport

Komiteens tilbakemelding forelå primo april 2019, og den åpnet som vanlig med å gi honnør for politiske og rettslige forbedringer på det aktuelle rettsområdet (se avsnitt 4) og ganske særlig av vedtaket av likestillings- og diskrimineringsloven, av handlingsplanen for å styrke situasjonen til LGBTIQ-personer, dvs. et styrket vern av personer vedrørende seksuell orientering. Likeledes ble det gitt honnør for retten til brukerstyrt personlig assistent som ble lovfestet i 2015.

Selvfølgelig ønsker komiteen under de generelle kommentarene at Norge skal innarbeide KFR i menneskerettsloven og også ratifisere den frivillige tilleggsprotokollen.

For «Education», og KFR art. 24 spesielt, uttrykte komitéen bekymringer om ulike aspekter, nærmere nedfelt i avsnitt 37 med fem bokstaver (a til e):

- (a) The lack of an effective legal mechanism, including anti-discrimination provisions to ensure that persons with disabilities can access inclusive education without discrimination, including the denial of reasonable accommodation, in public and private schools;
- (b) The lack of standards that outline the process for the provision of individualised supports in education, including the provision of assistants and support staff;
- (c) Many children with disabilities not receiving an adequate standard of education and have low learning outcomes; a large proportion of special education services are provided by unskilled assistants and by teachers without the appropriate training;
- (d) The lack of accessible complaint mechanisms for children with disabilities and the lack of sanctions for non-compliance;

(e) Many students with disabilities do not receive adequate training in basic skills, such as social development and communication skills, which will enhance greater learning capacities in the most suitable environment.

I tråd med disse synspunktene følger anbefalingene til statlige myndigheter i avsnitt 38, og her henviser komiteen helt spesifikt til sine egne uttalelser i GC 4/2016 («... in line with the Committee's general comment No. 4 (2016)») følgende:

- (a) Strengthen anti-discrimination provisions to explicitly cover disability-based discrimination in education, including the provision of an accessible and effective complaints mechanism;
- (b) Adopt national standards for the provision of effective individualised support measures in mainstream education, and allocate sufficient financial and human resources to ensure that persons with disabilities receive the support required to facilitate inclusive education;
- (c) Ensure all teachers have the appropriate skills for individualized instruction and ensure that individualized support measures do not entail costs for parents of children with disabilities;
- (d) Introduce legislation based on the human rights model of disability that fully complies with article 24 to ensure quality inclusive education for all children;
- (e) Take measures to guarantee that students with disabilities receive training in the necessary skills to enhance their learning capability in the environment adapted to suit their specific requirements within inclusive education system.

Her uttrykker komiteen ønsker om en (ny?, forsterket?) lovgivning basert på en «human rights model of disability that fully complies with article 24 to ensure quality inclusive education for all children» (bokstav d). Det er ikke klart om denne uttalelsen innebærer at lovgivningen i dag vurderes å være i konflikt med det som fra Norges side ble presisert under åpningen av dialogmøtet, gjengitt i punkt 4.5.3. Hva som skal forstås å ligge i art. 24 om «inclusive education» er heller ikke særlig godt presisert, se punkt 4.3. Hva som da skal legges i «*quality inclusive education*», framstår også som noe uklart.

Eller synes tilrådingene og anmodningene å være av mer teknisk og praktisk karakter, og de faller utenfor det som er oppdragets tema.

4.5.6 Oppsummerende om KFR og statsrapportering

Det er i punkt 4.5.1 til 4.5.5 gjort rede for Norges første statsrapportering, inklusive innspill fra organisasjoner og LDO, om våre forpliktelser i henhold til KFR, og da spesielt KFR art. 24. Videre er det redegjort for dialogen som har vært mellom KFR-komiteen og norske myndigheter.

I svært begrenset utstrekning synes det å følge forpliktelser, verken hva gjelder lovgivning eller praksis på opplæringsfeltet der det synes å være motstrid mellom det norske myndigheter legger til grunn for opplæringspolitikken, og de rettslige forholdene knyttet til denne, og det som framgår som synspunkter fra KFR-komiteen i de avsluttende merknadene.

Om det er sprikende oppfatninger, så er det enkelte synspunkter i «skyggerapporten» fra NGO'ene som kan tyde på at elever med særskilte utfordringer kan være tjent med mer sentraliserte tilbud enn det som ellers synes å framgå vedrørende forståelsen av KFR art. 24. Blant organisasjonenes anbefalinger kan man finne (se punkt 4.5.4):

More and larger sign language learning and competence environments for deaf and hearing-impaired pupils in larger municipalities/inter-municipal cooperation, as well as more learning environments adapted to deafblind communication methods.

Samtidig er det viktig å påpeke, se punkt 4.3, at dette gjelder elevgrupper som uten tvil – og helt eksplisitt – omfattes av KFR art. 24.

4.6 Foreligger en rett til voksenopplæring på grunnskolens område?

I KFR art. 24, gjengitt i punkt 4.3, er det i et eget punkt 5 fastslått at partene skal sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne får tilgang til «høyere utdanning, yrkesrettet opplæring, voksenopplæring og livslang læring uten diskriminering og på lik linje med andre. For dette formål skal partene sikre rimelig tilrettelegging for mennesker med nedsatt funksjonsevne» (min utheving).

Det er ikke klart hva som ligger i dette.

I GC 4/2016 som omhandler innholdet i inkluderende opplæring («inclusive education»), se punkt 4.4, er dette kort utdypet på denne måten (avsnitt 37):

According to article 24, paragraph 5, States parties should ensure that persons with disabilities are able to access general tertiary education, vocational training, adult education and lifelong learning without discrimination and on an equal basis with others. Attitudinal, physical, linguistic, communication, financial, legal and other barriers to education at these levels must be identified and removed in order to ensure equal access. Reasonable accommodation must be provided to ensure that persons with disabilities do not face discrimination. States parties should consider taking affirmative action measures in tertiary education in favour of learners with disabilities.

Dette er det eneste stedet i GC 4/2016 som omhandler opplæring for voksne personer med funksjonsnedsettelse. Det er ikke lett å utlede noen rett til voksenopplæring på grunnskolens område, verken ut fra konvensjonsteksten eller GC 4/2016.

Komiteen anbefaler i avsnitt 58 at statene legger ansvaret for opplæring av personer med funksjonsnedsettelse til det departementet som også ellers har ansvaret for opplæringsspørsmål og ikke plasseres inn i en sosial- og/eller helsekontekst. Det er jo situasjonen i Norge slik det er gjort rede for ovenfor.

Ellers synes statspliktene i første rekke å skulle sikre retten til grunnopplæring uten diskriminering av noe slag. Likeledes må inntak til videregående skole og høyskoler og universiteter på tilsvarende måte skje på like fot, uavhengig av funksjonsnedsettelsen. Samtidig må lokalene tilfredsstille kravene til universell utforming, og den enkelte må få tilrettelagt skole- og situasjonen ut fra sine forutsetninger gjennom «reasonable accommodation».

Det er etter mitt syn ikke mulig å utlede folkerettslige forpliktelser etter KFR slik at det foreligger en *individuell rett* for voksne personer med funksjonsnedsettelse til voksenopplæring på grunnskolens område, selv om dette vil være svært hensiktsmessig og enkelte ganger også framstå som nødvendig.

I så måte er de folkerettslige forpliktelsene på dette området etter KFR mindre omfattende og presise enn det som kan utledes fra ØSK, se punkt 7.2.6. Ut fra de opplæringspliktene som KFR pålegger statene, står statene (folkerettslig) fritt til å utvikle opplæringstilbud for personer som har gjennomført grunnopplæring eller ikke å gjøre dette. Men statene er forpliktet til å gi tilbud om videregående opplæring og studier på like vilkår med andre som ønsker dette, og da innbefatter pliktene samtidig å sikre individuell tilrettelegging av den aktuelle opplæringen.

4.7 Oppsummerende vurderinger om KFR

Norge er folkerettslig forpliktet av KFR, herunder KFR art. 24. Norge har ikke levert noen tolkningserklæring knyttet til denne artikkelen. Ved ratifiseringen ble det lagt til grunn at opplæringslovgivningen var i tråd med en naturlig forståelse av art. 24.

I GC 4/2016, i tid vedtatt etter Norges avlevering av sin første statsrapport, har KFR-komiteen lagt en noe utvidet forståelse av kravene som synes å følge av art. 24,

Det kan ikke utledes individuelle rettigheter av folkerettslige forpliktelser, men slike forpliktelser kan oppfattes å gi føringer både for lovgivning og for lovtolkning, jf. presumsjonsprinsippet omtalt i punkt 4.4.4.

Tilsvarende gjelder ikke for synspunkter som kommer fra KFR-komiteen, enten disse er nedfelt i «Generelle kommentarer» eller i «Avsluttende merknader». Disse er i utgangspunktet ikke folkerettslig bindende, se punkt 4.4.4. Dette gjelder særlig der kommentarer og merknader ikke har et tilstrekkelig grunnlag i konvensjonsteksten. I Rt. 2015 s. 1388 er dette fastslått som utgangspunkt: «Det er ... på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende.»

Heller ikke vil statens plikter på ulike områder om å gjennomføre «affirmative actions», der dette synes å være et krav etter GC 4/2016, føre til at lovgiver er bundet til å velge reguleringsmåter for å nå målsettingen om inkluderende opplæring som norske opplæringsmyndigheter og KFR-komiteen synes å ha felles. Det kan ikke av KFR art. 24 utledes noe krav til norske myndigheter om hvordan opplæring av elever med særlige utfordringer på grunn av nedsatt funksjonsevne skal foregå, besluttes eller utføres, så lenge lovgivning og praksis er basert på dette felles verdigrunnlaget.

Men etter ordlyden i KFR art. 24 er det klart at Norge er folkerettslig forpliktet til å ha «inkluderende utdanningssystem på alle nivåer», som skal sikre at «menneskets potensial og forståelsen av dets verdighet og egenverdi utvikles fullt ut», og at «mennesker med nedsatt funksjonsevne får utvikle sin personlighet, sine anlegg og sin kreativitet, så vel som sine psykiske og fysiske evner». I så måte synes disse forpliktelsene å være tilsvarende til hva som kan utledes av Grl. § 109. Da blir det igjen et spørsmål om en minstestandard-tenkning for hva elever med særskilte behov vil kunne ha krav på.

Statene har et vidt handlingsrom ved oppfyllelsen av selve konvensjonsforpliktelsene som følger av KFR art. 24.

5. Grl. § 98 og likestillings- og diskrimineringsloven

5.1. Konstitusjonelt vern av likhet for loven og mot usaklig forskjellsbehandling

5.1.1 Innledning

Det framgår av Dok. 16 (2011–2012) s. 42 at forståelsen av rettighetsvernet i Grunnloven har endret seg i takt med den internasjonale forståelsen av menneskerettigheter, også før vedtaket av Grl. § 110c i 1994.

Idégrunnet til den norske Grunnloven av 1814 var sterkt inspirert av opplysningstidens ideer om frihet og likhet. Adler-Falsen foreslo blant annet i sitt grunnlovskast § 15 å grunnlovsfeste en generell grunnsetning om at alle mennesker skulle være like for loven. Det er uklart hvorfor en slik likhetsgrunnsetning ikke kom med i den endelige grunnlovsversjonen, men den framkom implisitt av flere av Grunnlovens bestemmelser, herunder §§ 95, 96, 97, 101, 103, 105 og 108.

Det understrekes vidare at denne likhetsgrunnsetningen samtidig har stått sentralt ved den rettslige fortolkningen av de nevnte grunnlovsbestemmelsene fra 1814 til i dag, se nærmere Dok. 16 (2011–2012) kap. 26.

Det er derfor ikke overraskende at det ved grunnlovsrevisjonen ble foreslått og vedtatt en bestemmelse i Grl. § 98 som nettopp fastslår prinsippet om likhet for loven.

I juridisk teori er bestemmelsene i Grl. § 98 lite omtalt. Eivind Smith vier i læreboka om konstitusjonelt demokrat i overkant av én side på bestemmelsen, ved siden av det er henvist til bestemmelsen enkelte andre steder i boka uten noen mer dyptgående analyse av hvilke rettigheter som eventuelt vil kunne trekkes ut av bestemmelsen.¹¹²

5.1.2 Bestemmelsens ordlyd

Bestemmelsen ble foreslått, selv om det ble foreslått ulike utforminger av bestemmelsen i andre ledd, og vedtatt med følgende to ledd:

- (1) Alle er like for loven.
- (2) Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

5.1.3 Synspunkter og voteringer i Stortinget

I konstitusjonskomiteens innstilling, Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6, framheves at både likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet bør grunnlovsfestes. Det understrekes at den foreslåtte bestemmelsen i Grl. § 98 fra Menneskerettighetsutvalget ikke vil endre dagens rettstilstand, men befestet et vesentlig prinsipp i det norske demokratiet. Som det heter: «Likhet skal her leses som en beskrivelse av tanken om at alle er like for loven, hvilket har vært praktisert av domstolene i lang tid, og skal ligge til grunn for all tolkning og anvendelse av statlig makt.»

Komiteens medlemmer var derfor enige om at de to prinsippene skulle inntas i hvert sitt ledd i § 98, og det var vidare enighet om utformingen av første ledd. Det var også enighet om ikke å gå vidare med et forslag om et tredje ledd hvor hovedinnholdet ville være at statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at særlig kvinner skal kunne utøve sine rettigheter.¹¹³

Lovgiver kan etter bestemmelsen i første ledd ikke gi privilegier til enkelte personer eller grupper i samfunnet. Bestemmelsen er ment som tolkningsprinsipp for rettsanvendere mer enn som en skranke for lovgiver. Komiteen understreker at tolkningen av likhetsprinsippet

¹¹² Se Eivind Smith: *Konstitusjonelt demokrati – statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utg. Fagbokforlaget 2017, s. 343-344..

¹¹³ Forslaget til tredje ledd baserte seg på et forslag fra Norsk Kvinnesaksforening hvor hensikten var å grunnlovsfeste en bestemmelse som ville fange opp statens omfattende forpliktelser etter Kvinnediskrimineringskonvensjonen.

gjøres mer tilgjengelig med forslaget om å beskrive ikke-diskrimineringsprinsippet i samme bestemmelse. Slik understrekes at privilegier ikke skal forstås slik at det ikke kan vedtas regler om kvotering eller positiv forskjellsbehandling for å utjevne en eksisterende forskjell i mulighetsfordeling mellom grupper eller personer på grunnlag av egenskaper hos den enkelte.

Etter enighet om hvordan likhetsprinsippet skulle grunnlovfestes, delte komiteen seg vedrørende utformingen av diskrimineringsvernet. Et mindretall (medlemmene fra Venstre og SV) ønsket en opplisting av forbudte diskrimineringsgrunnlag.¹¹⁴ Flertallet fant at en slik opplisting ville gjøre bestemmelsen mer rigid, og dermed øke faren for å utelate framtidige grunnlag for diskriminering som er vanskelige å forutse. Det er *prinsippene* om likebehandling og ikke-diskriminering som burde gis grunnlovs rang.

5.1.4 Framstillingen videre

I punkt 5.2 er det overordnede spørsmålet om GrL § 98 vil ha betydning for retten til tilpasset opplæring. I punkt 5.3 går jeg nærmere inn på diskrimineringslovgivningen, før jeg i punkt 5.4 kommer med enkelte oppsummerende kommentarer.

5.2 Vil GrL § 98 få betydning for opplæringsrettigheter

Det er ingen tvil om at både likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet har betydning for rettsstillingen til personer som på grunn av nedsatt funksjonsevne eller av andre grunner har behov for tilpasset undervisning.

Dersom forskjellsbehandling skal kunne skje, må dette kunne begrunnes ut fra kravene til formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet. Det at personer med behov for tilpasset undervisning kan motta dette i mindre grupper eller i en-til-en situasjoner, vil ikke være usaklig overfor elever som kan få utbytte av tradisjonell klasseromsundervisning eller andre mer ordinære undervisningsformer, se nærmere punkt 5.3.

