

Svar på spørsmål om spesialpedagogisk hjelp etter barnehageloven § 19 a

Utdanningsdirektoratet har svart Fylkesmannen i Troms på spørsmål knyttet til vedtak om spesialpedagogisk hjelp etter barnehageloven § 19 a.

TOLKNINGSUTTALELSE 17.01.2018

Gjelder

- [Barnehageloven - § 12 Særlige regler som klageinstans](#)
- [Barnehageloven - § 31 Rett til spesialpedagogisk hjelp](#)
- [Barnehageloven - § 35 Vedtak om spesialpedagogisk hjelp](#)

Vi viser til e-post fra dere 27.november 2017 hvor dere har to spørsmål knyttet til vedtak om spesialpedagogisk hjelp etter barnehageloven § 19 a.

Det første spørsmålet deres er om kommunen kan delegere vedtaksmyndigheten de har etter barnehageloven § 19 e i saker om spesialpedagogisk hjelp jf. § 19 a, til styrer i barnehagen. Vi forutsetter i det videre at spørsmålet deres ikke dreier seg om de tilfeller der fylkeskommunen har ansvar for spesialpedagogisk hjelp etter § 19 a femte ledd.

Delegering av vedtakskompetanse etter § 19 e

Om det foreligger delegeringsadgang beror på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget for den respektive myndighetsutøvelsen. Der vedtaksmyndigheten er lagt til «kommunen», følger det av kommuneloven § 6 at myndigheten og ansvaret som utgangspunkt er lagt til kommunestyret, og kan delegeres videre. Det kan imidlertid i noen tilfeller fremgå av lov at myndigheten ikke skal kunne delegeres. Dette vil f.eks. gjelde der loven uttrykkelig benytter begrepet «kommunestyret».

Det foreligger ingen regler i barnehageloven som direkte regulerer spørsmålet om delegering av myndighet til å fatte vedtak om spesialpedagogisk hjelp. I § 19 e står det at det er «kommunen» som er vedtaksansvarlig i saker om spesialpedagogisk hjelp. Dette innebærer at det er kommunestyret som i utgangspunktet har myndighet og ansvar til å fatte slike vedtak.

Kommunestyret kan gi administrasjonssjefen (rådmannen) myndighet til å treffe vedtak i enkeltsaker forutsatt at det ikke er typer av saker som er av prinsipiell betydning, jf. kommuneloven § 23 nummer 4. I tillegg må delegeringen være forsvarlig. Rådmannen kan delegere myndigheten videre til virksomhetsstyrere i kommunen, forutsatt at tilsvarende vilkår er oppfylt. Det betyr at rådmannen kan delegere myndigheten til å treffe vedtak etter barnehageloven § 19 e til styrere i kommunale barnehager.

Det følger av forarbeidene til kommuneloven, Ot.prp. nr. 42 (1991-1992), at det i formuleringen «saker som ikke er av prinsipiell betydning» jf. kommuneloven § 23 nummer 4, ligger en skranke både med hensyn til hva delegeringen kan gå ut på og med hensyn til hvordan fullmakten kan benyttes. Hva som er av prinsipiell betydning må fastsettes ut fra vedtakets karakter og konsekvenser, kommunens størrelse, og ut fra en vurdering av i hvilken utstrekning de eventuelle skjønnsmessige sider av den aktuelle avgjørelsen må anses klarlagt gjennom politiske vedtak, instruksjer eller tidligere praksis. Både kommunestyret, rådmannen og styrer i barnehage er ansvarlig for å vurdere dette.

Videre er det et grunnvilkår for all delegering at den lar seg gjennomføre på en forsvarlig måte, slik du også skriver i brevet. I dette ligger det at kommunen må sikre at styrer i barnehagen har den nødvendige kompetanse, oversikt, habilitet og kapasitet til å fatte vedtakene. Det er den som delegerer som er ansvarlig for at delegeringen er forsvarlig. Når

kommunen delegerer myndighet til styrere i barnehager må det fremgå at kommunen har vurdert dette i delegeringsvedtaket.

Selv om hver enkelt kommune må vurdere forsvarligheten av delegeringen selv, mener vi det finnes noen typetilfeller der det kan være uforsvarlig å delegere kompetansen. Blant annet er det i Echhoff og Smith *Forvaltningsrett* 10. utgave 2014 s. 178 pekt på at delegering ikke er forsvarlig dersom den som får delegert myndighet ikke er i stand til å ivareta oppgavene. Videre sies det at kompetansen ikke kan plasseres på et så lavt nivå at sakene ikke får den behandling som deres kompleksitet og betydning tilsier.

I forsvarlighetsvurderingen innebærer kompetanse at styreren har tilstrekkelig kunnskap om barnehagelovens bestemmelser om spesialpedagogisk hjelp og alminnelig forvaltningsrett. Det er kommunen som har plikt til å oppfylle retten til spesialpedagogisk hjelp til barn med særlige behov bosatt i kommunen. Plikten omfatter også barn som ikke går i barnehage. Det kan derfor tenkes at styrer i en barnehage ikke har den nødvendige oversikten og kapasiteten til å fatte vedtak utover de barna som går i barnehagen der styreren jobber. Med bakgrunn i dette mener vi forsvarlighetskravet kan tilsi at delegering av myndighet til styrer i en barnehage, bør innebære at styreren kun fatter vedtak på vegne av de barna som går i den barnehagen.

