



Kunnskapsdepartementet - KD

Postboks 8119 Dep
0032 OSLO

Vår referanse: 23/01897-37
Arkivkode: ---
Saksbehandler: Pål Thygesen
Deres referanse:
Dato: 04.09.2024

Spørsmål om assistenters adgang til å hjelpe til i den individuelt tilrettelagte opplæringen

1. Bakgrunn og problemstilling

Vi viser til dialog i møte med Kunnskapsdepartementet og fylkesutdanningssjefskollegiet, og kommer her tilbake til dere med en problemstilling om forståelsen av en bestemmelse i den nye opplæringsloven.

Det er enighet om at assistenter på enkelte vilkår kunne hjelpe til med gjennomføring av spesialundervisning etter den gamle opplæringsloven. Etter ny lov vil deler av slik hjelp bli kategorisert som personlig assistanse, mens andre deler av slik hjelp vil være kategorisert som individuelt tilrettelagt opplæring.

Spørsmålet er om det etter den nye loven er adgang til at personer som ikke oppfyller kravene beskrevet i lovens § 11-9 kan hjelpe til i den individuelt tilrettelagte opplæringen som forutsatt i § 17-6.

Statsforvalteren i Oslo og Viken veileder om spørsmålet på sin nettside.¹ De skriver blant annet «at *«assistenter» ikke lenger skal bli brukt til å gi undervisning, slik de kan etter dagens regelverk*». I korrespondanse med Oslo kommune har Statsforvalteren utdypet og fastholdt denne vurderingen.

Kommunene og fylkeskommunene er selv ansvarlige for å følge loven, og veiledning fra Statsforvalteren står ikke i veien for at de har et annet syn. Statsforvalterens veiledning vil imidlertid veie tungt i vurderingen, og er derfor viktig. Spørsmålet om assistenter i individuelt tilrettelagt opplæring har stor betydning for kommuner og fylkeskommuner, og vi ønsker derfor å høre departementets syn.

Nedenfor gir vi vår vurdering av spørsmålet.

2. Utgangspunkter for statlig regulering av grunnopplæringen

Kommuner og fylkeskommuner er lokale folkevalgte organ som i utgangspunktet styrer seg selv. I Grunnloven § 49 andre avsnitt er dette uttrykt slik:

Innbyggjarane har rett til å styre lokale tilhøve gjennom lokale folkevalde organ. Nærare føresegner om det lokale folkevalde nivået blir fastsette i lov.

Dette utgangspunktet er inntatt og presisert i kommuneloven § 2-1 andre og tredje avsnitt, slik:

¹ <https://www.statsforvalteren.no/nb/ostfold-buskerud-oslo-og-akershus/barnehage-og-opplaring/ny-opplaringslov/ny-opplaringslov-personlig-assistanse-og-fysisk-tilrettelegging/>

Hver kommune og fylkeskommune er et eget rettssubjekt og kan ta avgjørelser på eget initiativ og ansvar.

Kommunene og fylkeskommunene utøver sitt selvstyre innenfor nasjonale rammer. Begrensninger i det kommunale og fylkeskommunale selvstyret må ha hjemmel i lov.

Etter disse bestemmelsene har kommuner og fylkeskommuner lokalt selvstyre til å selv velge hvordan virksomheten skal drives, med mindre det er hjemmel i lov for noe annet. Dette legalitetsprinsippet eksisterte som ulovfestet rett også før det ble skrevet inn i kommuneloven i 2018 og stiller et krav til statlige myndigheter om at de må ha et rettsgrunnlag for pålegg til kommunene. Det er dermed ikke slik at den kommunale handlefriheten må være definert i lovgivningen, det er begrensningene som trenger hjemmel.

Statlige organer, som Statsforvalteren, er bundet av legalitetsprinsippet og har ikke større tolkningsrom enn andre. Med dette utgangspunktet praktiseres legalitetsprinsippet som et krav om klar og tydelig hjemmel for å begrense innholdet i selvstyret.