Viktig er det overordnede perspektivet som skal hindre unødig forskjellsbehandling og som da ligger til grunn for diskrimineringslovgivningen. Ellers er det særlige regler i helseretten, skoleretten, sosialretten, trygderetten, arbeidsretten og barnevernsretten hvor det er den enkelte personens konkrete *behov for bistand* som vil være avgjørende for hvilken hjelp eller assistanse som framstår som formålstjenlig, nødvendig og proporsjonal. Visere vil det være et lovgivningsvalg om slike tiltak skal imøtekommes gjennom individuelle rettigheter eller på annen måte.¹¹⁵

Felles for de bestemmelsene som skal sikre individuelle behov, er at det som regel gis rettighetsbestemmelser med tydelige inngangsvilkår som peker mot konkrete behov hos personen. Samtidig er det ofte gitt skjønsmessige bestemmelser om rettsfølgen for å sikre at den konkrete personen møtes med særlig tilpassede tiltak.

¹¹⁴ Mindretallet viste blant annet til at Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) i brev til Menneskerettighetsutvalget 28. oktober 2011 framhevet: «LDO mener at Grunnloven bør signalisere at diskrimineringsvernet særlig er ment å beskytte mennesker som på grunn av vesentlige trekk ved deres person eller gruppetilhørighet er spesielt utsatt for diskriminering. Et diskrimineringsforbud som ikke nevner noen diskrimineringsgrunnlag vil ikke gi det ønskede signal om at nettopp særlig utsatte mennesker skal sikres rett til det likeverdige norske samfunnet.» – Dermed fikk mindretallets forslag følgende ordlyd: «Ingen må utsettes for diskriminering på grunnlag av kjønn, etnisitet, språk, funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsuttrykk, religion, livssyn, politisk syn, helse, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.»

¹¹⁵ Se nærmere om slike spørsmål i Kjønsstad, Syse og Kjelland: *Velferdsrett I*, Oslo 2017 kapittel 3 til 9.

De statlige pliktene overfor personer med særskilte behov blir altså imøtekommet gjennom konkrete rettigheter i særlovgivningen og kan ikke direkte utledes av Grl. § 98, like lite som nærmere bestemmelser om tilpasset opplæring kan utledes av Grl. § 109. Men det reises også her et spørsmål om en minstestandard for hvor ulike (dvs. dårlige) tilbud som kan gis med utgangspunkt i elevenes individuelle forutsetninger uten at dette spørsmålet utdypes ytterligere her.

Det er slike synspunkter som ligger til grunn for diskrimineringslovgivningen. Det er derfor behov for å gå noe nærmere inn i denne for å se om det er gitt særlige føringer for dette spørsmålet, se punkt 5.3.

5.3 Likestillings- og diskrimineringsloven

5.3.1 Innledning

Det er diskrimineringslovgivningen som på mange måter utgjør den rettslige utformingen på lovs nivå av diskrimineringsvernet i Grl. 98 andre ledd. Her er det gitt bestemmelser som skal komme personer med nedsatt funksjonsevne i møte. Diskrimineringsvernet supplerer som nevnt likhetsprinsippet i Grl. § 98 første ledd.

Men også her vil en reell forskjellsbehandling som finnes «usaklig eller uforholdsmessig», kunne være grunnlovsstridig. Dette gjelder selv om praksis fra Nemda er i overensstemmelse med likestillings- og diskrimineringsloven, dersom skjønnsutøvelsen og derved avgjørelsen krenker normen som er oppstilt i Grl. § 98 andre ledd.

Det er de særlige bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven som skal presenteres i det følgende, først gjennom en presentasjon av bakgrunnen for diskrimineringsvernet (punkt 5.3.2) og om håndhevingsspørsmål (punkt 5.3.3). Dernest presenteres de særlige kravene om individuell tilrettelegging i undervisningssituasjoner (punkt 5.3.4) før diskrimineringsvernet presenteres (punkt 5.3.5).

5.3.2 Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne

Et særskilt diskrimineringsvern for personer med nedsatt funksjonsevne ble lovmessig initiert etter framleggningen av NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet*. Undertittelen i utredningen pekte på at ivaretagelse av funksjonshemmedes behov samtidig vil kunne virke bra for folk flest: «Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.» Enda mer eksplisitt kan tilnærmingen uttrykkes på denne måten: *Ved å tilrettelegge for alles interesser i den løpende politikken, vil også personer med funksjonsnedsettelse kunne delta på like vilkår.* Dette burde ifølge utvalget være et grunnleggende valg av tilnæringsmåte i politikken overfor personer med funksjonsnedsettelse.

I lovutkastet ble diskrimineringsgrunnlaget – og derved persongruppen som etter lovutkastet kunne påberope seg rettigheter så vel som diskrimineringsvern – foreslått til «nedsatt funksjonsevne». Dette viser til egenskaper ved individet. Diskrimineringsvernet ble likevel ikke foreslått begrenset til mennesker som har nedsatt funksjonsevne, men utformet for å gi vern mot diskriminering *på grunnlag av nedsatt funksjonsevne*. Framfor å definere en personkrets, ble det definert et diskrimineringsgrunnlag. Dermed er det ikke avgjørende om en diskriminert person har nedsatt funksjonsevne dersom vedkommende er blitt diskriminert

grunnet en antagelse om nedsatt funksjonsevne, eller fordi hun eller han har et barn med nedsatt funksjonsevne. Regelverket tar sikte på å unngå at definisjonsspørsmål og avgrensningen av den beskyttede gruppen blir «en sak i saken» slik tilfellet var i enkelte land som utvalget studerte.¹¹⁶ Det er den diskriminerende handlingen som skal stå i fokus.

I 2008 fulgte regjeringen i Ot.prp. nr. 44 *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)* opp denne vide definisjonen fra lovutvalget. Dette grunnlaget er blitt stående gjennom stadig ny lovgivning på feltet.

I gjeldende lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven; forkortet ldl.) er denne forståelsen gjort gjeldende for alle diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen i ldl. § 6 andre ledd har denne ordlyden: «Forbudet omfatter diskriminering på grunn av eksisterende, antatte, tidligere eller fremtidige forhold som nevnt i første ledd», mens ldl. § 6 tredje ledd fastslår at forbudet også gjelder «hvis en person blir diskriminert på grunn av sin tilknytning til en annen person, og diskrimineringen skjer på grunn av forhold som nevnt i første ledd».

5.3.3 Håndheving av diskrimineringsvernet og tilgjengelighetsregler

KFR krever at det skal være et nasjonalt overvåkningsorgan for å vurdere om statens forpliktelser etter konvensjonen er oppfylt. Denne rollen er tillagt Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO). Det framgår av lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) § 5 tredje ledd bokstav c.¹¹⁷ Også bestemmelsene om Diskrimineringsnemnda, og prosessen for nemnda, er regelfestet i diskrimineringsombudsloven.¹¹⁸ Det er Diskrimineringsnemnda (Nemnda) som i dag i første instans behandler klager over brudd på likestillings- og diskrimineringsloven.¹¹⁹ Fram til 2018 behandlet LDO saker om anført diskriminering som første instans, mens Nemnda var klageinstans over uttalelser fra LDO om diskriminering hadde funnet sted eller ikke. Det foreligger derfor praksis både fra LDO og Nemnda om anførte brudd på diskrimineringsforbudet.

For skolesektoren anføres ofte at myndighetenes tilretteleggingsplikter ikke er oppfylt. Disse pliktene har vært noenlunde likt utformet og tolket selv om lovgivningen på feltet har gjennomgått store endringer fra 2009 til i dag. Den største endringen skjedde ved at diskrimineringslovene ble samlet i én felles lov med virkning fra 1. januar 2018. Likestillings- og diskrimineringsloven erstattet da den tidligere likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering.

Sentralt i diskrimineringsvernet for personer med funksjonsnedsettelse er kravene om tilgjengelighet og tilrettelegging. Dette er nedfelt i ldl. kap. 3 som nettopp har overskriften

¹¹⁶ Dette gjaldt blant annet USA og England.

¹¹⁷ Teksten er: «Ombudet skal føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med forpliktelsene Norge har etter: ... c) De forente nasjoners internasjonale konvensjon 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.»

¹¹⁸ Lovreguleringen er supplert med bestemmelsene i forskrift 20. desember 2017 nr. 2260 om organisasjon, oppgaver og saksbehandling for Diskrimineringsnemnda.

¹¹⁹ Klagebehandlingen i nemnda er en topartsprosess. Dette innebærer at den som klager og den som er innklaget som hovedregel har rett til innsyn i alle sakens dokumenter, samt rett til å komme med sine anførsler og imøtegå det motparten eller andre interesserte har anført i saken. Formålet med dette er å sikre at begge parter har mulighet til kontradiksjon.

«Universell utforming og individuell tilrettelegging». De allmenne tilgjengelighetskravene framgår av kravene til *universell utforming*. Etter ldl. § 17 andre ledd innebærer dette krav til «utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene, inkludert informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT), slik at virksomhetens alminnelige funksjoner kan benyttes av flest mulig, uavhengig av funksjonsnedsettelse».¹²⁰

Det er samtidig inntatt en begrensning i ldl. § 17 tredje ledd om at plikten ikke gjelder utforming eller tilrettelegging som innebærer en *uforholdsmessig byrde* for virksomheten. Ved denne vurderingen skal det særlig legges vekt på (a) effekten av å fjerne barrierer for personer med funksjonsnedsettelse, (b) om virksomhetens alminnelige funksjoner er av offentlig art, (c) kostnadene ved tilretteleggingen, (d) virksomhetens ressurser, (e) sikkerhetshensyn og (f) vernehensyn.

Reglene suppleres av særlige tilretteleggingsplikter som etter ldl. § 20 medfører en rett for visse tjenestemottakere til *individuell tilrettelegging* av kommunale tjenester. Etter ldl. § 20 første ledd gjelder dette for barn med funksjonsnedsettelser som gis rett til «egnet individuell tilrettelegging av kommunale barnehagetilbud, for å sikre likeverdige utviklings- og aktivitetsmuligheter».¹²¹ Ikdahl nevner for tilretteleggingspliktene i barnehage den ene saken som er behandlet (LDO 11/1830), også påklaget til Nemnda (LDN-12/2013) som gjaldt bostedskommunen plikt til å refundere utgifter til spesialpedagog mv. Ikdahl fastslår derfor at den bidrar lite til forståelse av retten til tilrettelegging i barnehager.¹²² Etter andre ledd har «personer med funksjonsnedsettelse» en rett til «egnet individuell tilrettelegging av kommunale tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven av varig karakter for den enkelte, for å sikre et likeverdig tilbud».

5.3.4 Særlig om rett til individuell tilrettelegging i undervisningssituasjoner

Etter ldl. § 21 har elever og studenter med funksjonsnedsettelser som deltar i undervisning ved skole- og utdanningsinstitusjoner «rett til egnet individuell tilrettelegging av lærested, undervisning, læremidler og eksamen, for å sikre likeverdige opplærings- og utdanningsmuligheter». Også denne retten er begrenset til tilrettelegging som ikke innebærer en *uforholdsmessig byrde*. I denne vurderingen skal det særlig legges vekt på a) tilretteleggingens effekt for å fjerne barrierer for personer med funksjonsnedsettelse, b) kostnadene ved tilretteleggingen og c) virksomhetens ressurser.

Kravene til universell utforming og individuell tilrettelegging skal altså oppfylles så sant dette ikke innebærer en «uforholdsmessig byrde». Her kan nevnes enkelte saker fra LDO/Diskrimineringsnemnda og hva som var tema i disse: Vanskelig tilgang til fløy for rullestolbruker (LDO 16/00343), manglende tilrettelegging for elev ved tentamen (LDO 17/00189), manglende tilrettelegging på eksamen ved dysleksi (LDO 16/00755), diskriminering av hørselshemmede på grunnskole (LDO 14/00551) og manglende

¹²⁰ I januar 2016 framla tre departementer (Barne- og likestillingsdepartementet, Kommunal- og moderniseringsdepartementet og Helse- og omsorgsdepartementet) en ny *Handlingsplan for universell utforming*.

¹²¹ Ikdahl har gjennomført en grundig analyse av retten til tilrettelegging i barnehager. Hun drøfter spørsmålet ut fra bestemmelsene i barnehageloven, likestillings- og diskrimineringsloven og retten til spesialpedagogisk hjelp for barn under skolealder. Hun trekker også inn KFR art. 2 og EMD art. 14, se Ingunn Ikdahl: «Rett til tilrettelegging i barnehagen?», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.): *Rettigheter i Velferdsstaten*, Gyldendal Juridisk 2016 (s. 85-115).

¹²² Ikdahl op.cit. s. 113.

tilrettelegging av skoletur (LDO 17/01250). Flere av disse ble også behandlet av Diskrimineringsnemnda som klagesak.¹²³

Selv om begrensningen om «uforholdsmessig byrde» kan anvendes fullt ut i diskriminerings- og tilgjengelighetssaker generelt, oppstår like fullt et spørsmål om kravet til en minstestandard knyttet til opplæringsretten er oppfylt eller ikke. Dette gjelder retten til og innholdet i individuelt tilrettelagt opplæring/spesialundervisning. En gruppe elever kan ikke gis et nulltilbud fordi det vil være «uforholdsmessig tyngende» for kommunen. Dette vil kunne prøves mot ikke-diskrimineringsvernet i Grl. § 98 andre ledd, eventuelt mot opplæringsretten i Grl. § 109 hvor Grl. § 98 vil være et tolkningsmoment.

Etter at Diskrimineringsnemnda fra 2018 ble etablert som første instans i diskrimineringsaker, har Nemnda bare behandlet én sak etter de aktuelle tilgjengelighetsbestemmelsene, sak 50/2016-1. Men også det var en klage over LDOs uttalelse som førsteinstans. Tvistespørsmålet var om kommunen handlet i strid med plikten til å foreta egnet individuell tilrettelegging overfor A ved ikke å ha gjennomført innvilget vedtak om personlig assistanse. Saken gjaldt også spørsmål om A har blitt trakassert av ansatte i kommunen.

Det foreligger altså ingen konkrete vurderinger av spørsmålet om retten til spesialundervisningen etter denne loven. Det finnes mange slike klager etter opplæringslova, men det er ikke tema her. Slike klager behandles av aktuell Fylkesmann.

5.3.5 Kort om diskrimineringsvernet

I ldl. kap. 2 er det særlige diskrimineringsvernet for utsatte grupper nedfelt. Det er etter ldl. § 6 fastslått et forbud mot å diskriminere «på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene».

Forbudet omfatter «diskriminering på grunn av eksisterende, antatte, tidligere eller fremtidige forhold». Det er forbudt med både direkte forskjellsbehandling (§ 7) og indirekte forskjellsbehandling (§ 8). I begrenset utstrekning vil diskrimineringsvernet, utover tilgjengelighetspliktene, åpne for klagesaker om bortfall av, eller organisering av, spesialundervisning i utdannings situasjoner ut fra diskrimineringslovgivningen.

Det er i ldl. § 9 fastslått at forskjellsbehandling ikke er i strid diskrimineringsforbudet dersom den a) har et saklig formål, b) er nødvendig for å oppnå formålet, og c) ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Tilsvarende gjelder for det som i ldl. § 11 kalles «positiv særbehandling» dersom (a) særbehandlingen er egnet til å fremme lovens formål, (b) det er et rimelig forhold mellom formålet man ønsker å oppnå og hvor inngripende særbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere, og (c) særbehandlingen opphører når formålet med den er oppnådd.

Dette er ikke en bestemmelse som gir særlige rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne, men det kan etter ldl. § 11 utvilsomt gis lov- og forskriftsbestemmelser som sikrer positiv særbehandling av personer med særlige behov for tilpasset undervisning, og uten da å komme i konflikt med diskrimineringsforbudet.

¹²³ De aktuelle saksnumrene ble oversendt etter en mail-forespørsel til henholdsvis LDO og Diskrimineringsnemnda.

