



Kunnskapsdepartementet
Kun avlevert elektronisk

Deres referanse: 21/1751
Vår referanse: 2021/75
Dato: 15/09/2021

Høringsvar – Forslag til nye forskrifter om barnehagevirksomhet og grunnskole og videregående opplæring i Longyearbyen

1. Innledning

Vi viser til høringsbrev 9. april 2021 fra Kunnskapsdepartementet om forslag til nye forskrifter om barnehagevirksomhet og grunnskole og videregående opplæring i Longyearbyen. Etter avtale med ekspedisjonssjef Hege Nygård har vi fått utsatt høringsfrist.

Norges institusjon for menneskerettigheter (heretter NIM) vurderer saker som sendes på høring i lys av de rettslige rammer og føringer som følger av myndighetenes menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og andre internasjonale konvensjoner. NIMs oppgave er å uttale seg om forslagens menneskerettslige sider. Vi uttaler oss som utgangspunkt ikke om hensiktsmessigheten eller prioriteringen av virkemidler for å oppfylle myndighetenes menneskerettslige forpliktelser. Det gjør vi likevel etter forholdene, hvis det kan få betydning for oppfyllelsen av menneskerettighetene i praksis.

Vårt høringsvar kan oppsummeres gjennom følgende punkter:

- Etter NIMs oppfatning gjøres det ikke tilstrekkelige vurderinger av adgangen til å begrense menneskerettighetene på Svalbard, og mer spesifikt overfor barn. Vi kan ikke se hva som er det rettslige grunnlaget for innskrenking av menneskerettighetene til barn på Svalbard, og vår vurdering er derfor at menneskerettighetene gjelder for barn på Svalbard.
- På denne bakgrunn savner vi en nærmere vurdering av om forslagene er i tråd med de menneskerettslige forpliktelsene etter Grunnloven og barnekonvensjonen. Særlig de forslagene som omhandler innskrenking av retten til spesialundervisning mener vi reiser klare problemstillinger opp mot flere av barnekonvensjonens bestemmelser.
- Vår konklusjon er at vi mener at forslagene, slik de foreligger nå, på flere punkter kan innebære en formell forskjellsbehandling som ikke i tilstrekkelig grad er legitimert, og at de dermed kan være i strid med barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1. Vi oppfordrer departementet til å foreta en grundigere vurdering

av særlig dette spørsmålet, og i samme utredning også vurdere nærmere retten til opplæring etter Grunnloven § 109 og barnekonvensjonen artikkel 28 og 29, samt rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse etter barnekonvensjonen artikkel 23 i lys av menneskerettslovens § 3.

- Når det gjelder geografiske og personellmessige forhold som kan gjøre realisering av retten til spesialundervisning mer krevende på Svalbard enn på fastlandet, har vi forståelse for at dette kan ha innvirkning på hvordan retten skal gjennomføres, men vi mener imidlertid at dette må løses på samme måte som andre skoler på steder som har særegen geografisk plassering og med begrensede personalressurser, fremfor at det gis en forskrift som begrenser rettighetene.
- For det tilfellet at departementet velger å gå videre med forslagene, har vi enkelte subsidiære kommentarer. Vi mener blant annet at skjønnet i vurderingen av hvem som skal ha rett til spesialundervisning på Svalbard bør innskrenkes vesentlig.

2. Generelt om menneskerettighetene på Svalbard

Høringsnotatet punkt 3.3 gir en svært kort redegjørelse for menneskerettslige forpliktelser og i hvilken grad disse forpliktelsene gjelder fullt ut, eller kan anvendes, på Svalbard. Vi ser behov for å supplere gjennomgangen noe.

Grunnloven inneholder menneskerettighetsbestemmelser, som også redegjort for i høringsnotatet. Relevant i denne sammenhengen er Grunnloven § 98 om forbud mot diskriminering, Grunnloven § 104 om barns rettigheter og Grunnloven § 109 om retten til utdanning. I tillegg følger det av Grunnloven § 92 at statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene, nedfelt i Grunnloven og bindende traktater. Grunnloven inneholder ingen bestemmelser som geografisk avgrenser mot anvendelse på Svalbard eller annen del av Norges territorium. Utgangspunktet er etter dette at bestemmelsene i Grunnloven gjelder fullt ut.