I kommuneloven § 2-2 har Stortinget tatt inn prinsipper for forholdet til det lokale selvstyret.

Forholdsmessighetsprinsippet er inntatt i første avsnitt:

Det kommunale og fylkeskommunale selvstyret bør ikke begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål.

Denne bestemmelsen legger føringer for vurderingene statlige organer gjør når de vurderer reguleringer av kommunesektoren. Bestemmelsen innebærer at statlige myndigheter må gjøre en avveining mellom kommunal handlefrihet og nasjonale mål, se Prop. L 46 L (2017-2018) kapittel 5.4.2 om ny kommunelov. Her skriver departementet at hensikten med regelen er å «*få avveiningene tydeligere fram i utredninger og vurderinger slik at bevisstheten om dem øker.*» Departementet viser blant annet til sin egen veileder om statlig styring av kommuner og fylkeskommuner, som blant annet pålegger utredninger når kommuner og fylkeskommuner pålegges nye plikter. Det er også et krav om fullfinansiering når endringer har økonomiske konsekvenser. Reglen legger føringer for klagebehandling, tilsyn, utarbeidelse av veiledere og annet statlige myndigheter foretar seg overfor kommunesektoren.

Oppsummert er de overordnede reglene for statlige myndigheters forhold til kommuner og fylkeskommuner at kommuner og fylkeskommuner er selvstendige rettssubjekter. Det er krav om hjemmel for å pålegge dem plikter. Det er utredningsplikt og krav om at statlige myndigheter må vurdere forholdsmessighet når det er snakk om endringer som pålegger nye plikter. Om og hvordan det er gjort vil være et tolkningsmoment ved vurderingen av innholdet i plikter.

I ny opplæringslov er det fastsatt at kommuner og fylkeskommuner har juridisk og økonomisk ansvar for sine områder i §§ 28-1 og 28-2. Statsforvalteren kan etter kommuneloven § 30-2 føre tilsyn med lovligheten av kommunene og fylkeskommunenes praksis når det fremgår av lov. Etter ny opplæringslov § 29-2 gjelder dette blant annet §§ 11-1 til 11-13 og §§ 17-1 til 17-11. Etter tvisteloven § 1-4 a har kommunen eller fylkeskommunen adgang til å reise søksmål mot staten om gyldigheten av blant annet pålegg etter tilsyn.

3. Nærmere om bruk av ansatte i lærerstilling og assistenter

Kravene som skal sikre at elever får opplæring av kvalifisert personell fremgår av flere regler som til sammen rammer inn hvordan kommuner og fylkeskommuner kan legge opp virksomheten. De viktigste er kompetansekrav for å bli ansatt i lærerstilling (§ 17-3), krav om kompetanse i undervisningsfag (§ 17-4), bemanningsnorm (§ 14-3), og krav om at kun den som er ansatt i lærerstilling kan ha faglig ansvar for opplæringen (§ 17-6).

Den resterende muligheten til å bruke andre enn de som er ansatt i lærerstilling, er å hjelpe til i opplæringen, og da følger det av § 17-6 at en lærer må gi nødvendig veiledning. Dette er en uensartet gruppe og omtales normalt som assistenter. Skolen må ha et bevisst forhold til grensen mellom å hjelpe til og å ha ansvar for opplæringen. Ved bruk av assistenter må det gjøres en nærmere vurdering av omfanget av bruk, oppfølging og ledelse og organisering for øvrig, slik at elevene får et tilbud som minimum er i tråd med lovens krav.