Brudd på bestemmelsene om universell utforming og om individuell tilrettelegging regnes som diskriminering, se ldl. § 12. Det er slike saker som stort sett behandles etter diskrimineringslovgivning fra opplæringsfeltet. Mangel på tilrettelagt undervisning kan påklages etter disse bestemmelsene, men det synes mer rimelig å benytte opplæringslovas regler for slike klager.

5.4 Oppsummerende vurderinger

Etter ldl. § 21 har elever og studenter med funksjonsnedsettelse «rett til egnet individuell tilrettelegging av lærested, undervisning, læremidler og eksamen, for å sikre likeverdige opplærings- og utdanningsmuligheter».

Men verken Grl. § 98 eller tilretteleggingsbestemmelsene i ldl. kap. 3 åpner for at det må gis regler der borgerne kan kreve spesielle former for undervisning. Det kan heller ikke utledes krav om spesielle måter å regelfeste prosessen fram mot avgjørelser vedrørende opplæringsmål og/eller gjennomføringen av undervisning. Dette er regler som hører hjemme i opplæringslovgivningen og kan ikke utledes fra en generelt virkende antidiskrimineringslovgivning, selv om antidiskrimineringsprinsippet har fått et konstitusjonelt vern etter Grl. § 98.

I punkt 5.3.4 er pekt på at kravet til en minstestandard kan føre til at begrensningen i ldl. § 21 om «uforholdsmessig byrde» ikke kan påberopes av kommunen. En gruppe elever kan ikke gis et null-tilbud fordi det vil være «uforholdsmessig tyngende» for kommunen. Dette vil kunne prøves mot ikke-diskrimineringsvernet i Grl. § 98 andre ledd, eventuelt mot opplæringsretten i Grl. § 109 hvor Grl. § 98 vil være et tolkningsmoment.

6. Barnekonvensjonen

6.1 Innledning

6.1.1 Om FNs barnekonvensjon

Barnekonvensjon (BK) ble vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989 og trådte i kraft 2. september 1990. Bare USA og Sør-Sudan av FNs medlemsland har unnlatt å bli parter til konvensjonen. Norge ratifiserte konvensjonen 8. januar 1991.

FNs barnekomité med tilhold i Genève overvåker at statene oppfyller sine konvensjonsforpliktelser. Det skjer ved å følge opp og kommentere statenes pliktige rapportering. I tillegg vedtar komiteen General Comments (GC) der de ulike artiklene og prinsippene blir tolket og utviklet. Det er vedtatt en frivillig tilleggsprotokoll til BK som åpner for at statene gir borgerne klagerett til komiteen for anførte brudd på konvensjonens bestemmelser. Denne tilleggsprotokollen er ikke ratifisert av Norge.¹²⁴

Selv om andre menneskerettskonvensjoner gjelder for alle mennesker, også barn, – slik som EMK, KRF, SP og ØSK – er BK en helt sentral konvensjon ved at den tydeliggjør barns stilling som selvstendige rettssubjekter, og den er ment å sikre rettigheter for barn på områder

¹²⁴ Regjeringen konkluderte høsten 2016 med at Norge verken burde slutte seg til individklageordningen under BK, ØSK eller KFR, se Meld. St. nr. 39 (2015–2016). Stortingsflertallet sluttet seg til denne vurderingen i Innst. 161 S (2016–2017).

der dette er vurdert nødvendig eller hensiktsmessig. BK omfatter et vidt spekter av rettigheter ved at både sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter inngår i denne.

Barnekomiteen har utpekt fire konvensjonsbestemmelser å være av overordnet betydning og derved som generelt virkende prinsipper. Dette er prinsippet om *barnets beste* i BK art. 3 nr. 1, prinsippet om *ikke-diskriminering* i BK art. 2, barns *rett til liv og utvikling* i BK art. 6, og prinsippet om barns *rett til å bli hørt* i BK art. 12.

Sentralt for denne betenkningens tema står BK art. 28 og art. 29 som gjelder henholdsvis rett til opplæring og krav til utdanningens innhold. Disse bestemmelsene bygger på en internasjonal enighet om retten til utdanning som menneskerettighet, noe som først ble slått fast i FN's verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948, og som deretter ble fulgt opp i ØSK artikkel 13 og senere konvensjoner som KFR, se punkt 2.

De grunnleggende elementene i BK art. 28 er en rett og plikt til gratis grunnleggende skolegang, lik rett til videregående opplæring, og mulighet for høyere utdanning basert på kvalifikasjoner. Barnekomiteen oppmuntrer også til at statene etablerer førskoletilbud der opplæringsaspekter inngår. Utdanningen må ha et visst innhold og kvalitet for å tilfredsstillere kravene etter BK art. 29. Komiteens GC nr. 1 fra 2001 handler nettopp om formålet med utdanningen, og GC 1/2001 legger derved et viktig grunnlag for å kunne fastlegge innholdet i den konvensjonsbestemte rettigheten.¹²⁵ Videre er det gitt en viktig GC 9/2006 om rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse, se punkt 6.3.2.¹²⁶

6.1.2 BK i norsk rett

Da menneskerettsloven (mrl.) ble forberedt og vedtatt i 1999, ble ikke BK inkorporert i mrl. § 2 på linje med EMK, ØSK og SP. Inkorporeringen av BK i mrl. § 2 skjedde i 2003. Derved trådte også forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 i kraft for denne konvensjonen. Dette gir de (nå) fem inkorporerte konvensjonene en særlig sterk formell stilling i norsk rett.

Denne stillingen ble ytterligere styrket gjennom grunnlovsreformen i 2014. Dette skjedde dels gjennom en egen grunnlovsbestemmelse om barns rettsstilling og rettigheter (Grl. § 104), se punkt 3.3. Videre ble de konvensjonene som var inkorporert i menneskerettsloven, gitt et visst konstitusjonelt vern gjennom vedtaket av Grl. § 92. Her heter det:

Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.

Innholdet i denne bestemmelsen er nærmere fastlagt av Høyesterett i blant annet HR-2016-2554-P avsnitt 70 hvor det heter at Grl. § 92 ikke kan tolkes «som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett».

Grl. § 92 kan derved ikke forstås som en bestemmelse som gir grunnlovs rang til menneskerettskonvensjoner som Norge er part til. Grunnlovs rang er forbeholdt grunnlovens egne bestemmelser om menneskerettigheter. Men samtidig fikk forrangsbestemmelsen i konvensjoner som var inkorporert i menneskerettsloven ved vedtaket av Grl. § 92, tydeliggjort sin gjennomslagskraft i norsk rett.

¹²⁵ CRC/GC/2001/1: Article 29 (1): *The Aims of Education*.

¹²⁶ CRC/GC/2006/9: *The rights of children with disabilities*.

Barns stilling er altså styrket både gjennom vedtaket av GrL § 104 og vedtaket av GrL § 92 som supplerer forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 for blant annet BK.

På den nasjonale arena er Barneombudet gitt et særlig ansvar for å føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med de forpliktelser Norge har etter BK, se barneombudsloven (lov 6. mars 1981 nr. 5) § 3 andre ledd bokstav b.

6.1.3 Framstillingen videre

I punkt 6.2 og 6.3 behandles de tre relevante artiklene i BK før det oppsummeres kort i punkt 6.4.

FNs barnekomité kom i juni 2018 med avsluttende merknader til Norges femte og sjette landrapport.¹²⁷ Bare i begrenset utstrekning ble det gitt tilbakemeldinger og kommentarer på feltet opplæring og bestemmelsene i BK art. 28 og 29. Noe fyldigere tilbakemeldinger ble gitt til art. 23 om rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse. Disse blir kort referert og kommentert i henholdsvis punkt 6.2.4 og 6.3.3.

6.2 BK og opplæringsrettigheter

6.2.1 Innledning

Først presenteres innholdet i de to artiklene i BK som dreier seg direkte om utdanning/opplæring (punkt 6.2.2 og 6.2.3). Deretter følger Barnekomiteens tilbakemeldinger i 2018 til Norges femte og sjette landrapporter (punkt 6.2.4) før det oppsummeres og konkluderes i punkt 6.2.5.

6.2.2 BK art. 28

BK art. 28 er gitt følgende ordlyd:¹²⁸

1. Statene anerkjenner barnets rett til utdanning, og med sikte på å oppnå denne rett gradvis og på grunnlag av like muligheter skal de særlig:
 - a) gjøre grunnutdanningen obligatorisk og gratis tilgjengelig for alle,
 - b) oppmuntre utviklingen av forskjellige former for videregående opplæring, herunder allmennfaglig og yrkesfaglig opplæring, gjøre dem tilgjengelige og oppnåelige for ethvert barn, og treffe egnede tiltak som f.eks. innføring av gratis undervisning og tilbud om økonomisk støtte ved behov,
 - c) med alle egnede midler gjøre høyere utdanning tilgjengelig for alle på grunnlag av den enkeltes evner,
 - d) gjøre informasjon og veiledning om undervisning og fagopplæring tilgjengelig og oppnåelig for alle barn,
 - e) treffe tiltak for å oppmuntre til regelmessig skolegang og for å redusere antallet av dem som ikke fullfører skolegangen.
2. Statene skal treffe alle egnede tiltak for å sikre at skolens disiplin utøves på en måte som er forenlig med barnets menneskeverd og i samsvar med denne konvensjon.

¹²⁷ Tilbakemeldingen kan finnes her:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/NOR/CO/5-6&Lang=En

¹²⁸ Oversettelsen er hentet fra Lovdata.

3. Statene skal fremme og oppmuntre internasjonalt samarbeid om forhold som angår utdanning, særlig med henblikk på å bidra til å avskaffe uvitenhet og analfabetisme over hele verden og å lette tilgangen til vitenskapelig og teknologisk kunnskap og moderne undervisningsmetoder. I denne sammenheng skal det tas særlig hensyn til utviklingslandenes behov.

Utformingen av bestemmelsen i BK art. 28 er i stor utstrekning basert på utformingen og innholdet i ØSK art. 13, se punkt 7.2.4.

Prinsippene som slås fast i nr. 1 er at retten til opplæring er en rett på barnets side. Fordi ulike land har ulikt ressursgrunnlag ut fra faktiske muligheter, vil denne retten kunne oppfylles «gradvis og på grunnlag av like muligheter». Bestemmelsen er samtidig basert på det grunnleggende prinsippet om ikke-diskriminering i BK art. 2. Dette betyr at jenter og gutter er gitt samme rettigheter, og tilsvarende har barn med funksjonsnedsettelse og særlige behov tilsvarende rettigheter som barn som ikke har kognitive eller andre særlige utfordringer.

For å virkelig gjøre *alle* barns rett til utdanning skal statene etter bokstav (a) gjøre grunnutdanning «obligatorisk, gratis og tilgjengelig for alle barn». Etter bokstav (b) skal videregående opplæring gjøres tilgjengelig og oppnåelig for alle barn. Det nevnes at videregående opplæring kan skje gjennom både allmennfaglige og yrkesfaglige tilbud, og at disse bør gjøres tilgjengelige og fortrinnsvis kunne tilbys kostnadsfritt. Eventuelt kan tilgjengeligheten økes ved at det gis økonomisk støtte til elever som trenger dette. Konvensjonens bestemmelser gir altså ingen rett til videregående skole slik den gjør for grunnskoleopplæring. Men de peker i bokstav (c) på at tilgjengelighet bør skje ut fra muligheter til gjennomføring («den enkeltes evner»), og etter bokstav (d) skal tilstrekkelig informasjon gis om egnede opplæringstilbud for å muliggjøre deltaking i videregående opplæring for flest mulig barn. I bokstav (e) understrekes at statene plikter å motvirke frafall fra obligatorisk eller tilbudt skolegang. – Kravet om at alle barn skal ha like muligheter gjelder derimot alle land. Et land kan for eksempel ikke starte med å oppfylle rettigheten for gutter og la jentene vente.

Etter art. 28 nr. 2 skal statene sikre at disiplinære tiltak overfor elever ikke krenker deres menneskeverd, og for øvrig bare kan skje i samsvar med BKs øvrige artikler som sikrer respekt for barn som rettssubjekter. Begrensningene i håndhevingen av disiplin følger også av barns rett til beskyttelse mot vold (BK art.19) og nedverdiggende behandling og straff (BK art. 37).

Etter nr. 3 er statene til internasjonalt samarbeid, blant annet for å utrydde analfabetisme over hele verden og for å lette tilgangen til vitenskapelig og teknologisk kunnskap og moderne undervisningsmetoder med særlig hensyn til utviklingslandenes behov.

Det kan ikke ut fra bestemmelsene i BK art. 28 trekkes noen slutninger vedrørende spørsmål om tilpasset opplæring så nær som at skoleretten skal sikres for *alle* barn.

6.2.3 BK art. 29

BK art. 29 er gitt følgende ordlyd:

1. Statene er enige om at barnets utdanning skal ta sikte på:
 - a) å utvikle barnets personlighet, talenter og psykiske og fysiske evner så langt det er mulig,
 - b) å utvikle respekt for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter og for prinsippene nedfelt i De forente nasjoners pakt,

- c) å utvikle respekt for barnets foreldre, dets egen kulturelle identitet, språk og verdier, for de nasjonale verdier i det land barnet bor, landet hvor han eller hun eventuelt kommer fra og for kulturer som er forskjellige fra barnets egen kultur,
- d) å forberede barnet til et ansvarlig liv i et fritt samfunn i en ånd av forståelse, fred, toleranse, likestilling mellom kjønnene og vennskap mellom alle folkeslag, etniske, nasjonale og religiøse grupper og personer som tilhører urbefolkningen,
- e) å fremme respekten for det naturlige miljø.

2. Ingen del av denne artikkel eller artikkel 28 skal fortolkes slik at det gripes inn i personers og organisasjoners frihet til å opprette og lede utdanningsinstitusjoner, under forutsetning av at prinsippene fastsatt i nr. 1 i denne artikkel overholdes, og at den undervisningen som blir gitt i slike institusjoner er i samsvar med de minimumskrav vedkommende stat eventuelt har fastsatt.

I BK art. 29 nr. 1 beskrives formålet med utdanningen gjennom fem bokstavpunkter. I bokstav (a) understrekes det overordnede målet med opplæring som en utvikling av «barnets personlighet, talenter og psykiske og fysiske evner så langt det er mulig».

Barn har høyst ulike forutsetninger for å kunne tilegne seg kunnskaper. Det er understreket i GC 1/2001 at bestemmelsen forutsetter en individuell og subjektiv rett til en god kvalitet på utdanningen. Barnets behov må settes i sentrum, og opplæringen må hensynta hvert barns unike karaktertrekk, interesser, evner og lærebehov. Skolen må tilpasse undervisningen til barnets situasjon, behov og utviklingsstadium.

BK tillegger foreldrene en stor betydning for barnets utvikling, og dette er understreket i bokstav (c) vedrørende opplærings situasjoner.

I de øvrige bokstavpunktene framgår at barn skal utvikle respekt for menneskerettighetene (bokstav b), at barnet skal forberedes til et ansvarlig liv i et fritt samfunn basert på toleranse, likestilling mellom kjønnene, vennskap mellom alle folkeslag mv. (bokstav d), og fremme respekten for et naturlig miljø (bokstav e). Formålsbestemmelsen i opplæringslova § 1-1 er i all hovedsak sammenfallende med verdiene som er nedfelt disse formålsangivelsene i BK art. 29 nr. 1.

GC 1/2001 vektlegger samtidig at kravene til utdanningens innhold innebærer mer enn bare formell opplæring. Barnet skal oppnå nødvendige livsferdigheter til å kunne møte ulike utfordringer som voksenlivet vil kunne by på.

Etter art. 29 nr. 2 sikres enkeltpersoner og organisasjoner rett til å opprette egne skoler, så lenge de tilfredsstillende innholdsmessige kravene i nr. 1 og samtidig tilfredsstillende krav som oppstilles av nasjonalstaten.