Høyesterett har i flere avgjørelser uttalt at de internasjonale forbildene for Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser vil utgjøre et naturlig utgangspunkt for tolkningen av Grunnlovsbestemmelsene.¹

Andre menneskerettigheter som gjelder som norsk rett følger av traktater som Norge har inngått med andre stater. Relevant i denne sammenhengen er FNs barnekonvensjon, EMK og ØSK, som alle er gjort til en del av norsk lov gjennom menneskerettsloven, samt FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD). Av disse er det særlig barnekonvensjonen som er av betydning

¹ Se bl.a. Rt. 2015 s. 93, Rt. 2015 s. 155 og HR-2016-2554-P.

for problemstillingene som reises i høringsnotatet, og vi vil derfor fokusere på denne i den videre gjennomgangen.

Det følger av menneskerettsloven § 5 at menneskerettsloven også gjelder på Svalbard. I merknaden til § 5 i forarbeidene står det:

Norske myndigheter er folkerettslig forpliktet til å overholde de internasjonale avtaler Norge inngår også på Svalbard og Jan Mayen hvis det ikke tas forbehold ved ratifikasjonen. Norge har ikke tatt forbehold om dette ved ratifikasjonen av de konvensjonene som foreslås inkorporert. Det er da naturlig at også loven gjelder på Svalbard og Jan Mayen.²

Uttalelsene i forarbeidene knytter seg til de konvensjonene som ble inkorporert ved vedtakelsen av menneskerettsloven, men det samme premisset, altså at det ikke ble tatt forbehold ved ratifikasjonen om anvendelse på Svalbard, gjør seg også gjeldende for barnekonvensjonen, som ble inkorporert senere. Spørsmålet om menneskerettslovens, og dermed barnekonvensjonens anvendelse på Svalbard ble for øvrig ikke omtalt i forarbeidene til endringsloven som inkorporerte barnekonvensjonen.

Barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1 pålegger statene å «respektere og sikre de rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon for ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon». Som nevnt er det ikke tatt noe forbehold om territorial begrensning av konvensjonens anvendelsesområde.

Departementet skriver på s. 16 i høringsnotatet, som en oppsummering av de rettslige utgangspunktene:

Det rettslige rammeverket må tolkes i lys av de særegne forholdene på Svalbard. Dette gjelder selvsagt de sektorspesifikke lovene og reglene. De særlige forholdene på Svalbard har også betydning for tolkningen av de folkerettslige forpliktelsene. Det kan ikke legges til grunn at de strekker seg like langt på Svalbard som på fastlandet.

Vi savner en nærmere begrunnelse for det rettslige grunnlaget for disse uttalelsene.

Høringsnotatet kapittel 1 redegjør for de særegne forholdene på Svalbard, knyttet til Svalbardtraktaten, skattenivået m.m., og dette nevnes gjennomgående som argumenter for forslagene som gir begrensede rettigheter til barn. Hovedvekten i argumentasjonen synes å ligge på de regulatoriske og politiske rammevilkårene, mer enn de geografiske og logistiske. I høringsnotatet under punkt 3.3.3 om oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser på Svalbard uttaler departementet:

Som påpekt i kapittel 1 gjør noen helt særegne hensyn seg gjeldende for øygruppen, blant annet som følge av at utlendingsloven ikke gjelder, slik at alle

² Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 72.

har samme rett til adgang til Svalbard, at skattenivået er lavt, og at personer som bor på Svalbard, forutsettes å kunne forsørge seg selv. I tillegg er sentrale deler av rettighets- og velferdslovgivningen som gjelder i Fastlands-Norge, ikke gjort gjeldende for Svalbard. Disse særlige hensynene og rammebetingelsene vil ha konsekvenser for oppfyllelsen av menneskerettslige forpliktelser på øygruppen.