I forarbeidene drøftet departementet om det skulle gis en regel om krav til at læreren som hovedregel skal være til stede med elevene i opplæringssituasjonen, og landet på å ikke gjøre dette i Prop. 57 L (2022-2023) om ny opplæringslov kapittel 50.5.9. En av de bærende begrunnelsene var behov for ytterligere utredning, for lite kunnskap om konsekvensene, og utfordrende gjennomføring på grunn av tilgang på lærere. Et eksempel på en problemstilling som ville oppstå er om det kreves en ekstra lærer hvis klassen deles for en aktivitet. Departementet konkluderer med at en regel om lærernærvær vil innebære en strammere styring av kommunesektoren og organiseringen av skolene og undervisningen, og at: *[D]epartementet [er] ikke overtydd om at det vil vere tenleg med ein slik regel, når andre reglar i opplæringslova uansett vil bidra til god og forsvarleg opplæring.*

I drøftelsen i kapittel 50.5.9 veier departementet hensynet til at elevene skal få en forsvarlig opplæring mot hensynet til hvor stram styringen av kommunesektoren skal være, slik de er pålagt etter bestemmelsene redegjort for i punktet over.

Senere, i Prop. 62 L (2023–2024) Endringer i opplæringslova og privatskolelova, drøftet departementet spørsmålet på ny i konteksten av at det ble foreslått å tydeliggjøre kravet om at kun ansatte i lærerstilling kan ha det faglige ansvaret for opplæringen. Departementet fastholdt her standpunktet fra Prop. 57 L (2022-2023) og Stortinget sluttet seg til dette i Innst. 389 L (2023–2024) kapittel 3.2.1.

Kravene som rammer inn bruken av ansatte i lærerstilling og assistenter sikrer at det i hovedsak er læreren som er til stede med elevene i opplæringssituasjonen, men det er ikke fastsatt et faktisk krav om dette. Assistenter kan hjelpe til så lenge vilkårene for dette er oppfylt.

4. Om assistenter kan hjelpe til med individuelt tilrettelagt opplæring

Etter § 11-6 skal elever som trenger det få individuelt tilrettelagt opplæring. Etter § 11-8 skal den sakkyndige vurderingen fra den pedagogisk-psykologiske tjenesten blant annet vurdere hvilken kompetanse de som gir opplæringen bør ha, dersom det skal gjøres unntak fra kompetansekravene i § 11-9. § 11-9 legger føringer for kommunen eller fylkeskommunens vedtak når det gjelder kompetansen til den som skal gi den individuelt tilrettelagte opplæringen. Etter denne bestemmelsen er det krav om lærerkompetanse, med noen unntaksmuligheter som ikke er aktuelle i denne sammenheng.

Utgangspunktet for vurderingen av hva som er lovlig, er lovens ordlyd og en naturlig språklig forståelse av denne. I § 11-9 heter det at kompetansekravene gjelder den som «skal gi» den individuelt tilrettelagte opplæringen. Denne ordlyden skiller seg fra reglene som rammer inn den ordinære opplæringen, som beskrevet i punktet over. Sakens springende punkt er om ordlyden «gi» innebærer at det kun er de som oppfyller kompetansekravene etter bestemmelsen som kan være til stede sammen med eleven, eller om andre kan hjelpe til i opplæringen når vilkårene i § 17-6 er oppfylt.

Ordlyden «gi» gir ikke et klart holdepunkt for om det er snakk om å ha ansvaret for å organisere og lede opplæringen, eller om det også innebærer å måtte være fysisk til stede. Dersom lovgiver hadde ment at den som er til stede med eleven i individuelt tilrettelagt opplæring til enhver tid skal være kvalifisert etter § 11-9, ville det være naturlig å bruke de uttrykkene som er brukt ellers i loven og i forarbeidene, som for eksempel «være til stede med eleven». På den andre siden kunne lovgiver klargjort at muligheten for at assistenter kan hjelpe til ikke har blitt snevret inn, ved å si at kravene i § 11-9 gjelder den som har ansvaret for opplæringen. Siden vi er på legalitetsprinsippets område, er det begrensningen i kommunens

handlefrihet som må ha hjemmel i lov, ikke motsatt. Det tilsier at lovens system ikke er fraveket, slik at en som er kvalifisert etter § 11-9 må ha det faglige ansvaret, men at assistenter kan hjelpe til når vilkårene er oppfylt.