Barnekomiteen viser i GC 1 til Salamanca-erklæringen, en internasjonal erklæring i regi av FNs organisasjon for utdanning, vitenskap og kultur (UNESCO). Erklæringen ble utviklet på en større konferanse mellom utsendinger fra nasjonalstater og internasjonale organisasjoner i den spanske byen Salamanca. Erklæringen ble undertegnet av Norge i 1994, og gir prinsipper for hvordan skolen skal møte barn med særskilte behov. I erklæringen legges det vekt på at utdanningssystemet må ta hensyn til at det er stor variasjon i barns egenskaper. Et ledende prinsipp er at det ordinære skolesystemet så langt som overhodet mulig skal ivareta alle barn, uavhengig av deres spesielle behov som resultat av «their physical, intellectual, social, emotional, linguistic or other conditions». Derfor bør elever med ulike former for funksjonsnedsettelse eller av andre grunner med behov for særskilte undervisningsformer, gis et tilpasset tilbud på den skolen som barnet ville gått på dersom det ikke forelå noen funksjonsnedsettelse.

Barn som ikke kan oppnå tilfredsstillende utbytte i form av kunnskaper og ferdigheter i ordinære undervisningssituasjoner, må etter dette sikres rett til et alternativt, tilpasset tilbud for at en slik målsetting vil kunne oppnås. Det sies ikke noe om hvordan slike individuelle tilbud skal utvikles eller utformes, eller hvordan avgjørelsesprosesser vedrørende ulike former for tilpasset undervisning skal utformes. Men dersom man står overfor en sak der et barn ikke har fått et alternativt tilbud og dermed ikke tilfredsstillende utbytte, vil det være i strid med BK. Det kan ses som en parallell til den minstestandarden som må innfortolkes i Grl. § 109, se punkt 3.2.2.

Nødvendig tilrettelegging må føre til at opplæringsretten ikke bare formelt, men også reelt, sikres slik at alle barn får et tilpasset tilbud som fører til en realistisk måloppnåelse.

6.2.4 Tilbakemeldinger til Norge fra Barnekomiteen i 2018

FNs barnekomité kom som nevnt med sine avsluttende merknader i juni 2018 til Norges femte og sjette landrapport. Bare i begrenset utstrekning ble det gitt tilbakemeldinger på feltet opplæring og bestemmelsene i art. 28 og 29.

Forut for disse ble det avholdt dialogmøter mellom komiteen og norske myndigheter. Norge blir innledningsvis berømmet for vedtaket av Grl. § 104 og for å nærme seg disse spørsmålene med et menneskerettsperspektiv. Barnekomiteens avsluttende merknader spenner over et vidt spekter av ulike temaer, noe som ikke er unaturlig gitt barnekonvensjonens bredt anlagte rettighetskatalog.¹²⁹

Komiteen gir en felles tilbakemelding på oppfyllelsen av art. 28 til 31 som dreier seg om opplæring, fritid og kulturelle aktiviteter. Her medtas kun tilbakemeldingen vedrørende opplæring:

29. In the light of the Committee's general comment No. 1 (2001) on the aims of education, and target 4.7 of the Sustainable Development Goals on ensuring that all learners acquire the knowledge and skills needed to promote sustainable development, the Committee recommends that the State party:

(a) Increase its efforts to implement a zero-tolerance approach to discrimination on the grounds of race, migration status, sexual orientation or gender identity in the school context and expand the scope of that approach to include private schools and by ensuring recurrent training for all school staff members on equality and gender identity and addressing all forms of discrimination, as well as civic instruction for students on the importance and methods of combating and reporting instances of discrimination. The State party should also develop a new plan of action for promoting gender equality and preventing discrimination on the ground of ethnicity;

(b) Continue its efforts to combat bullying and raise awareness of its harmful effects, with particular emphasis on the prevention of cyberbullying and on how children can defend themselves against cyberbullying, introduce mandatory elements into school curricula at all education levels on tolerance for diversity, non-violent conflict resolution skills and the judicious and safe use of the Internet, further build the capacity of teachers and school personnel in that regard and ensure that schools conduct special information sessions for parents on those issues.

Som det framgår er det lite her som dreier seg om synspunkter knyttet til spesialundervisning eller tilpasset undervisning. Komiteen er bekymret for diskriminering ikke mins ut fra kjønn og etnisitet, samt for mobbing både på nett og ellers.

¹²⁹ Se Kvalø: «Merknader fra FN's barnekomité til Norge – en kommentar», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2018 s. 352–360.

Det ble som nevnt gitt en bredere tilbakemelding på rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse (BK art. 23), se punkt 6.3.3.

6.2.5 Oppsummering

Barnekomiteens forståelse av BK art. 29 nr. 1 gir klare føringer for opplæringens formål og innhold. Særlig utpenslet er disse synspunktene i GC 1/2001. Barnekonvensjonen krever at alle barn skal ha likeverdige muligheter til å gjennomføre utdanning og utvikle sitt potensial. Utdanningen skal være tilrettelagt hvert barns unike behov, og målet er at alle får hjelp i vanlige skoler. Men som påpekt atskiller ikke denne forståelsen av innholdet i BK art. 29 nr. 1 seg fra den formålsopplistingen som framgår av opplæringslovas formålsparagraf.

Disse vurderingene innebærer samtidig at barn har rett til *tilpasset opplæring* som muliggjør at hvert barn får utviklet sitt potensial. Ingen fysiske eller psykiske utfordringer på barnets side tilsier at de utelukkes fra ordinær undervisning eller at de eventuelt gis et mer tilpasset opplegg som bedre vil kunne sikre en slik måloppnåelse. Tilpasset opplæring er en forutsetning for likeverdighet og inkludering. Skolen må tilrettelegge opplæringen på individ- og gruppenivå så den passer for alle elever. Prinsippet om tidlig innsats innebærer at skolen så raskt som mulig skal fange opp og hjelpe elever som trenger det, slik at de ikke mister grunnleggende opplæring.

Men det kan ut fra dette ikke utledes krav til statenes lovgivning om hvordan retten til tilpasset undervisning skal utformes, eller til bestemte prosedyrer forut for og ved gjennomføringen av retten til tilpasset opplæring.

Elever som ikke får et tilfredsstillende utbytte av den ordinært tilrettelagt opplæring, kan ha krav på ulike former for spesialundervisning. Det kan for eksempel være at eleven trenger en annen organisering, andre kompetansemål, et annet timeomfang eller lærere med en spesifikk kompetanse.

Men dette utløser ikke krav om *bestemte* lovmessige grep for å imøtekomme barns særlige behov i opplærings situasjonen. For å sikre at kommunene like fullt gir et tilpasset til barn med særlige utfordringer, framstår det som nærmest nødvendig å gi bindende regler om dette i lovs form. Kommunenes selvbestemmelsesrett ville ellers kunne føre til svært ulik tilnærming til spørsmålet. Dette vil uansett kunne framstå som inngrep som krever lovhjemmel etter GrL § 113, se punkt 3.4.

Barnekomiteen hadde ingen spesielle kommentarer til Norges rapportering om slike spørsmål i statsrapportene. De få kommentarene til art. 29 etter var, som det framgår, mer rettet mot diskriminering, hensyn til minoritetsbarn og det å bekjempe mobbing. Men det kom viktige tilbakemeldinger om spesialundervisning knyttet til BK art. 23 om rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse, se punkt 6.3.3.

6.3 BK og rettigheter til personer med funksjonsnedsettelse

6.3.1 Innledning

Etter ldl. § 21 har elever og studenter med funksjonsnedsettelse «rett til egnet individuell tilrettelegging av lærested, undervisning, læremidler og eksamen, for å sikre likeverdige opplærings- og utdanningsmuligheter».

6.3.2 BK art. 23

Den særskilte sikringen av statlige forpliktelser overfor barn med funksjonsnedsettelse er nedfelt i BK art. 23. Bestemmelsen pålegger statene om mulig å gi merrettigheter for å kompensere for den aktuelle funksjonsnedsettelsen for – så langt det lar seg gjøre – å gi barn med funksjonsnedsettelse tilsvarende muligheter som andre barn. Bestemmelsen er gitt denne utformingen:¹³⁰

1. Partene anerkjenner at et barn som er psykisk eller fysisk utviklingshemmet, bør ha et fullverdig og anstendig liv under forhold som sikrer verdighet, fremmer selvstendighet og bidrar til barnets aktive deltakelse i samfunnet.
2. Partene anerkjenner at barn med funksjonshemninger har rett til særlig omsorg og skal, innenfor rammen av de midler som er til rådighet, oppmuntre til og sikre at barn som oppfyller vilkårene og barns omsorgspersoner får den hjelp de har søkt om og som er rimelig i forhold til barnets tilstand og foreldrenes eller andre omsorgspersoners situasjon.
3. Idet det anerkjennes at funksjonshemmede barn har særlige behov, skal hjelp som ytes i samsvar med nr. 2, gis gratis når dette er mulig, samtidig som foreldrenes eller andre omsorgspersoners økonomi tas i betraktning, og hjelpen skal innrettes slik at funksjonshemmede barn har effektiv adgang til og mottar undervisning, opplæring, helsetjenester, rehabiliteringstjenester, forberedelse til arbeidslivet og rekreasjonsmuligheter på en måte som best mulig fremmer barnets sosiale integrering og personlige utvikling, herunder dets kulturelle og åndelige utvikling.
4. I det internasjonale samarbeids ånd skal partene fremme utveksling av egnet informasjon om forebyggende helsearbeid og om medisinsk, psykologisk og fysikalsk behandling av funksjonshemmede barn, herunder spredning av og tilgang til informasjon om rehabiliteringsmetoder, undervisning og yrkesveiledningstjenester, for at partene skal kunne forbedre sin kapasitet og kompetanse og å utvide sine erfaringer på disse områder. I denne sammenheng skal det tas særlig hensyn til utviklingslandenes behov.

BK art. 23 oppstiller ulike krav som skal underbygge hovedkravet om at et barn med en funksjonsnedsettelse, uavhengig av om denne er av fysisk eller psykisk karakter, på tilsvarende måte som andre barn har rett til et verdig liv. Hun eller han har også rett til å bli respektert som en egen person med krav på selvbestemmelsesrett og integritetsvern. Dette gir også grunnlag for å se kravene i art. 23 i nær sammenheng med diskrimineringsvernet i BK art. 2 nr. 1, selv om diskriminering ikke er nevnt i art. 23.

Tilnærmingen i art. 23 er videre at barn med spesielle behov har krav på tilrettelagte tiltak fra det offentlige. Det kan kalles for «merrettigheter», det vil si særlige rettigheter som blant annet kan bidra til at barn med funksjonsnedsettelse vil kunne oppnå like muligheter som andre barn, og da «på tross av» funksjonsnedsettelsen.

Artikkel 23 nr. 1 oppstiller det overordnede prinsippet om at barn med funksjonsnedsettelse skal ha rett til et fullverdig og anstendig liv. De neste punktene presiserer hva statene bør gjøre for å realisere dette prinsippet. Mens nr. 2 gjelder omsorg og hjelp, knytter nr. 3 an til økonomi og reell tilgang til opplæring og ulike tjenester. Nr. 4 er av en noe annen karakter og inviterer til statlig samarbeid på tvers av landegrensar.

Bestemmelsene i BK art. 23 gjelder, etter ordlyden, barn med fysiske og/eller psykiske funksjonshemninger. Det gis verken her eller i konvensjonens tekst for øvrig noen definisjon

¹³⁰ Oversettelsen er hentet fra Lovdata.

av hva som ligger i begrepet «funksjonshemmet». Det er derfor uklart om det for eksempel skal oppstilles krav til varighet og alvorlighetsgrad.

Barnekomiteen synes å ville oppstille en tilsvarende definisjon som er nedfelt i KFR art. 1 andre avsnitt, se punkt 4.2. Dette framgår av GC 9/2006 avsnitt 7, under overskrift *Definition*, hvor det er en direkte henvisning til det da foreslåtte utkastet til KFR art. 1 andre avsnitt.¹³¹ Dette innebærer et krav om «long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which ... may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others». En slik definisjon kan være hensiktsmessig som avgrensning av en persongruppe med krav på «merrettigheter» ut fra sine konkrete, aktuelle behov.

I GC 9/2006 utdypes komiteens vurdering av hva som ligger i rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse. GC 9/2006 er derfor et sentralt dokument for forståelsen av rettigheter etter BK. I dokumentet er ikke bare diskrimineringsvernet i art. 2 og det særlige vernet i art. 23 behandlet, men også mange av de andre rettighetene som sikres i de øvrige konvensjonsbestemmelsene.

I GC 9/2006 del D (som viser til BK art. 2, 3, 6 og 12) understrekes de fire generelle prinsippene i konvensjonen som også må gjennomsyre implementeringen av bestemmelser overfor barn med funksjonshemming; det gjelder ikke-diskriminering, barnets beste, retten til liv og utvikling og respekten for barnets egen mening.

Familierelasjoner og ulike omsorgssituasjoner er temaet i GC 9/2006 del F (som viser til BK art. 5, 9 til 11, 18 til 21, 25, 27 og 39). Her omhandles nødvendig understøttelse av familier med funksjonshemmede barn, men det pekes samtidig på den økte faren for misbruk, vold og forsømmelser som hjemmebasert omsorg kan resultere i. Utover familiebasert omsorg drøftes situasjonen for barn med funksjonsnedsettelse når tilbud gis i institusjonelle rammer. Enten dette skjer i familieliknende former eller i mer ordinære institusjoner, skal utformingen av tiltakene ta omsyn til barns særlige behov. Det kreves tilsyn med de ulike omsorgsformene fordi barn med funksjonsnedsettelse er særlig sårbare. Det må også foretas regelmessige vurderinger av om den valgte omsorgsformen for det enkelte barnet (fortsett) er hensiktsmessig eller bør endres.

I GC 9/2006 del G (som viser til BK art. 6, 18, 23, 24, 26 og 27) fokuseres det på grunnleggende helsetjenester og sosial velferd. Her legges stor vekt på forebyggingsperspektivet, tidlig intervensjon, flerfaglig tilnærming, forskning og utvikling på behandlings- og rehabiliteringsfeltet.

I GC 9/2006 del H (som viser til BK art. 28, 29 og 31) står utdanning og fritid i fokus, herunder det at barn med funksjonsnedsettelse gjennom tilrettelagt undervisning kan oppnå selvtillit og selvaktelse, og at det både legges til rette for yrkesaktivitet gjennom utdanningssystemet og muligheten for barn til å utfolde seg, for eksempel gjennom idrettslige aktiviteter.

Komiteen legger i GC 9/2006 stor vekt på at undervisningen av barn med nedsatt funksjonsevne skal være inkluderende. Inkluderende undervisning defineres som «et sett verdier, prinsipper og framgangsmåter som skal gi alle elever en meningsfylt, effektiv og kvalitetsmessig god undervisning, og som tar hensyn til mangfoldet av forutsetninger og behov». Inkludering handler ikke bare om å integrere barn med nedsatt funksjonsevne i den

¹³¹ Se punkt 4.2 i betenkningen her om slike definisjonsspørsmål.

ordinære skolen, men må ta hensyn til hvilke behov de har. Skolens læreplaner må tilpasses slik at de passer for barn med nedsatt funksjonsevne, og det må gjøres endringer i utdanningen til lærere og andre yrkesgrupper i skolen.

I GC 20/2016 (avsnitt 71) fra barnekomiteen om implementeringen av barns rettigheter i ungdomstiden, bes statene om å rådføre seg med ungdom om hvilke barrierer som hindrer dem i å bli i skolen. Blant årsaker i skolen peker barnekomiteen selv på mangler ved pedagogikken, lav deltagelse og mobbing.

I rapporten *Deltakelse og mangfold. Regjeringens innsats for personer med funksjonsnedsettelse (2014–2017)* har regjeringen redegjort for viktige innsatser på funksjonshemningsområdet. Det gjelder transportsystemer og transporttilbud, helse- og omsorgstilbud, tilbud om bolig, opplærings- og utdanningstilbud, kultur- og fritidsaktiviteter og støtte i forbindelse med studier og arbeid, samt støtte til nasjonal og lokal medvirkning fra sivil samfunn. I rapporten framholdes at dette er første gang regjeringen legger fram en samlet oversikt over hva de ulike departementene konkret har foretatt seg innen sine ansvarsområder på dette området. Det er gitt eksempler på en rekke ulike tiltak iverksatt for å imøtekomme behovene til barn med funksjonsnedsettelser.