Det synes ikke som departementet vurderer disse argumentene i relasjon til de menneskerettslige kravene, herunder hvorvidt de legitimerer begrensninger i barns grunnleggende rettigheter. Det er heller ikke, slik vi ser det, andre folkerettslige forpliktelser, som Svalbardtraktaten, som åpner for å innskrenke rettighetene til barn.

Vi legger imidlertid til grunn at det i utgangspunktet er legitimt å legge en viss vekt på særegne forhold som gjør at ikke alle rettigheter, særlig innen helse og velferd, kan realiseres på Svalbard. For en voksen som selv velger å flytte til Svalbard kan dette etter vårt syn anses som en aksept av at man innenfor det gitte, geografiske området ikke kan forvente de samme ytelsene og tjenestene som på fastlandet, og at man ved behov for slike tjenester selv må velge å flytte tilbake til fastlandet, eller eget hjemland. For barn mener vi at denne forutsetningen ikke slår til på samme måte. For det første er det i utgangspunktet ikke barn selv, men deres foreldre, som velger å flytte til eller fra Svalbard. Barna kan dermed ikke anses å ha akseptert at de ikke kan få oppfylt rettigheter på Svalbard. Høringsnotatet nevner flere steder at det hviler et stort ansvar på barnets foreldre for å sørge for at barnet får sine behov dekket, der forslaget går ut på at tjenestene ikke skal tilbys i Longyearbyen. Menneskerettighetene forplikter imidlertid bare statene, noe som innebærer at myndighetene ikke kan basere seg på at foreldrene sørger for å realisere barnas rettigheter, noe vi kommer tilbake til under punkt 4. Videre kan det være vanskelig for foreldre å forutse de behovene som det er tale om her, ved flytting til Svalbard. Behovene kan også synliggjøres gradvis og endre seg i løpet av et skoleår.

Når det gjelder de geografiske, personellmessige og logistiske utfordringene som kan oppstå knyttet til realisering av rettighetene, som også dels anvendes som argumenter for forslagene, mener vi at dette ikke i utgangspunktet skiller seg så mye fra de utfordringene som kan oppstå på små steder i distriktet på fastlandet. Flere steder på fastlandet, for eksempel øysamfunn med liten befolkning og avsidesliggende beliggenhet, må finne løsninger som tar utgangspunkt i at elevenes nærscole ikke i utgangspunktet har den nødvendige personelle kompetansen for de behovene som skolens elever har, gjennom for eksempel samarbeid med andre kommuner. Disse faktiske forholdene kan føre til et behov for tilpasninger som gjør at gjennomføringen av rettighetene på mindre steder kan ha en noe annen innretning enn i en storby. Vi kan imidlertid ikke se det at dette momentet gir tilstrekkelig rettslig grunnlag for å forskriftsfeste at noen rettigheter ikke skal gjelde for noen barn.

Vi legger etter dette til grunn at utgangspunktet er at menneskerettighetene gjelder overfor barn på Svalbard.

3. Forholdet mellom forslagene og barns rettigheter

Departementet foreslår to ulike forskrifter, en om barnehagevirksomhet i Longyearbyen, med hjemmel i barnehageloven, og en om grunnskole- og videregående opplæring i Longyearbyen, med hjemmel i opplæringsloven. Begge forskriftene innebærer fravikelse av utgangspunkter som følger av de respektive lovene de er hjemlet i, på ulike områder. Vi legger til grunn at deler av forslagene, for eksempel som angår delegasjon av myndighet og ansvar, foreldrebetaling m.m., i utgangspunktet ikke reiser menneskerettslige problemstillinger, og kan innføres uten hensyn til menneskerettslige forpliktelser. Vi legger imidlertid til grunn at andre deler av forslagene, i særdeleshet de som er knyttet til retten til spesialundervisning, angår barns menneskerettigheter, som også departementet ser ut til å legge til grunn i høringsnotatet. Som departementet selv er inne på, kan det antakelig legges til grunn at opplæringsloven og barnehageloven på flere områder gir barn utvidede rettigheter sammenliknet med hva som følger av de menneskerettslige forpliktelsene. Dette er etter vårt syn ikke avgjørende, da departementet selv ser ut til å legge til grunn at forslagene på flere punkter innebærer innskrenkede rettigheter for barn bosatt i Longyearbyen. I høringsnotatet på s. 16 uttrykkes dette blant annet slik:

Eksempelet viser at de særlige forholdene på Svalbard kan føre til at ikke alle rettigheter som følger av Grunnloven og internasjonale konvensjoner, kan realiseres der. Overført til opplæringsfeltet betyr dette at selv om den norske staten også på Svalbard i utgangspunktet er forpliktet til å sikre alle barn grunnleggende opplæring/utdanning, så kan de særlige stedlige forholdene innebære at enkelte rettigheter ikke nødvendigvis kan eller må realiseres på Svalbard eller i Longyearbyen.

Med utgangspunkt i det vi har gjort rede for ovenfor om menneskerettighetenes anvendelse på Svalbard, etterlyser vi grundigere vurderinger av i hvilken grad forslagene er forenlig med menneskerettslige forpliktelser som følger av Grunnloven og internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, og som er inkorporert i norsk lov med forrang gjennom menneskerettsloven. Vi mener at forslagene særlig burde vært drøftet opp mot retten til utdanning etter Grunnloven §§ 104 og 109 og barnekonvensjonen artikkel 28 og 29, samt rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse etter barnekonvensjonen artikkel 23. Vi savner også en særskilt vurdering av om forslagene hensyntar prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd.

Vi mener også at diskrimineringsforbudet som følger av barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1 burde vært særskilt drøftet, i det forslagene klart innebærer en forskjellsbehandling av barn etter bosted. Vi vil i det følgende gjennomgå noen utgangspunkter som vi mener er viktige i en slik drøftelse.

Barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1 oppstiller et forbud mot diskriminering knyttet til oppfyllelsen av rettighetene i konvensjonen, blant annet på bakgrunn av funksjonshemming eller annen stilling. For at et tiltak skal regnes som diskriminering må det 1) være snakk om forskjellsbehandling av like tilfeller eller likebehandling av ulike tilfeller, 2) forskjellsbehandlingen må ikke ha et saklig formål og 3) det må ikke være et rimelig forhold mellom formålet og virkemiddelet som brukes (forholdsmessighet). I tillegg må diskrimineringen knytte seg til et diskrimineringsgrunnlag og angå utøvelsen av rettighetene i konvensjonen.

Etter vårt syn må forslagene klart sies å innebære en forskjellsbehandling når det gjelder utøvelsen av retten til utdanning. Forskjellsbehandlingen kan ses fra to vinkler: barn som er bosatt i Longyearbyen får svakere rettigheter knyttet til retten til spesialundervisning og spesialpedagogisk hjelp enn barn som er bosatt på fastlandet, og barn med behov for tilbud som går utenfor forslagene får svakere rettigheter knyttet til opplæring enn andre barn bosatt på Svalbard som ikke har behov for slik bistand. I det første tilfellet er forskjellsbehandlingen knyttet til bosted, som faller inn under kategorien «annen stilling» i barnekonvensjonens artikkel 2 nr. 1, mens diskrimineringsgrunnlaget i det andre tilfellet kan være knyttet til funksjonshemming, som er oppregnet i bestemmelsens ordlyd.

Spørsmålet er så om denne forskjellsbehandlingen følger et legitimt formål. FNs menneskerettighetskomité har i tilknytning til det tilsvarende ikke-diskrimineringsforbudet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter uttalt at forskjellsbehandling ikke vil utgjøre diskriminering «if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant».³ Det samme må legges til grunn for tolkningen av barnekonvensjonen.