I forarbeidene er spørsmålet om hvorvidt adgangen for assistenter til å hjelpe til er tatt bort, ikke direkte drøftet. Departementet uttrykker ikke at det er meningen å endre gjeldende rett, hvor assistenter kan hjelpe til. Heller ikke Stortinget uttrykker dette. Fraværet av omtale taler i seg selv for at adgangen ikke er tatt bort.

Forholdsmessighetsprinsippet i kommuneloven § 2-2 og veilederen om statlig styring av kommuner og fylkeskommuner, legger føringer for når kommunesektoren skal pålegges nye plikter. Når disse normene ikke er fulgt, taler det for at det gjeldende rett ikke er endret.

I avsnittet i lovsaken om ny opplæringslov som jeg siterte i avsnittet over, hvor departementet drøftet og forkastet forslaget om å sette krav om at læreren skal være til stede med eleven, adresserer departementet også forholdet til ITO. Departementet skriver:

Departementet vil ikke foreslå å innføre eit slikt krav berre for individuelt tilrettelagd opplæring. For elevar som får individuelt tilrettelagd opplæring, vil til dømes forslaget om personleg assistanse og fysisk tilrettelegging, som i dag kan inngå i spesialundervisning, sjå forslaga til §§ 11-4 og 11-5, og forslaget om å presisere i lova at det som hovudregel berre er personar som er tilsette i lærarstilling, som kan gi individuelt tilrettelagd opplæring, sjå forslaget til § 11-9, bidra til at elevane får ei forsvarleg opplæring.

Hvis departementet mente at kompetansekravet i § 11-9 skulle forstås på en slik måte at kun den som er kvalifisert etter bestemmelsen kan være til stede med eleven, ville det være naturlig å skrive det i avsnittet sitert over. Departementet skriver i stedet at de ikke vil foreslå et krav om at læreren skal være til stede med eleven. Dette taler igjen for at departementet mener regelen i § 11-9 ikke innebærer et krav om at læreren skal være til stede med eleven, og at det følgelig er adgang for assistenter til å hjelpe til når vilkårene for dette er oppfylt.

I kapittel 50.5.10 drøfter departementet assistentenes plass i opplæringa. Assistentenes rolle anerkjennes som viktig, men forholdet til ITO er ikke berørt. Det taler tilsvarende for at det ikke er ment å gjøre en endring.

Et av formålene med forholdsmessighetsprinsippet er å få klarhet i hvilke konsekvenser tiltak kan ha, både økonomiske og administrative. Siden dette ikke er drøftet i forarbeidene, er det grunn til å knytte noen kommentarer til det her. Den økonomiske konsekvensen beror på i hvor stor grad assistenter hjelper til i dag innenfor det som er lovlig etter gjeldende opplæringslov, og den må antas å være vesentlig. Den praktiske konsekvensen dreier seg om å rekruttere kvalifisert personale uten å måtte bruke adgangene til vilkårsansettelse eller midlertidig ansettelse, som er utfordrende i en del kommuner. Den dreier seg også om mulighetene til å organisere skolen på en hensiktsmessig måte. I den praktiske skolehverdagen må begrensede lærerressurser og uforutsett fravær håndteres, og ansatte og skoleledere må organisere driften løpende. Muligheten til å la assistenter hjelpe til er en naturlig del av det pedagogiske tilbudet. Det gjør det også mulig å dele grupper uten krav om en ekstra lærer. Kravet om at en lærer må ha ansvar for opplæringen sikrer at kvaliteten på opplæringen ivaretas også i slike tilfeller. Hvis det er krav om lærernærvær i alle sammenhenger i ITO, vil hele skolens fleksibilitet påvirkes. Det kan oppstå situasjoner hvor lærere må være til stede med elever med ITO-vedtak i situasjoner som også kunne vært ivaretatt av assistent etter regelen i § 17-6, mens en klasse hvor læreren burde vært til stede heller blir ivaretatt av en assistent. Slike omfattende konsekvenser for organiseringen av opplæringen er ikke belyst i lovforslaget, noe det skulle ha vært om det var meningen å endre muligheten for at assistenter hjelper til i opplæringen.