For at noen skal ha krav på velferdsgoder, det vil si stønader og tjenester fra det offentlige, trengs det i Norge vanligvis hjemmel i lov eller forskrifter med hjemmel i lov.¹³² Dette gjelder uansett dersom kommunene som pliktsubjekt skal bli bundet av lovgivningene. Dette innebærer at konvensjonsbestemmelser om slike rettigheter må derfor følges opp med internrettslig lovgivning. Dette må særlig være tilfellet dersom konvensjonsbestemmelsene er så vagt utformet at de i seg selv vanskelig kan legges til grunn for å fastslå et rettskrav og hva et slikt eventuelt skal gå ut på.

Merrettigheter til funksjonshemmede barn krever følgelig hjemmel i lov fordi bestemmelsene i BK art. 23, til tross for at de har status som norsk lov med forrang, er for vagt utformet til å kunne regulere rettsstillingen til – herunder (mer)rettighetene til – barn med funksjonsnedsettelser. Konvensjonens bestemmelser om merrettigheter kan ofte best ses som et supplement til konvensjonsbestemmelsene som er oppstilt for å sikre alle barn ulike rettigheter til grunnleggende velferdsgoder som helsetjenester, opplæring mv.

6.3.3 Tilbakemeldinger fra Barnekomiteen

Temaet «barn med funksjonsnedsettelser» sto heller ikke sentralt i dialogen mellom Barnekomiteen og norske myndigheter. Det ble i avsluttende merknader berørt i seks bokstavpunkter i tilknytning til vurderingen av etterlevelsen av art. 23.¹³³

Norge ble anbefalt å arbeide videre for å forebygge vold, misbruk og forsømmelser av barn med funksjonsnedsettelser, og for å sikre at slike hendelser blir registrert (bokstav a og b). Videre bør det tilstrebes tilbud som ikke innebærer institusjonalisering (bokstav c).

Det ble lagt stor vekt på at rådene om inkluderende spesialundervisning fra den førnevnte utredningen til Nordahl-utvalget burde implementeres. Dette kom til uttrykk (bokstav d og e) på denne måten:

¹³²Se NOU 2005: 8 punkt 4.6, og Aslak Syse: *Offentlige ytelser til personer med varige funksjonshemninger*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 3 for 2002. Rettighetsperspektivet i velferdslovgivningen er videre tema i Kjønsstad, Syse og Kjelland: *Velferdsrett I* (2017) kap. 2.

¹³³ Se Concluding Observations avsnitt 23.

(d) Ensure, in the light of the outcome of the report of 1 April 2018 on inclusive education by the expert group for children and young people who need special adaptation, that inclusive education becomes more inclusive, more adapted to the needs of children with disabilities and obtains better results, with higher quality;

(e) Ensure that inclusion is given priority over placement in special education institutions or classes, increase the training and assignment of specialized teachers and professionals providing individual support in inclusive classes and improve the physical accessibility of schools;

Endelig ble det nok en gang pekt på ulikheter mellom kommunene vedrørende tilrettelagte tilbud til familier med barn med funksjonsnedsettelse, samtidig med en påminnelse om å rette et særlig fokus på utfordringene til barn med funksjonsnedsettelse i etniske minoritetsgrupper (bokstav f).

Videre må disse merknadene ses i sammenheng med komiteens tilbakemeldinger vedrørende helseforhold, ikke minst psykisk helse, se avsnitt 24, 25 og 26. Vedrørende «mental health» uttrykte komiteen enkelte bekymringer som ble fulgt opp av ledsagende anbefalinger (avsnitt 26) om å:

(a) Allocate sufficient resources to the mental health sector, both in general and according to the individual needs of each municipality;

(b) Investigate the causes of suicidal tendencies, particularly among transgender children and children in migration reception centres, and ensure that measures are developed to prevent such tendencies and that health personnel are adequately trained in that regard;

(c) Improve the diagnosis of mental health problems among children and ensure that any initial diagnosis of ADHD is reassessed, that appropriate non-medical, scientifically based psychiatric counselling and specialist support for children, their parents and teachers are given priority over the prescription of drugs in addressing ADHD and other behavioural specificities, with particular attention given to boys, and that parents and children are informed about the negative side effects of treatments with psychostimulants and are provided with information on non-medical treatments.

For enkelte andre land med større grad av institusjonalisering av barn med ulike former for funksjonsnedsettelse, utelukkelse fra ordinær utdanning mv., er tilbakemeldingene fra barnekomiteen vedrørende art. 23 mer detaljert utformet og med en sterkere normativ karakter enn de har vært til Norge.¹³⁴

Det er verd å nevne påpekingen fra Barnekomiteen om barns rett til å bli hørt (avsnitt 14) uttaler blant annet følgende under overskriften «Respect for the views of the child»:

While noting with appreciation that the State party's legal framework is, to a large extent, in line with the principles enshrined in article 12 of the Convention, the Committee recommends that the State party:

(a) Increase its efforts to strengthen compliance in practice with the child's right to be heard, in particular with regard to children who are more vulnerable to exclusion in this regard, such as children with disabilities, children of a younger age and migrant, asylum-seeking and refugee children;

Parallelt med behandlingen av Norges siste rapporter i FNs barnekomité har Norge også fått behandlet og fått tilbakemeldinger på sin første landrapport om oppfølgingen av forpliktelsene etter KFR. Denne tilbakemeldingen er nærmere omtalt i punkt 4.5.5.

¹³⁴ Se for eksempel tilbakemeldingene i Concluding Observations til Russland 2014 (CRC/C/RUS/CO/4-5) avsnitt 49 og 50, og Concluding Observations til Marokko 2014 (CRC/C/MAR/CO/3-4) avsnitt 52 og 53. Når man ser disse mer utfyllende punktene ved behandling av senere landrapporter, er det rimelig å forvente en større grad av oppfølging av forpliktelsene etter art. 23 også for Norges vedkommende ved gjennomgangen av kommende landrapporter.

6.3.4 Oppsummering

Rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse innbefatter også rett til særlig tilpasset opplæring ut fra konkrete behov. Dette var også et særlig tema i GC 1/2001 der det ble vist til den nevnte Salamanca-erklæringen om inkluderende opplæring. Inkluderende undervisning var også vært et sentralt tema i KFR-komiteens GC 4/2016, se punkt 4.4.

Det er særlig i tilknytning til BK art. 23, og ikke art. 29, at kritikken mot spesialundervisningen kommer opp. Kritikken går ofte på at den ikke har tilstrekkelig kvalitet, ofte fordi den gjennomføres av personell uten særskilt kompetanse. Dette er også en kritikk som Barneombudet som tilsynsmyndighet har reist ved flere anledninger. Mest eksplisitt framkommer dette i Ombudets fagrappport fra 2017, *Uten mål og mening? – elever med spesialundervisning i grunnskolen*. Også retten til et godt skolemiljø har stått sentralt for Barneombudet, se rapporten fra 2018, *God hjelp til rett tid? Gjennomgang av fylkesmennenes behandling av saker i den nye håndhevingsordningen om elevenes skolemiljø*.

Komiteens uttalelser om Norges rapporter er ikke normativ for hvilke plikter komiteen mener norske myndigheter har på dette feltet. De aktuelle tilrådingene til BK art. 23 er at myndighetene, i lys av Nordahl-utvalgets rapport, må tilse at «inclusive education becomes more inclusive, more adapted to the needs of children with disabilities and obtains better results, with higher quality». Dette er mer innspill om faglige utfordringer enn om rettslige virkemidler. I tråd med dette anbefalte Komiteen videre at Norge intensiverer opplæringen av spesialiserte fagfolk og sørger for at de gir flere barn individuell støtte i inkluderende klasser, fremfor i spesialklasser og -institusjoner.

Det vanskelig å se at BK art. 23 setter begrensninger i statenes handlefrihet når det gjelder på hvilke måter tilpasset opplæring skal gis, og hvordan prosesser fram mot tilpasset opplæring nødvendigvis bør være, for eksempel om behovet skal møtes med individuelle rettigheter eller ved andre reguleringsmekanismer som at det gis pliktbestemmelser rettet mot kommunene og andre leverandører av opplæringstilbud.

6.4 Oppsummerende vurderinger

Flere høringsinstanser til Nordahl-utvalget mente at utvalgets forslag var i strid med BK. Etter det som framkommer i de aktuelle artiklene i BK (særlig art. 28, 29 og 23) er det liten grunn til en slik konklusjon.

Norge har en stor handlefrihet når det gjelder hvordan kravet til tilpasset undervisning og inkluderende undervisning best kan regelfestes. Men som det framgår i punkt 6.2.3 må barn som ikke kan oppnå tilfredsstillende utbytte i form av kunnskaper og ferdigheter i ordinære undervisningssituasjoner, sikres rett til et alternativt, tilpasset tilbud for at en slik målsetting vil kunne oppnås. Det framgår ikke noe om hvordan slike individuelle tilbud skal utvikles eller utformes, eller hvordan avgjørelsesprosesser vedrørende ulike former for tilpasset undervisning skal utformes. Men dersom man står overfor en sak der et barn ikke har fått et alternativt tilbud og dermed ikke et tilfredsstillende utbytte, vil det være i strid med BK.

Tilsvarende forståelse kan innfortolkes også i art. 23 som omhandler rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse.

De tilrådingene som gis, enten dette skjer gjennom GC 1/2001, GC 9/2006 eller i «avsluttende merknader» til Norges statsrapporter, gir heller ikke mer enn tilråding om at i hovedsak bør

opplæring ikke skje i atskilte grupper, men at det legges til grunn ulike former for inkluderende undervisning. Tilpasset undervisning bør derfor om mulig skje i ordinære skolesituasjoner. Men dette framstår som nevnt mer som faglige synspunkter enn rettslige vurderinger og tilrådinger.

7. Andre ØSK konvensjoner

7.1 Innledning

Rett til opplæring ses i all hovedsak som en rettighet på øsk-området. Det var bakgrunnen for at en slik rett ikke ble medtatt da EMK ble vedtatt i 1950, men først kom inn i som en konvensjonsrettighet gjennom TP-1-2. Også forslaget til Grl. § 109 ble behandlet som en rettighet på øsk-området, idet Stortingsbehandlingen skilte sivile og politiske menneskerettigheter på den ene siden og økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter på den andre siden.

Retten til opplæring finnes derfor fortrinnsvis i konvensjoner som inneholder øsk-rettigheter; det være seg rene øsk-konvensjoner eller konvensjoner som inneholder et bredere spekter av menneskerettigheter slik BK og KFR gjør. Disse er begge behandlet i det foregående (henholdsvis kapittel 4 og kapittel 6) fordi begge konvensjoner er av sentral betydning for betenkningens tema.

Her skal jeg kort behandle to gjenstående mer «rene» øsk-konvensjoner.

Den ene er universell i geografisk betydning ved at den er gitt av FN. Dette er ØSK som ble vedtatt i 1966 som en pendant til SP. Begge disse konvensjonene ble sammen med EMK inkorporert i menneskerettsloven allerede da denne ble vedtatt. ØSK, og da med et særlig fokus på opplæringsrettighetene, er tema i punkt 7.2.

I punkt 7.3 behandles Den reviderte europeiske sosialpakt (heretter: ESP). Europarådet vedtok den opprinnelige sosialpakten av i 1961, og den trådte i kraft for Norges del i 1965. Dette er øsk-pendanten til EMK som i hovedsak omfatter sivile og politiske rettigheter. Europarådet undertegnet i 1996 en revidert versjon, ESP, som trådte i kraft for Norges del 1. juli 2001.

7.2 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

7.2.1 Kort om ØSK fra 1966

ØSK inneholder et bredt spekter av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Her kan nevnes retten til arbeid, retten til sosial trygghet, retten til en tilfredsstillende levestandard (som blant annet omfatter mat, bolig og vann), retten til helse, retten til kultur og retten til utdanning.

Konvensjonens rettigheter skal etter art. 2 nr. 2 ivaretas uten diskriminering av noe slag ut fra «rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.»

En egen FN-komité – ØSK-komiteen – monitorerer statenes oppfølging av deres forpliktelser etter konvensjonen. Komiteen består av 18 uavhengige eksperter.

Komiteens overvåking skjer ved gjennomgang av statsrapporter om hvordan forpliktelser etter ØSK overholdes i det enkelte land. ØSK-komiteen behandler disse og avgir (som etter KFR og BK behandlet foran) «konkluderende observasjoner». Komiteen utarbeider i tillegg General Comments (GC) om hvordan de ulike bestemmelsene i konvensjonen skal forstås. Komiteen behandler i tillegg klager om anførte brudd som har skjedd i stater som har ratifisert som gir slik klagerett. Norge har ikke ratifisert denne tilleggsprotokollen.¹³⁵

ØSK trådte først i kraft 3. januar 1976, etter at 35 land hadde ratifisert denne. Konvensjonen har i dag bred tilslutning. Per juni 2019 er 169 av FNs 193 medlemsland parter til konvensjonen. Norge ble part 13. september 1972.

ØSK, og de enkelte artiklene i konvensjonen, pålegger stort sett statene plikter som skal oppfylles. Bestemmelsene i ØSK har derved et mindre preg av å skulle sikre individene egentlige, eller absolutte, rettigheter. Like fullt er det ofte mulig å avlede individuelle rettigheter ut fra statlige plikter, spesielt gjelder dette når pliktene er konkret utformet.

7.2.2 ØSK i norsk rett

Allerede da menneskerettsloven (mrl.) ble forberedt og vedtatt i 1999, ble ØSK inkorporert i mrl. § 2 på linje med EMK og SP. Dermed trådte også forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 i kraft. Dette gir de (nå) fem inkorporerte konvensjoner en særlig sterk formell stilling i norsk rett.

Denne stillingen ble ytterligere styrket ved grunnlovsreformen i 2014 gjennom vedtaket av Grl. § 92 med følgende ordlyd:

Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.

Grl. § 92 kan ikke forstås som en bestemmelse som gir grunnlovs rang til menneskerettskonvensjoner som Norge er part til. Grunnlovs rang er forbeholdt grunnlovens egne bestemmelser om menneskerettigheter. Men samtidig fikk forrangsbestemmelsen i konvensjoner som var inkorporert i menneskerettsloven ved vedtaket av Grl. § 92, tydeliggjort sin gjennomslagskraft i norsk rett.

Norge har ikke ratifisert tilleggsprotokollen som gir borgerne klagerett over konvensjonsbrudd til ØSK-komiteen, se punkt 7.2.1.

7.2.3 ØSK og personer med nedsatt funksjonsevne

FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter avga GC 5 i 1994.¹³⁶ Dette er en generell kommentar om rettsstillingen etter konvensjonen for personer med funksjonsnedsettelse. GC 5/1994 viser hvordan konvensjonens bestemmelser kan være

¹³⁵ Som påpekt i punkt 4.2.1 ble spørsmålet om ratifisering av tilleggsprotokollen til ØSK behandlet av Stortinget i vårsesjonen 2017, se Meld. St. 39 (2015–2016) *Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne*. Et stort flertall i utenriks- og forsvarskomiteen sluttet seg til regjeringens forslag om ikke å ratifisere tilleggsprotokollen, se Innst. 161 S (2016–2017). Et anmodningsforslag om ratifikasjon (fra V og SV) falt med 9 mot 91 stemmer.

¹³⁶ FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter: General Comments No. 5: *Persons with disabilities*, 1994.

anvendelige for å minske det som ofte omtales som et «disability gap». Konvensjonspartene anbefaler blant annet å:

- sikre at nasjonal lovgivning omfatter likebehandlingsprinsippet
- fokusere på jenter med funksjonsnedsettelse
- oppfordre til positiv mediedekning av barn med funksjonsnedsettelse
- prioritere barn med funksjonsnedsettelse i beslutninger som gjelder ressurstildeling
- arbeide for å identifisere funksjonshemninger og sikre tidlig og tilpasset intervensjon
- inkludere barn med funksjonsnedsettelse i avgjørelser som har betydning for dem
- inkludere barn med funksjonsnedsettelse i vanlig offentlig utdanning og yrkesfaglige programmer
- sørge for tilsvarende tilgang til helseomsorg som for andre barn

Komiteen slår fast at manglende tilrettelegging (*reasonable accommodation*) kan rammes av diskrimineringsforbudet. Videre pekes det på at diskriminering på grunnlag av *disability* særlig har rammet på områdene utdanning, arbeid, bolig, transport, kulturelt liv og tilgang til offentlige steder og tjenester. Dette uttrykkes slik i avsnitt 15 der diskrimineringsaspektene står sentralt:

For the purposes of the Covenant, «disability-based discrimination» may be defined as including any distinction, exclusion, restriction or preference, or denial of reasonable accommodation based on disability which has the effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise of economic, social or cultural rights. Through neglect, ignorance, prejudice and false assumptions, as well as through exclusion, distinction or separation, persons with disabilities have very often been prevented from exercising their economic, social or cultural rights on an equal basis with persons without disabilities. The effects of disability-based discrimination have been particularly severe in the fields of education, employment, housing, transport, cultural life, and access to public places and services.

Komiteen anbefaler statene å vedta en helhetlig lovgivning mot diskriminering på grunnlag av «disability»: «In order to remedy past and present discrimination, and to deter future discrimination, comprehensive anti-discrimination legislation in relation to disability would seem to be indispensable in virtually all States parties.»

Ettersom rettighetene i ØSK i stor grad er knyttet til ytelser fra staten, vil gjennomføringen av rettighetene nødvendigvis avhenge av statenes økonomi. ØSK art. 2 nr. 1 har derfor en passus som fastslår at gjennomføringen skal skje «med alle egnede midler». Statenes forpliktelser har derfor en relativ karakter, noe som får betydning for hvor langt de ulike bestemmelsene kan sies å gi absolutte rettigheter. Norge med en sterk økonomisk situasjon vil neppe bli hørt med at ressursmangel står i veien for at staten oppfyller pliktene etter ØSK.

7.2.4 ØSK og retten til opplæring

ØSK art. 13 og 14 anerkjenner retten til utdanning. Mennesker med nedsatt funksjonsevne har lik rett som alle andre til utdanning av en viss kvalitet, og opplæringen skal være kostnadsfri opp til et visst nivå.

Den aktuelle teksten i ØSK art. 13 lyder:¹³⁷

1. Konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til utdanning. De er enige om at utdanningen skal ta sikte på full utvikling av menneskets karakter og forståelse av dets verdighet, og skal styrke respekten for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. De er videre enige om at utdanning skal sette alle i stand til å delta på en nyttig måte i et fritt samfunn, fremme forståelse, toleranse og vennskap mellom alle nasjoner og alle rasegrupper, etniske og religiøse grupper, samt fremme De forente nasjoners arbeid for å bevare freden.

2. Konvensjonspartene erkjenner at for å oppnå den fulle virkeliggjørelse av denne rettighet, må følgende iakttas

- a. Grunnskoleundervisningen skal være tvungen og kostnadsfritt tilgjengelig for alle,
- b. Den utdanning som i ulike former følger etter grunnskoleutdanningen, herunder teknisk og yrkesmessig utdanning, skal ved alle egnede midler gjøres tilgjengelig for alle, særlig ved gradvis innføring av gratis undervisning,
- c. Høyere utdanning skal ved alle egnede midler, særlig ved gradvis innføring av gratis undervisning, gjøres likt tilgjengelig for alle på grunnlag av evner,
- d. Grunnleggende utdanning av personer som ikke har gjennomgått eller fullført hele grunnskoleutdanningen, skal i størst mulig utstrekning støttes og intensiveres,
- e. Det skal arbeides aktivt for utviklingen av et system med skoler på alle trinn, en tilfredsstillende stipendieordning skal opprettes, og lærepersonalets materielle vilkår skal fortløpende forbedres.

3. Konvensjonspartene forplikter seg til å respektere foreldres og, når det er aktuelt, vergers frihet til å velge andre skoler for sine barn enn dem som er opprettet av offentlige myndigheter, forutsatt at skolene oppfyller eventuelle minstekrav til undervisningen fastsatt eller godkjent av staten, og til å sikre sine barn en religiøs og moralsk undervisning i samsvar med deres egen overbevisning.

4. Intet i denne artikkel må tolkes som innskrenkninger i enkeltpersoners eller organisasjoners frihet til å opprette og drive undervisningsinstitusjoner, forutsatt at de prinsippene fastsatt i denne artikkels første paragraf alltid iakttas, og at den undervisning som gis i slike institusjoner, er i overensstemmelse med eventuelle statlige minstekrav.

Bestemmelsen fastslår at statene har forpliktelser å sikre at enhver får rett til utdanning, uavhengig av kjønn, sosial bakgrunn, etnisitet mv. Den skal sette alle i stand til å delta på en nyttig måte i et fritt samfunn, fremme forståelse, toleranse og vennskap mellom alle nasjoner og alle rasegrupper, etniske og religiøse grupper. Bestemmelsen har tilsvarende utforming og innhold som BK art. 28, se punkt 6.2.2. Den tidsmessige rekkefølgen er slik at utformingen av BK art. 28 ble bygget over lesten til ØSK art. 13.

Fordi ikke alle stater har hatt ressurser til å kunne innføre tvungen og gratis grunnskoleundervisning, har statene etter ØSK art. 14 en plikt til å arbeide planmessig for å sikre enhver rett og plikt til tvungen og gratis grunnskoleopplæring som være. Art. 14 er vedtatt med denne ordlyden:

Enhver stat som på det tidspunkt den blir part i konvensjonen, ikke har vært i stand til innen sitt eget territorium eller andre områder som er underlagt dens jurisdiksjon, å innføre tvungen og gratis grunnskoleundervisning, forplikter seg til innen to år å utarbeide og vedta en detaljert arbeidsplan for gradvis å gjennomføre, innen et rimelig antall år som skal angis i planen, prinsippet om tvungen utdanning, gratis for alle.

¹³⁷ Oversettelsen er hentet fra Lovdata.

ØSK-komiteen har utdypet innholdet i art. 13 i GC 13/1999.¹³⁸ Denne supplerer GC 11/1999 som da følger opp forpliktelsene etter ØSK art. 14, men GC 11/1999 er uten særlig betydning i denne sammenhengen.¹³⁹

GC 13/1999 avsnitt 6 går i dybden hva gjelder kravene i ØSK art. 13 nr. 2. Også her settes de «fire A'er» i fokus som grunnleggende og generelle prinsipper for opplæringen på tilsvarende måte som for forståelsen av *inkluderende opplæring* i KFR, se punkt 4.4.2. Teksten i GC 13/1999 avsnitt 6 lyder:

(a) *Availability* – functioning educational institutions and programmes have to be available in sufficient quantity within the jurisdiction of the State party. What they require to function depends upon numerous factors, including the developmental context within which they operate; for example, all institutions and programmes are likely to require buildings or other protection from the elements, sanitation facilities for both sexes, safe drinking water, trained teachers receiving domestically competitive salaries, teaching materials, and so on; while some will also require facilities such as a library, computer facilities and information technology;

(b) *Accessibility* – educational institutions and programmes have to be accessible to everyone, without discrimination, within the jurisdiction of the State party. Accessibility has three overlapping dimensions:

(i) *Non-discrimination* – education must be accessible to all, especially the most vulnerable groups, in law and fact, without discrimination on any of the prohibited grounds;

(ii) *Physical accessibility* – education has to be within safe physical reach, either by attendance at some reasonably convenient geographic location (e.g. a neighbourhood school) or via modern technology (e.g. access to a “distance learning” programme);

(iii) *Economic accessibility* – education has to be affordable to all. This dimension of accessibility is subject to the differential wording of article 13 (2) in relation to primary, secondary and higher education: whereas primary education shall be available “free to all”, States parties are required to progressively introduce free secondary and higher education;

(c) *Acceptability* – the form and substance of education, including curricula and teaching methods, have to be acceptable (e.g. relevant, culturally appropriate and of good quality) to students and, in appropriate cases, parents; this is subject to the educational objectives required by article 13 (1) and such minimum educational standards as may be approved by the State (see art. 13 (3) and (4));

(d) *Adaptability* – education has to be flexible so it can adapt to the needs of changing societies and communities and respond to the needs of students within their diverse social and cultural settings.

Det er særlig kravene om at opplæringen skal være tilgjengelig (kravet til *accessibility*) som da vil være kravet som imøtekommer elever med særlige behov, enten disse av ulike former for funksjonsnedsettelse eller andre grunner.

Også i GC 5/1995 er retten til opplæring for personer med funksjonsnedsettelse nærmere kommentert. I avsnitt 35 heter det, med referanse til FNs Standard Rules (1993), om betydningen av en «normalisering» av undervisningssituasjonene:

Thus the Standard Rules provide that «States should recognize the principle of equal primary, secondary and tertiary educational opportunities for children, youth and adults with disabilities, in integrated settings». In order to implement such an approach, States should ensure that teachers are trained to

¹³⁸ General Comment No. 13 (1999): *The right to education (article 13 of the Covenant)*.

¹³⁹ General Comment 11 (1999): *Plans of action for primary education (article 14 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*.

educate children with disabilities within regular schools and that the necessary equipment and support are available to bring persons with disabilities up to the same level of education as their non-disabled peers. In the case of deaf children, for example, sign language should be recognized as a separate language to which the children should have access and whose importance should be acknowledged in their overall social environment.

Men det går ikke nærmere fram av noen av de aktuelle GC hvordan tilpasset undervisning kan, bør eller skal kunne gis i et system der grunnskoleundervisninga skal gis i et «normalisert system». Verken GC 5, GC 11 eller GC13 kommer inn på slike spørsmål.

Det er altså de senere konvensjonene på dette feltet, KFR (punkt 4) og BK (punkt 6) som går nærmere inn på hvordan tilpasset undervisning skal kunne gjennomføres, men også da uten spesifikke krav til nasjonalstatene.

7.2.5 Tilbakemeldinger til Norges statsrapporter

Norge har levert statsrapporter i henhold til oppsatt tidsskjema. I begrenset utstrekning har ØSK-komiteen tatt opp spørsmål av betydning for denne betenkningen. De to siste tilbakemeldingene fra 2005 og 2013 gjelder henholdsvis Norges fjerde og femte statsrapport.¹⁴⁰

I tilbakemeldingen på Norges fjerde statsrapport var kommentarene vedrørende utdanningsspørsmål begrenset til at asylsøkere over 18 år ikke ble gitt tilgang på opplæring samtidig som mindreårige asylsøkere fikk tilgang til både grunnskole og videregående opplæring (avsnitt 22 og 43). Videre uttalte komiteen bekymringer over undervisningstilbud til barn under barnevernets omsorg, enten dette gjaldt barn plassert i institusjonell omsorg eller i fosterhjem (avsnitt 32).

I tilbakemeldingen fra 2013 er det pekt på store regionale forskjeller i skoleresultater, og Norge oppfordres til å arbeide for bedre rekruttering av kvalifiserte lærere til mindre lokalsamfunn (avsnitt 22). Videre er komiteen opptatt av skolefrafallet, særlig blant immigranter, og den er bekymret for mobbing i skolen av elever med innvandrerbakgrunn og med bakgrunn som roma/sigøynere (avsnitt 23 til 25):

The Committee is concerned about the higher dropout rate of immigrant students, in particular in upper secondary education. It is furthermore concerned that children from minority communities are more likely to experience bullying in schools (arts. 13 and 14). The Committee recommends that the State party continue to take measures to reduce the dropout rate of immigrant students. The Committee also recommends that the State party systematically collect data on bullying in schools, disaggregated by ethnic group, adopt measures, legislative or otherwise, to combat bullying in schools, and assess the effectiveness of such measures in countering the phenomenon.

The Committee is concerned about the very high levels of absenteeism of Roma children of compulsory school age, despite the measures taken by the State party, such as the 2009 Plan of Action. The Committee recommends that the State party take measures to ensure that all Roma children attend compulsory education, including through making it more accessible for those who travel for a part of the year. The Committee recommends that the State party establish a new plan of action, based on an evaluation of the 2009 plan of action.

¹⁴⁰ Henholdsvis *Concluding observations on the fifth periodic report of Norway*, 29 November 2013 og *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, 23 June 2005. Norges sjettede statsrapport skal etter planen avgis ett år forsinket, 31. oktober 2019. – I tilbakemeldingen til den tredje rapporten fra 1995 (en samlingsrapport for en rekke land) ble Norge gitt ros (avsnitt 219) for «the policy of integration of children with disabilities within the regular educational system, as well as the results thus attained». Det var det eneste som ble nevnt om opplæringssspørsmål knyttet til Norges rapport.

The Committee is concerned that the State party continues to place restrictions on the access to education of asylum-seeking minors who are over the compulsory school age. ... The Committee recommends that the State party ensure, through legislative and other measures, that asylum-seeking minors who are over the compulsory school age have access to primary and secondary education on an equal footing with other children.

Det finnes ikke i tilbakemeldingene noen egentlige synspunkter om spesialundervisningen og hvordan denne er organisert. Slike synspunkter kommer som nevnt knapt fram i de tre ulike GC knyttet til opplæring, bortsett fra kravene som er oppstilt om de «fire A'er», se punkt 7.2.4.

7.2.6 Særlig om opplæring for personer som trenger dette også i voksen alder.

Det eneste stedet i ØSK spørsmålet om livslang læring er kommentert, og da eventuelt for personer som trenger dette også for grunnleggende ferdigheter, finnes i GC 13/1999 og da knyttet til rettigheten i ØSK art. 13 nr. 2 bokstav d. Selve konvensjonsteksten, se punkt 7.2.4, synes ut fra naturlig språkbruk å peke mot at staten må sikre slike rettigheter for personer som *ikke* har mottatt grunnleggende opplæring. Det gjelder «[g]runnleggende utdanning av personer som *ikke* har gjennomgått eller fullført hele grunnskoleutdanningen» (min utheving. AS).

Dette kravet legger komiteen i GC 13/1999 ut på følgende måte (avsnitt 21 til 24):

Fundamental education includes the elements of availability, accessibility, acceptability and adaptability which are common to education in all its forms and at all levels.

In general terms, fundamental education corresponds to basic education as set out in the World Declaration on Education For All. By virtue of article 13 (2) (d), individuals «who have not received or completed the whole period of their primary education» have a right to fundamental education, or basic education as defined in the World Declaration on Education For All.

Since everyone has the right to the satisfaction of their “basic learning needs” as understood by the World Declaration, the right to fundamental education is not confined to those «who have not received or completed the whole period of their primary education». The right to fundamental education extends to all those who have not yet satisfied their «basic learning needs».

It should be emphasized that enjoyment of the right to fundamental education is not limited by age or gender; it extends to children, youth and adults, including *older persons*. Fundamental education, therefore, is an integral component of *adult education* and *life-long learning*. Because fundamental education is a right of all age groups, curricula and delivery systems must be devised which are suitable for students of all ages (mine uthevinger. AS).

Det er mulig derfor å hevde at det i ØSK art. 13 nr. 2 bokstav d ligger et pålegg rettet til statlige myndigheter om å sikre grunnleggende opplæring («fundamental education») for personer som i voksen alder er avhengig av stadig påfyll gjennom det som i Norge kalles «voksenopplæring på grunnskolens område». Slike rettigheter er for Norges del lovfestet i opplæringslova kap. 4A. Det er like fullt vanskelig å utlede at dette er basert på folkerettslige forpliktelser med utgangspunkt i en konvensjonsbestemmelse med forrang etter norsk rett.

Det er mer rimelig å se dette som plikter/rettigheter som nasjonalstaten selv kan innføre og da eventuelt i tråd med hvordan ØSK-komiteen vurderer en noe utvidet forståelse av konvensjonskravene som framgår av ØSK art. 13.

Derimot er det lettere å utlede et krav om fornyet grunnskoleopplæring dersom en person kommer i endret livssituasjon slik at tidligere mottatt grunnskoleopplæringen ikke lenger er like relevant. Da kan det å sikre en ny grunnleggende opplæring være i tråd med ØSK art. 13 nr. 2 bokstav d. Dette kan for eksempel gjelde dersom en person mister synet i tidlig voksen

alder og derfor må tilegne seg nye grunnleggende kunnskaper og ferdigheter for å kunne tilpasse seg en ny livssituasjon.

7.2.7 Oppsummerende vurderinger

Det er verken i traktatteksten eller de aktuelle GC nedfelt sikre krav til måten statlige myndigheter skal organisere opplæringen på, hvem som eventuelt skal sikres rett til tilpasset opplæring eller hvilke plikter statlige myndigheter har overfor personer som stadig trenger opplæring for å holde grunnleggende kunnskaper og ferdigheter ved like.

Det som synes klart er at opplæringen må være tilpasset elevene for at formålet med opplæringen skal kunne oppnås, se ØSK art. 13 nr. 1 som fastslår at «utdanning skal sette *alle* i stand til å delta på en nyttig måte i et fritt samfunn» (uthevet her). Kravene om dette oppstilles av ØSK-komiteen som en tilfredsstillende av de «fire A'er»; Availability, Accessibility, Acceptability og Adaptability.

7.3 Europarådets reviderte sosialpakt (ESP)

7.3.1 Kort om ESP

ESP trådte i kraft for Norges del 1. juli 2001. Originaltittel (engelsk) er European Social Charter (Revised). Dette er den viktigste øsk-konvensjonen som er vedtatt av Europarådet.

Den europeiske komiteen for sosiale rettigheter (Ekspertkomiteen) på 15 medlemmer overvåker landenes gjennomføring av ESP. Norge har rapportert årlig i henhold til regelverket.

ESP art. E i inneholder et forbud mot diskriminering, men begrenset til konvensjonens rettigheter.¹⁴¹ «Disability» er ikke nevnt, men er utvilsomt omfattet av vernet, jf. «other status», se punkt 7.3.5. Ekspertkomiteen som håndhever ESP, anser art. E for også å omfatte et vern mot indirekte diskriminering, og en viss plikt for myndighetene til å iverksette tiltak for å skape tilgjengelighet.

Som supplement til statsrapportering ble det ved Tilleggsprotokoll 3 innført en kollektiv klageadgang Den kollektive klageadgangen gir *arbeidslivets organisasjoner* på nasjonalt og internasjonalt plan, samt andre viktige internasjonale organisasjoner, adgang til å påklage brudd på ESP. Det er også anledning til å anerkjenne klageadgang for nasjonale organisasjoner, men Norge har ikke åpnet for det.

I punkt 7.3.2 er tema ESPs stilling i norsk rett. De mer substansielle bestemmelsene med relevans for betenkningen presenteres i punkt 7.3.3.

I punkt 7.3.4 refereres klagesaker mot Norge og i punkt 7.3.5 en klagesak mot Frankrike som gjaldt opplærings spørsmål.

I punkt 7.3.5 foretas en kort oppsummering.

¹⁴¹ ESP er noe «pussig» bygget opp med først 31 nummererte artikler, og deretter artikler nummerert med store bokstaver fra A til O.

7.3.2 ESP og norsk rett

Ratifikering skjer ved at statene godtar en viss andel av de såkalte «kjernebestemmelsene», og en viss andel av de øvrige bestemmelsene.¹⁴² Norge har ratifisert store deler av den reviderte konvensjonen, og konvensjonen er derved folkerettslig bindende for Norge.¹⁴³

Konvensjonen er en regional parallell til ØSK, men er ikke inntatt i menneskerettsloven.

På utdanningsfeltet legger ESP vekten på at barn, også under utdanning, får nok fritid ved at ikke skolegang på uhensiktsmessig vis kombineres med arbeid etter skoletid og i ferier.

Norge har ratifisert tilleggsprotokollen til ESP som åpner for kollektive klageadgang. Det er behandlet flere klagesaker mot Norge, se punkt 7.3.4.

7.3.3 Større vektlegging av beskyttelse av barn og ungdom enn egentlige utdanningsformål

EPS art. 7 er den mest sentrale når det gjelder rettsstillingen til barn og ungdom. Hovedhensynet bak bestemmelsene synes utvilsomt å være beskyttelse av disse mot utnyttning gjennom arbeid eller på annen måte. Dette framgår også av overskriften: «The right of children and young persons to protection». Statene forpliktes seg derfor til:¹⁴⁴

1 å fastsette at minstealderen for sysselsetting skal være 15 år, med unntak for barn sysselsatt med lettere arbeid som er nærmere fastsatt, og som ikke kan skade deres helse, moral eller utdanning.

2 å fastsette at minstealderen for sysselsetting skal være 18 år for sysselsetting i nærmere fastsatte yrker som anses for å være farlige eller usunne.

3 å fastsette at personer som fremdeles får pliktig utdanning, ikke skal sysselsettes i slikt arbeid som kan hindre dem i å få full nytte av utdannelsen.

4 å fastsette at arbeidstiden for personer under 18 år skal være begrenset i samsvar med deres behov for å utvikle seg, og særlig i samsvar med deres behov for yrkesopplæring.

5 å anerkjenne unge arbeidstakeres og lærlingers rett til en rimelig lønn eller annen passende godtgjøring.

6 å fastsette at den tid som ungdom med arbeidsgiverens samtykke nytter til yrkesopplæring i vanlige arbeidstid, skal anses som en del av arbeidsdagen.

7 å fastsette at arbeidstakere under 18 år skal ha rett til minst fire ukers årlig ferie med lønn.

8 å fastsette at personer under 18 år ikke skal kunne sysselsettes i nattarbeid med unntak for visse yrker som er fastsatt i nasjonale lover eller forskrifter.

9 å fastsette at personer under 18 år, sysselsatt i yrker som er nærmere bestemt i nasjonale lover eller forskrifter, skal ha regelmessig legekontroll.

10 å sørge for særlig vern mot slike fysiske og moralske farer som barn og ungdom er utsatt for, og særlig mot de farer som direkte eller indirekte følger med arbeidet.

Som det framgår av note 138, har Norge ikke tiltrådt art. 7 nr. 4 og 9. Det framgår av de ulike bestemmelsene at beskyttelseshensyn står helt sentralt. Vektleggingen av selve utdanningens

¹⁴² For at en stat skal være bundet av ESP, kreves at staten forplikter seg til seks av ni «kjernebestemmelser» i ESP. Disse er art. 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 and 20.

¹⁴³ Norge anser seg bundet av ESP. art.1, 4-6, 9-17, 20-25, 28, 30 og 31, samt 2 nr. 1-6, 3 nr. 2-3, 7 nr 1-3, nr. 5-8, nr. 10, 8 nr. 1 og 3, 19 nr. 1-7, nr. 9-12 og 27 nr. 1 c og 2. Disse artiklene trådte i kraft for Norge 1. juli 2001.

¹⁴⁴ Oversettelsen er hentet fra Lovdata.

innhold er mer fraværende enn i andre øsk-konvensjoner. At det er Mellom-Europas «sosialbegrep» som legges til grunn i konvensjonen, framgår at hele ESP er gjennomsyret av hensyn og regler som gjelder arbeidslivet og arbeidsrettslige spørsmål. Dette framgår også av en egen art. 10 om «The right to vocational training» (yrkesopplæring) med en serie underpunkter også der.

Oversettelsen har et litt alderdommelig preg når ESP art. 15 originalt har overskriften «The right of persons with disabilities to independence», mens den på norsk blir hetende «Uføre personers rett til uavhengighet, sosial integrasjon og deltakelse i samfunnslivet». Bestemmelsen regulerer rettsstillingen til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Virkeområdet til art. 15 er betydelig utvidet sammenliknet med den opprinnelige sosialpakten hvor bestemmelsen kun dreide seg om yrkesmessig trening, rehabilitering og «social resettlement».

Endringen i ESP art. 15 understreker også at menneskerettsperspektivet har trådt tydeligere frem på bekostning av den tradisjonelle, medisinske vinklingen. Stor vekt er lagt på sysselsettingsmuligheter, se art. 15 nr. 2, og i art. 15 nr. 3 utvides perspektivet til integrering og full deltakelse i samfunnslivet, «særlig ved hjelp av tiltak, herunder tekniske hjelpemidler, som tar sikte på å overvinne hindringer for kommunikasjon og bevegelighet, og som gir adgang til transport, bolig, kulturelle aktiviteter og fritidssysler».

Sett bort fra de nevnte artiklene finnes knapt bestemmelser i ESP vedrørende opplæringsspørsmål.

7.3.4 Norges rapporter og kollektive klager mot Norge

ESP håndheves som nevnt gjennom behandling av statsrapporter supplert med en kollektiv klageadgang. Norge leverer årlige rapporter, men flere av disse knytter seg direkte til pågående prosesser i tilknytning til klager mot Norge etter den kollektiv klageadgangen.¹⁴⁵

Norges siste rapport som gjelder forhold nevnt i punkt 7.3.3, er den 12. rapporten som gjelder perioden 1. januar 2010 til 31. desember 2013. I rapporten avgitt i mars 2015 skulle det blant annet rapporteres i relasjon til ESP art. 7 (Barn og ungdoms rett til vern), art. 8 (Kvinnelige arbeidstakeres rett til vern), art. 16 (Familiens rett til sosialt, juridisk og økonomisk vern), art. 17 (Barn og ungdoms rett til sosialt, juridisk og økonomisk vern), art. 19 (Rett til vern og hjelp for vandrearbeidere og deres familier), art. 27 (Rett for arbeidstakere med familieforpliktelser til like muligheter og likebehandling) og art. 31 (Rett til bolig).

Ekspertkomiteen fant en rekke brudd på Norges forpliktelser, for eksempel i relasjon til art. 7 nr. 3 siden det er mulig for skoleelever på 15 år å være avisbud før skoletid fem dager i uka. Andre brudd gjaldt art. 19 nr. 11 om «migrant workers» og deres rett til fri språkopplæring om de ikke kan dekke utgiftene til dette selv. Videre ble «migrant workers» muligheter på boligmarkedet funnet å være i strid med ESP art. 31. Også enkelte andre forhold ble funnet konvensjonsstridig, men da med tilsvarende liten relevans for denne betenkningen.

Norge har også hatt tre klagesaker mot seg etter den kollektive klageordningen, og en sak er pågående.¹⁴⁶ De tre sakene som er avgjort, er sak 74/2011 *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS)*

¹⁴⁵ Norges rapporter for årene 2013 til 2018 finnes her:

[https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/national-reports#{"13417429":{30}}](https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/national-reports#{)

¹⁴⁶ Sakene finnes blant annet her:

<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/collective-complaints-procedure>

mot Norge. Klagen gjaldt pensjonsalderen for sjøfolk. Ekspertkomiteen fant enstemmig at pensjonsalderen utgjorde et brudd på ESP art. 24 og art. 1 nr. 2.

I sak 103/2013 *Bedriftsforbundet mot Norge* ble situasjonen ved at det ved enkelte havner kun ble benyttet organiserte lossere, vurdert ikke å være i strid med organisasjonsfriheten i ESP art. 5.¹⁴⁷ EN klagesak 120/2016 *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) mot Norge* om spanske sjøfolks trykderettigheter ved arbeid på norske skip, ble avvist.

Den pågående tvisten, sak 135/2016 *University Women of Europe (UWE) mot Norge* gjelder prinsippet om lik betaling for likt arbeid og anførte brudd på ESP art. 1, art. 4 nr. 3, art. 20 og art. E om diskrimineringsforbudet.

Det er altså bare i begrenset grad rapportert om forhold eller påklaget forhold av betydning for betenkningens tema.

7.3.5 Europarådets klagesak vedrørende opplæring og nedsatt funksjonsevne med nedsatt funksjonsevne

Jeg har bare funnet én prinsipiell avgjørelse etter den kollektive klagemekanismen som har dreiet seg om opplæringsrettigheter.¹⁴⁸ Her vant en internasjonal organisasjon for funksjonshemmede barn fram i sak 13/2002, *Autism Europe mot Frankrike*.¹⁴⁹ Frankrike har et nasjonalt regelverk som skal sikre integrert undervisning og spesialundervisning. På tross av dette får en vesentlig større andel autistiske barn i praksis ikke undervisning eller opplæring sammenliknet med barn uten nedsatt funksjonsevne og barn med andre typer nedsatt funksjonsevne. Videre er det i Frankrike stor mangel på omsorgs- og støttetilbud til voksne autister. Denne situasjonen ble derfor ansett å utgjøre en krenkelse av reglene om barns rett til opplæring (ESP art. 17 nr. 1), «disabled persons» rett til opplæring (ESP art. 15 nr. 1) og det forannevnte diskrimineringsforbudet i ESP art. E.

Avgjørelsen falt i 2004, og er senere fulgt opp av Europarådets Recommendation CM/Rec(2009)9 om opplæring og sosial inkludering av barn og unge med «autism spectrum disorders».

Avgjørelsen slår uttrykkelig fast at det ikke er tilstrekkelig å vedta et ikke-diskriminerende regelverk. Statene er også forpliktet til å gjennomføre nødvendige, praktiske tiltak for å gi effekt til rettighetene som ESP sikrer. I sin resolusjon om saken uttaler Ministerkomiteen at de noterer seg at franske myndigheter vil bringe situasjonen i overensstemmelse med ESP, og at de ser frem til at situasjonen vil ha bedret seg ved neste statsrapportering.

Disse tidligere vurderingene av situasjonen for barn med autisme i Frankrike ble nylig fulgt opp av Barnekomiteen i avsluttende merknader, avgitt februar 2016, til den femte landrapporten, se avsnitt 59 og 60.¹⁵⁰ Her heter det blant annet:

The Committee is concerned that, in spite of three successive autism plans, children with autism continue to be subjected to widespread violations of their rights. The Committee is particularly

¹⁴⁷ Bedriftsforbundet er en organisasjon for små og mellomstore bedrifter.

¹⁴⁸ Her er gjennomgangen av saker supplert med samtale med professor em. Stein Evju som i 12 år satt i den aktuelle ekspertkomiteen som behandlet alle klagesaker. Samtalen fant sted 6. juni 2019.

¹⁴⁹ NOU 2005: 8 s. 87 flg. (punkt 6.4.3).

¹⁵⁰ Finnes blant annet her:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fFRA%2fCO%2f5&Lang=en

concerned that the majority of children with autism do not have access to education in mainstream schools, or receive limited education on a part-time basis with no specifically trained personnel to support their inclusion. ... The State party should also ensure that children with autism are not subjected to forced institutionalization or administrative placement and that parents are no longer subjected to reprisals when refusing the institutionalization of their children.

7.3.6 Oppsummerende vurderinger

Det synes klart at med den vinklingen mot forhold i arbeidslivet som ligger til grunn for ESP, og som tydelig også er dokumentert i sakene som har vært rettet mot Norge og andre land som har tiltrådt den kollektive klageprosedyren, er det liten grunn til å vurdere ESP som en sentral konvensjon med føringer hva gjelder spørsmål knyttet til tilpasset opplæring.

7.4 Konklusjoner

Verken ØSK eller ESP synes å være sentrale menneskerettsinstrumenter som kaster lys over, eller gir føringer for å kunne besvare, de spørsmålene som ligger til grunn for betenkningen.

I ØSK oppstiller verken traktatteksten eller tre aktuelle GC krav til måten statlige myndigheter skal organisere opplæringen på, hvem som eventuelt skal sikres rett til tilpasset opplæring, eller hvilke plikter statlige myndigheter har overfor personer som stadig trenger opplæring for å holde grunnleggende kunnskaper og ferdigheter ved like.

Det samme er tilfellet for ESP som i hovedsak også synes å ha en annen innretning enn grunnleggende opplæring. Her foreligger riktignok en klagesak som resulterte i påviste konvensjonsbrudd, men den gir heller ikke alminnelige føringer utover at enkelte elevgrupper som helhet ikke kan gis et mindreverdig undervisningstilbud enn det som ellers er vanlig.