Slik vi leser høringsnotatet, er forskjellsbehandlingen begrunnet i det som kan oppsummeres som de «særlige forholdene» på Svalbard. I kapittel 1 trekkes det frem ulike forhold, blant annet regulatoriske rammevilkår som Svalbardtraktatens krav om likebehandling og adgang til øygruppen, skattenivået og det begrensede offentlige tilbudet. Vi er usikre på om noen av disse hensynene kan regnes som «saklige formål» som begrunner forskjellsbehandling av barn knyttet til realisering av retten til

³ FNs menneskerettskomité's generelle kommentar nr. 18 (HRC/GC/18), avsnitt 13.

utdanning. Vi er også usikre på om en slik forskjellsbehandling kan anses nødvendig for å realisere disse hensynene, og dermed forholdsmessig.

Vi ser imidlertid at det kan være særegne forhold knyttet til personell og ressurser, som igjen er knyttet til Svalbards geografiske plassering, som kan representere utfordringer knyttet til et stedlig tilbud i Longyearbyen. Vi etterlyser en nærmere drøftelse av hvorvidt dette kan løses på samme måte som andre skoler på steder som har særegen geografisk plassering og med begrensede personalressurser, som for eksempel må samarbeide med andre kommuner eller organisere opplæring knyttet til bare delvis tilstedeværelse av spesialpedagogisk kompetanse. Vi antar for eksempel at enkelte elevers behov kan bli møtt gjennom at lærere, og noen ganger elever der det er hensiktsmessig, flyr mellom Svalbard og fastlandet, uten at det er behov for at skolen rekrutterer flere fastboende lærere.

Vår konklusjon er at vi mener at forslagene, slik de foreligger nå, på flere punkter kan innebære en formell forskjellsbehandling, og at det ikke begrunnet hvorfor dette er forholdsmessig fra et menneskerettslig synspunkt, og at de dermed kan være i strid med barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1. Vi oppfordrer departementet til å foreta en grundigere vurdering av særlig dette spørsmålet, og i samme utredning også vurdere nærmere retten til opplæring etter Grunnloven § 109 og barnekonvensjonen artikkel 28 og 29, samt rettighetene til barn med funksjonsnedsettelse etter barnekonvensjonen artikkel 23 i lys av menneskerettslovens § 3.

Vi oppfordrer samtidig departementet til å vurdere å ikke gå videre med forskriftsbestemmelsene som innskrenker barns rett til spesialpedagogisk hjelp eller spesialundervisning, men heller la barnehageloven og opplæringsloven gjelde fullt ut på disse områdene, i likhet med i andre kommuner der geografiske hensyn kan innebære behov for enkelte tilpasninger i hvordan rettigheten realiseres.

4. Særlig om utkastene til forskrifter

NIM har ikke utdannings- eller barnehagefaglig kompetanse, og har derfor ikke foretatt noen fullstendig gjennomgang av utkastene til forskrifter. Vi vil imidlertid knytte noen kommentarer til utvalgte bestemmelser i utkastet til forskrifter som vi mener bør vurderes nærmere dersom departementet velger å gå videre med utkastene til forskrifter. Som nevnt er vår primære vurdering at høringsnotatene ikke inneholder grundige nok vurderinger av menneskerettighetene, og at flere av forslagene kan være i strid med menneskerettslige krav. Innspillene i det videre må dermed regnes som subsidiære til våre primære innspill, og ikke som noe som uten videre bringer forslagene i samsvar med menneskerettslige forpliktelser.

I forslag til forskrift om barnehagevirksomhet i Longyearbyen § 4 foreslås rett til prioritet ved opptak til barnehage for barn som det er fattet vedtak om etter barnevernloven, tilsvarende barnehageloven § 18 annet ledd. Det foreslås imidlertid at retten til prioritet for barn med nedsatt funksjonsevne som følger av § 18 første ledd ikke skal gjelde. Som argument for at retten til prioritet for barn som det er fattet vedtak om etter barnevernloven skal gjelde, viser departementet i høringsnotatet på side 19 til argumentene for denne regelen i Ot.prp. nr. 72 (2004-2005), og viser til at de samme argumentene gjelder i stor grad i Longyearbyen i dag. I vurderingen av at barnehageloven § 18 første ledd ikke skal gjelde, viser departementet på side 26 til sine foreslåtte opptakskriterier. Vi savner imidlertid en nærmere vurdering av hvorfor ikke retten til prioritet for barn med nedsatt funksjonsevne skal gjelde. I forarbeidene til barnehageloven argumenteres det med at barnehage er ett av de viktigste enkelttiltakene for barn med nedsatt funksjonsevne.⁴ Også her er det behov for en nærmere vurdering av menneskerettslige krav, herunder både forbudet mot diskriminering og rettighetene til barn med nedsatt funksjonsevne, som i noen tilfeller kan ha rett til såkalt positiv særbehandling.

For øvrig bør det etter vårt syn avklares om retten til prioritet ved vedtak etter barnevernloven skal gjelde ved vedtak etter barnevernloven generelt, som det følger av ordlyden i utkastet til forskrift, eller ved vedtak etter nærmere bestemte bestemmelser, som i barnehageloven § 18 annet ledd.

I utkast til forskrift om grunnskoleopplæring og videregående opplæring i Longyearbyen savner vi for det første en nærmere vurdering av innholdet i utkastet til forskrift § 4 tredje ledd. Slik vi forstår denne bestemmelsen, kan den innebære at barn bosatt på Svalbard står uten rett og plikt til noen form for opplæring, dersom de faller utenom tilbudet som Longyearbyen lokalstyre plikter å gi, og det vurderes slik at de ikke kan få et forsvarlig tilbud av den ordinære opplæringen. Vi kan ikke se at forslaget er vurdert opp mot Norges menneskerettslige forpliktelser, eller at det er vurdert hvilke mekanismer som skal tre i kraft for å sikre disse barnas rett til opplæring. I høringsnotatet skriver departementet at det hviler et stort ansvar på barnets foreldre som må ta stilling til om det beste for barnet faktisk er å forlate Svalbard. Plikten til å sikre barns rett til opplæring påhviler imidlertid statene, og vi savner derfor en nærmere redegjørelse for hvordan situasjonen til disse barna skal følges opp.

Forskriftens § 7 regulerer retten til spesialundervisning. Første ledd gir rett til spesialundervisning for elever med behov for mindre eller moderat tilrettelegging av utdanningen, med de begrensninger som følger av den samme paragrafen. Annet og fjerde ledd i § 7 åpner imidlertid for et nokså stort innslag av skjønn. I annet ledd oppstilles det vurderingskriterier for om eleven har rett til spesialundervisning, noe som

⁴ Ot.prp. nr. 72 (2004-2005) s. 75.

synes å kunne innebære motstrid med rettighetsbestemmelsen i første ledd. Det synes også å stå i en viss motstrid til det høringsnotatet ellers sier om hva som regnes som mindre eller moderat behov for hjelp (på s. 54):

Hva som regnes som mindre eller moderate tilrettelegging av opplæringen må i utgangspunktet vurderes ut fra alminnelige faglige betraktninger om hva dette innebærer. Dette er vurderinger som LL som skoleeier, PP-tjenesten og Longyearbyen skole forventes å ha kompetanse til å gjøre. LL kan også søke råd hos andre fagmiljøer, for eksempel Statped eller statsforvalteren.

Annet ledd bør derfor omformuleres til vurderingskriterier for når behovet for tilpasning regnes som mindre eller moderat. Tilsvarende synes fjerde ledd i forskriften å åpne for et skjønn som synes uforenelig med utgangspunktet om at spesialundervisning skal være en rettighet. Vi anbefaler en klar innstramming av denne regelen med forutsigbare kriterier for når Longyearbyen lokalstyre plikter å tilby spesialundervisning.

Det bør også vurderes å lovfeste en særskilt adgang til å klage over hvorvidt elevens behov er innenfor «behov for mindre eller moderat tilrettelegging» etter forskriften. Klageadgangen etter § 4 tredje ledd knytter seg etter det vi kan se kun til om eleven skal tape retten til opplæring eller ikke.

Vennlig hilsen
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad
Direktør

Kirsten Kolstad Kvalø
Seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.