Ved delegering til styrer i barnehage, er det også særlig viktig at likhetsprinsippet ikke blir svekket. I likhetsprinsippet ligger det et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Dette innebærer at dersom det er to barn i kommunen med tilnærmet likt behov for spesialpedagogisk hjelp, og kun det ene barnet får spesialpedagogisk hjelp, kan det foreligge usaklig forskjellsbehandling med mindre det er en saklig grunn for at det er tatt ulike avgjørelser. Man kan forestille seg at det kan bli vanskeligere å overholde likhetsprinsippet dersom vedtakskompetansen delegeres ut til styrere i barnehagene. Uansett er det opp til kommunen selv å foreta forsvarlighetsvurderingen.

Dere skriver at det er lite heldig at styrer i barnehagen fatter vedtak da barnehagen ofte opptrer som partsrepresentant i saker om spesialpedagogisk hjelp i barnehagen. Om dette innebærer at delegeringen er uforsvarlig, mener vi må være opp til kommunen å avgjøre, eventuelt fylkesmannen som klageinstans jf. barnehageloven § 9 b.

Konklusjonen er derfor at kommunen både har anledning og hjemmel til å delegere vedtakskompetansen til styrer i kommunale barnehager, så lenge slik delegering er forsvarlig og det ikke gjelder delegering av typer av saker som har prinsipiell betydning.

Instruks

Dere skriver også at styrer i barnehagen har instruks om å holde seg innenfor eget driftsbudsjett knyttet til de kostnadene den spesialpedagogiske hjelpen vil medføre.

Overordnet delegerende organ kan instruere underordnet organ som har fått vedtakskompetanse om hvordan myndigheten skal brukes, og den kan også trekke delegeringen tilbake. Dette innebærer i utgangspunktet at dersom styrer i kommunal barnehage har fått delegert myndighet fra kommunen, kan kommunen instruere styrer om hvordan myndigheten skal brukes, herunder hvordan kostnader skal fordeles.

Imidlertid følger det av barnehageloven § 19 a at barn med særlige behov har rett til spesialpedagogisk hjelp. Dette er en individuell rettighet som går foran økonomiske hensyn. Hverken kommunen eller styreren i barnehagen kan avslå en søknad om spesialpedagogisk hjelp av økonomiske hensyn, da dette er et utenforliggende hensyn som ikke skal trekkes inn i vurderingen av om barnet har «særlige behov for» spesialpedagogisk hjelp. Kommunen eller styreren kan heller ikke legge vekt på økonomiske hensyn i begrunnelsen for hvorfor vedtaket f.eks. avviker fra den sakkyndige vurderingen jf. § 19 e. Dette følger av Prop. 103 L (2015-2016) kapittel 3 og merknader til § 19 e. Dersom økonomiske hensyn trekkes inn i vurderingen, vil det foreligge saksbehandlingsfeil, eventuelt rettsanvendelsesfeil.

Det er derfor intet i veien for at kommunen instruerer styrer i barnehage, men styreren kan ikke instrueres på en slik måte at rettighetene til barn med særlige behov ikke blir oppfylt. Det er videre slik at *ansvaret* ikke kan delegeres. Kommunen er uansett ansvarlig for at barn med særlige behov i kommunen får oppfylt retten til spesialpedagogisk hjelp.

Bortfalte timer

Det andre spørsmålet deres er om barn med vedtak om spesialpedagogisk hjelp pålydende 120 årstimer/ 3 timer pr uke i 42 uker, har krav på å «få igjen» timer som ikke er brukt fordi kommunen ikke har igangsatt vedtaket.

Vi bemerker at kommunen ikke overholder vedtaket og heller ikke oppfyller den retten barnet har etter vedtaket dersom den ikke får 120 årstimer/ 3 timer per uke i 42 uker.

Vi har i veilederen til spesialundervisning i skolen skrevet om hva som skjer dersom det ikke er samsvar mellom omfanget av spesialundervisning som er fastsatt i enkeltvedtaket og

den faktiske ressursen eleven får. Det følger av veilederen at «Dersom eleven mister timer, skal dette tas igjen, så langt det er pedagogisk forsvarlig». Vi mener at det ikke finnes gode grunner til å behandle dette annerledes overfor barn under opplæringspliktig alder. Vi mener derfor at det samme må gjelde overfor spesialpedagogisk hjelp for barn under opplæringspliktig alder.

Dere spør om dere som klageinstans bør si noe om dette i vedtaket. Dersom foreldrene har klaget på at vedtaket ikke blir overholdt fordi det ikke er igangsatt, samt at en del timer er bortfalt, mener vi det med fordel kan presiseres overfor kommunen at barnet skal få igjen timene så langt dette er pedagogisk forsvarlig. Det må for øvrig i forsvarlighetsvurderingen ses hen til barnets beste og barnets synpunkter, jf. Barnekonvensjonen art. 3 og 12. Vi er derfor enig i det du skriver om at man bør få igjen de timene man har vedtak på med mindre dette er belastende for barnet. Vi er enig i at økt belastning for kommunens budsjett ikke kan være avgjørende.

På bakgrunn av dette mener vi at barn som får vedtak om spesialpedagogisk hjelp skal få igjen timene, så langt dette er pedagogisk forsvarlig. Man er derimot ikke pliktig til å ta imot de timene som har falt bort. Foreldre som ikke ønsker at deres barn skal motta timene, er dermed ikke pliktig til å ta imot disse timene.

Vår referanse: 2018/1252