8. Kort om retten til opplæring for voksne med nedsatt funksjonsevne – en «likeverdig opplæring».

8.1 Problemstilling og disposisjon

Opplæringslovutvalget har i oppdragsdokumentet framsatt et ønske om at betenkningen om mulig kan omhandle «hvilke forpliktelser staten har til å sikre voksne med nedsatt funksjonsevne en likeverdig opplæring».

Spørsmålet vil først bli besvart ved å vurdere om de aktuelle grunnlovsbestemmelsene som betenkningen omfatter, medfører slike forpliktelser, se punkt 8.2. Dernest vil spørsmålet om det foreligger folkerettslige forpliktelser etter aktuelle konvensjoner bli vurdert, se punkt 8.3.

Kapitlet oppsummeres i punkt 8.4.

8.2 Finnes aktuelle grunnlovsbestemmelser med virkning for den aktuelle vurderingen?

Ut fra alminnelig synspunkter om et lovhierarki vil aktuelle grunnlovsbestemmelser kunne pålegge statlige myndigheter, både Storting og regjering, plikter for å imøtekomme og sikre konstitusjonelle forpliktelser.

De grunnlovsbestemmelsene som i tråd med mandatet er vurdert i denne betenkningen, er Grl. § 92, § 98, § 104 og § 109.

Grl. § 98 som en anti-diskrimineringsbestemmelse vil i denne sammenhengen først kunne aktualiseres dersom øvrige personer i Norge i voksen alder blir gitt *rett* til opplæring. Da kan ikke personer bli fratatt en tilsvarende rett på grunn av funksjonsnedsettelse eller andre grunnlag som fører til usaklig forskjellsbehandling. Dette er verken den rettslige eller faktiske situasjonen i Norge. Derved aktualiseres ikke Grl. § 98, se for øvrig kapittel 5 foran.

Grl. § 104 gjelder barns rettigheter. Det kan legges til grunn at konstitusjonelle plikter/rettigheter etter denne bestemmelsen bare kan etableres eller hevdes for personer under 18 år, se punkt 3.3. Voksne med nedsatt funksjonsevne faller utenfor virkeområdet til Grl. § 104.

Grl. § 109 første ledd sikrer retten til *grunnleggende opplæring*, og gjør dette til en rettighet for alle. Bestemmelsen i Grl. § 109 andre ledd stiller borgerne på like fot hva gjelder retten til videregående opplæring og høyere utdanning. Bestemmelsen kan da ikke påberopes som hjemmel for å kunne sikre voksne med nedsatt funksjonsevne en likeverdig opplæring, og ganske særlig ikke i et livsløpsperspektiv. Se for øvrig punkt 3.2.

Etter Grl. § 92 skal Statens myndigheter respektere og sikre menneskerettighetene slik de er «nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Som det har framgått over, gir ingen av de vurderte grunnlovsbestemmelsene statlige myndigheter en plikt til å «sikre voksne med nedsatt funksjonsevne en likeverdig opplæring».

Slike forpliktelser må derved eventuelt følge av en eller flere «for Norge bindende traktater om menneskerettigheter», se punkt 8.3.

8.3 Finnes folkerettslige forpliktelser for den aktuelle vurderingen?

Av de fire konvensjonene som er vurdert i betenkningen, synes Den reviderte Sosialpakten (ESP) ikke å inneholde aktuelle bestemmelser av relevans for denne betenkningen, se punkt 7.3.

Barnekonvensjonen har et begrenset virkeområde fram til barn fyller 18 år, og derved faller voksne med behov for opplæring på grunnskolens område utenfor denne konvensjonens virkeområde.

Den konvensjonen som synes å kunne gi et visst grunnlag for et menneskerettslig vern er ØSK. Her er det i GC 13/1999 understreket at «[f]undamental education, therefore, is an integral component of adult education and life-long learning». Resten av de aktuelle avsnittene fra ØSK-komiteen er gjengitt i punkt 7.2.6.

Det er derfor mulig å hevde at ØSK art. 13 nr. 2 bokstav d medfører et pålegg rettet til statlige myndigheter om å sikre grunnleggende opplæring «(fundamental education)» for personer som i voksen alder er avhengig av stadig påfyll gjennom det som i Norge kalles «voksenopplæring på grunnskolen område». Slike rettigheter er for Norges del lovfestet i opplæringslova kap. 4A. Det er like fullt vanskelig å utlede at dette er basert på folkerettslige forpliktelser med utgangspunkt i en konvensjonsbestemmelse med forrang etter norsk rett.

Derimot er det lettere å utlede et krav om fornyet grunnskoleopplæring dersom en person kommer i endret livssituasjon slik at tidligere mottatt grunnskoleopplæringen ikke lenger er like relevant. Da kan det å sikre en ny grunnleggende opplæring være i tråd med ØSK art. 13 nr. 2 bokstav d. Dette kan for eksempel gjelde dersom en person mister synet i tidlig voksen alder og derfor må tilegne seg nye kunnskaper og ferdigheter.

Som jeg konkluderer i avsnitt 7.2.6, har statlige myndigheter neppe menneskerettslige forpliktelser til å sikre voksne med nedsatt funksjonsevne en livslang og likeverdig opplæring på grunnskolen område. Til det er rettigheten for svakt fundert i selve ordlyden i ØSK art. 13. Også utlegningen i GC 13/1999 fra ØSK-komiteen er for vagt utformet til at å fastslå at det foreligger et folkerettslig krav til statlig lovgivning. Dette skulle eventuelt innebære at personer med behov for slik opplæring, vil ha *rett* til dette, og da uavhengig av hva som blir lovfestet internrettslig ut fra forrangsbestemmelsen i mrl. § 3.

Det er mer rimelig å se dette som plikter/rettigheter som nasjonalstaten selv kan innføre gjennom alminnelig lovgivning, og da gjerne i tråd med hvordan ØSK-komiteen vurderer en noe utvidet forståelse av konvensjonskravene som framgår av ØSK art. 13.

Det er noe overraskende at KFR, som en nyere og mer målrettet menneskerettskonvensjon, har belyst det aktuelle opplæringsspørsmålet på en enda vagere måte enn det som framgår av den tilsvarende bestemmelsen i ØSK, se punkt 4.6.

Det som eventuelt kan styrke de folkerettslige forpliktelsene, er at ØSK har en sterkere posisjon i norsk rett enn KFR, se henholdsvis punkt 4.4.4 og 7.2.3. Dette gjelder både gjennom forrangsbestemmelsen i mrl. § 3, og ved at konvensjonen allerede var inkorporert i menneskerettsloven da GrL. § 92 ble gitt sin nåværende utforming.

8.4 Konklusjon

Ingen av de analyserte grunnlovsbestemmelsene synes å sikre *voksne* med nedsatt funksjonsevne en rett til likeverdig opplæring.

Heller ikke aktuelle menneskerettskonvensjoner synes å gi slike rettigheter ut fra de folkerettslige pliktene statene minst må oppfylle etter konvensjonene.

Norge står derfor fritt til å sikre slike plikter/rettigheter gjennom internrettslig lovgivning. Noen grunnlovmessige eller folkerettslige forpliktelser foreligger neppe på dette området.

9. Oppsummerende vurderinger og konklusjoner

Av oppdragsavtalen for betenkningen framgår at Nordahl-utvalget har foreslått at færre elever skal ha rett til spesialundervisning, og at «individuelle rettigheter» bør begrenses til noen bestemte grupper av elever i skolen. Nordahl-utvalget la til grunn at «forslagene i større grad

vil ivareta Grunnlovens §§ 104 og 109, internasjonale forpliktelser og annet nasjonalt regelverk».

Flere høringsinstanser anførte at utredningen framsto mangelfull fordi grunnlovsmessige og folkerettslige forpliktelser ikke var utredet. Det lå imidlertid ikke i utvalgets mandat å foreta slike avklaringer, se punkt 1.2, note 4.

Opplæringslovutvalget har på sin side ønsket en juridisk betenkning som belyser «hvor langt forpliktelsene i Grunnloven og de internasjonale konvensjonene som Norge er bundet av, strekker seg». Videre finner Opplæringslovutvalget det «hensiktsmessig å få utredet handlingsrommet når det gjelder opplæringen av personer med nedsatt funksjonsevne og andre personer med særlige behov».

Disse to utfordringene har stått sentralt for vurderingene i kapittel 3 til 7 der tilnærmingen er valgt for nettopp å belyse og konkludere vedrørende forpliktelser og aktuelt handlingsrom som kan utledes av sentrale grunnlovsbestemmelser og menneskerettskonvensjoner.

En samlet konklusjon er at elever med særlige opplæringsbehov har krav på *tilrettelagt opplæring*. Slik opplæring bør videre, så langt som mulig, gjennomføres ved *inkluderende opplæring* slik dette er forstått i aktuelle bestemmelser i KFR og ØSK. En slik rett til individuell tilrettelegging i skole- og opplærings situasjoner er også lovfestet i likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.), se punkt 5.3.

I begrenset utstrekning vil ansvarlige for opplæringstiltak kunne påberope «uforholdsmessig byrde» («undue burden») som grunnlag for *ikke* å tilrettelegge «lærested, undervisning, læremidler og eksamen, for å sikre likeverdige opplærings- og utdanningsmuligheter», jf. ldl. § 21. Dette gjelder særlig *grunnleggende opplæring* som alle har krav på, både ØSK, KFR og GrL. § 109. Det er da tvilsomt om reservasjonen «uforholdsmessig byrde» kan gjøres gjeldende dersom dette fører til et undervisningstilbud under en minstestandard, se punkt 3.4 og 5.4.

Verken Grunnloven eller menneskerettskonvensjoner *krever* en internrettslig lovgivning som gir personer med særlige behov individuelle rettigheter med klageadgang på dette feltet. Heller ikke foreligger grunnlovsmessige eller folkerettslige krav til hvordan beslutningsprosesser skal være, eller hvordan gjennomføringen av tilpasset opplæring skal skje ved den enkelte skole eller opplæringsinstitusjon.

Barn har etter GrL. § 104 en rett til å bli hørt og en rett til medbestemmelse allerede fra ung alder, se punkt 3.4. Dette må det tas omsyn til ved utarbeidelse av prosessuelle regler. Det synes ikke å være tilfellet i dag.

Av oppdragsavtalen ønskes videre svar på enkelte konkrete spørsmål:

Ett av disse gjelder «hvilke barn og voksne [som] er omfattet av FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne».

Dette spørsmålet er nærmere drøftet i punkt 4.2. Svaret er at dette avhenger av *hvilket rettsforhold* som skal belyses. Utvilsomt omfattes «mennesker med langvarig fysisk, mental, intellektuell eller sensorisk funksjonsnedsettelse som i møte med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre», jf. KFR art. 1 andre avsnitt, gjengitt i punkt 4.2. Dette er persongruppen som utvilsomt, og da i tråd med

konvensjonene, kan sikres en positiv særbehandling uten at dette i utgangspunktet er rettsstridig.

Gjelder spørsmålet diskriminerende forhold, vil en langt videre personkrets omfattes av diskrimineringsvernet i KFR. Denne utvidede personkretsen kan ikke avgrenses på en klar måte, blant annet fordi diskrimineringsvernet innbefatter eksisterende, fortidig, framtidig og antatt nedsatt funksjonsevne, eller formodninger om slike forhold, i tillegg til diskriminering på grunnlag av andres nedsatte funksjonsevne.

Videre ønskes belyst «[h]vilke særskilte tiltak (positiv særbehandling) [som] staten er forpliktet til å igangsette for å sikre likeverdig rett til opplæring, herunder pedagogiske, fysiske og juridiske tiltak (klagemekanismer)?»

Her blir svaret, som også påpekt ovenfor, at myndighetene er forpliktet til å tilrettelegge opplæringssituasjonen slik at *alle* elever får utnyttet sitt potensial. Dette må skje gjennom inkluderende opplæring der det folkerettslig legges til grunn at dette så langt som mulig bør kunne skje i normale undervisningssituasjoner samtidig som det skjer tilrettelegging ut fra de «fire A'er» (Availability, Accessibility, Acceptability, Adaptability), se punkt 4.2. Om slik tilrettelegging skal skje gjennom rettslige og/eller pedagogiske virkemidler, må være opp til lovgiver. Men selv om det ikke gis individuelle rettigheter med klagemulighet, vil personer som mener at opplæringen har vært mangelfull, kunne reise saksforholdet som et diskrimineringsspørsmål eller erstatningssøksmål.

I oppdraget ønskes også belyst hvor langt «statens plikt [går for] å sikre tilgang til en inkluderende utdanning i lokalsamfunnet».

Her blir svaret at de folkerettslige forpliktelsene som staten har etter KFR og ØSK, må oppfylles. Dette gjelder også om ansvaret for opplæringen skjer i kommunen/lokalsamfunnet, der nettopp opplæringen – i henhold til konvensjonene – best bør finne sted. Det at selve gjennomføringen av undervisning og opplæring delegeres til kommuner og skoleledere, fritar ikke statlige myndigheter fra oppfyllelsen av de folkerettslige forpliktelsene. Dette må tas i betraktning ved valg av delegeringsmåter og pedagogiske pålegg gjennom opplæringslovgivningen.

Ut fra det overordnede svaret om at det bare i helt begrenset utstrekning kan utledes folkerettslige forpliktelser om *hvordan* tilpasset opplæring skal besluttes, *hvordan* beslutningsprosessen fram til beslutning skal være, og *hvordan* gjennomføringen av tilpasset opplæring skal skje ved den enkelte skole og opplæringsinstitusjon, blir konklusjonen at det stort sett er opp til nasjonal lovgiver og nasjonal lovgivning hvilke særlige tiltak som bør eller skal innføres, og hvilke(t) omfang slike bør ha.

Opplæringslovutvalget har i oppdraget framsatt et ønske om at betenkningen om mulig kan omhandle «hvilke forpliktelser staten har til å sikre voksne med nedsatt funksjonsevne en likeverdig opplæring». Dette er nærmere besvart i kapittel 8.

I oppdraget ønskes endelig at betenkningen omhandler grensen mellom universell tilrettelegging og individuell tilpassing av opplæringen. Den grunnleggende ideen bak universelt tilrettelagt opplæring (tilpasset opplæring) er at opplæringen skal gjennomføres slik at så mange som mulig, uavhengig av funksjonsevne, kan få forsvarlig utbytte av opplæringen. Målet er at særløsninger (spesialundervisning) om mulig kan unngås. Positiv

særbehandling kan være nødvendig når den universelle utformingen av opplæringen er utilstrekkelig.

Noe enkelt sagt må relasjonen mellom universell tilrettelegging og individuell tilpassing fastlegges individuelt. Dersom en elev er full ut tjent med universell tilrettelegging, bortfaller behovet for individuell tilpassing og vice versa.

Det vises videre til drøftingen i punkt 1.4 om «Enkelte begrepsavklaringer». Det er ikke mulig å trekke noen skarp grense mellom tilpasset opplæring og spesialundervisning. Det foreligger her uklarheter i begrepsbruken, noe som går klart fram av offentlige dokumenter på dette feltet. Denne betenkningen kan ikke være normativ i en slik sammenheng hva gjelder aktuell begrepsbruk. Det er heller ikke lett å innholdsavklare det folkerettslige kravet om «inclusive education», i norske tekster oversatt med «inkluderende opplæring». Slik opplæring kan gjennomføres på ulike måter, men ofte vil den enkelte elevs forutsetninger være utgangspunktet for hvordan opplæringssituasjonen må tilpasses for at eleven skal få utviklet sitt fulle potensial. Dette gir opphav til faglige og pedagogiske utfordringer, jf. forslagene til Nordahl-utvalget, mer enn egentlig rettslige utfordringer slik betenkningen her påviser.

Lovgiver vil ha et vidt handlingsrom for å kunne gi regler som best mulig imøtekommer elevens ulike behov og forutsetninger, jf. Grl. § 109 om at «[o]pplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov».

Lovgiver vil uansett ha plikt til å sikre at lovgivningen sikrer den enkelte elev et opplæringstilbud over en minstestandard som må ut forstås ut fra den enkelte elevs forutsetninger. Dette kan utledes av Grl. § 109, jf. § 98, se punkt 5.4.