Etter dette er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for et krav om at kun personale som oppfyller kompetansekravene i § 11-9 kan være til stede med elevene, og assistenter kan dermed hjelpe til når vilkårene ellers er oppfylt. Når ordlyden ikke gir et klart holdepunkt og loven ellers har et system hvor det ikke stilles et slik krav, foreligger det ikke hjemmel for en slik begrensning i den kommunale handlefriheten. Forholdsmessighetsprinsippet og veilederen om statlig styring tilsier at en endring fra gjeldende rett, skulle vært drøftet i forarbeidene, og det er det ikke. De omfattende konsekvensene en endring vil ha for kommunesektoren og for de andre elevene, underbygger dette.

5. Forholdet til regelen om personlig assistanse

Personlig assistanse som eleven trenger for å kunne delta i opplæringen og få tilfredsstillende utbytte av den, er i den nye opplæringsloven § 11-4 skilt ut som en egen rettighet. I overgangen til ny lov må kommunesektoren tilpasse sin praksis til at forholdene som tidligere inngikk i spesialundervisning, nå er tre separate rettigheter.

Hva som ligger i regelen om personlig assistanse har i seg selv ingen betydning for spørsmålet om hvorvidt assistenter kan hjelpe til med ITO. Hvis det er slik at oppgaver som ligger i «hjelpe til»-rollen også kan inngå i personlig assistanse, vil begge hjemmelsgrunnlag under gitte forhold kunne brukes. Siden grensen mellom å gi personlig assistanse til en elev og å hjelpe til i opplæringen eller ITO kan være uklar, er det likevel her nyttig å sortere hvilke forhold som typisk hører hjemme i regelen om personlig assistanse og i regelen om ITO.

I lovsakens kapittel 25 beskriver departementet delingen av spesialundervisning i tre separate rettigheter. Utgangspunktet er et skille mellom opplæring og andre sider ved skoledagen. ITO er den delen som dreier seg om opplæring. I merknaden til § 11-4 er personlig assistanse beskrevet som praktisk hjelp og bistand. Det kan være hjelp til forflytning, påkledning, dobesøk og sosiale aktiviteter i friminuttet, men også hjelp til å følge med i undervisningen.

Det er mer utfordrende å trekke grensen mellom opplæring og andre sider ved skoledagen når det gjelder hjelp til å følge med i undervisningen. I utgangspunktet er dette personlig assistanse, men dette kan i enkelte tilfeller gå over til å måtte karakteriseres som å hjelpe til i undervisningen. Dette kan for eksempel gjelde elever med konsentrasjonsproblemer, som har personlig assistanse for å få hjelp til å følge med i undervisningen. I slike tilfeller vil den som yter assistansen også ofte bidra i opplæringen for eksempel oppgaveløsning mv. En del av tilretteleggingen kan også være å gå på et grupperom dersom det er nødvendig. I disse to eksemplene vil det variere mellom timene og i løpet av en time om det er snakk om kun personlig assistanse eller også om opplæring. For eleven vil det være en fordel at det blir sett på som ITO, fordi § 17-6 sikrer at det er læreren som har det faglige ansvaret og at den som er til stede med hen har fått nødvendig veiledning.

I tilfeller hvor det er behov for både praktisk hjelp og bistand og opplæring, skal den pedagogisk-psykologiske tjenesten gjøre en helhetlig vurdering etter § 11-7. Tiltak som kan være relevante under både § 11-4 om personlig assistanse og § 11-6 om ITO, vil dermed bli vurdert faglig som en helhet. Hensynet til elevens beste vil tilsa at regelen om ITO brukes oftere heller enn sjeldnere, fordi tiltak som dreier seg om opplæringa stiller krav om at lærer har det faglige ansvaret for opplæringa, selv om det er en assistent som hjelper til.

Med hilsen

Kristin Holm Jensen
Avdelingsdirektør

Pål Thygesen
spesialrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur