



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Rettsgrunnlag for tvang i skolen

Avhandling om rettsgrunnlag for tvangsbruk i skolen og forholdet til legalitetsprinsippet og EMK.

Jon-Anders Skjalmar-Reinfjell

Liten masteroppgave i rettsvitenskap våren 2019



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet.....	2
1.3	Metodiske spørsmål og avgrensing	3
1.4	Fremstillingen videre	4
2	Legalitetsprinsippet	5
2.1	Introduksjon.....	5
2.2	Det tradisjonelle legalitetsprinsipp	6
2.3	Det formelle legalitetsprinsipp	9
2.4	Hva legges til grunn.....	13
2.5	Fortolkning av Grunnloven § 113	15
2.5.1	Myndighetene.....	15
2.5.2	Inngrep	15
2.5.3	Den enkelte.....	16
2.5.4	Grunnlag i lov.....	17
3	EMK.....	19
3.1	Introduksjon.....	19
3.2	Retten til respekt for privatliv.....	20
3.3	Vilkårene for inngrep i noens privatliv.....	23
3.3.1	Inngrepet må ha hjemmel i lov.....	23
3.3.2	Legitime formål.....	25
3.3.3	Nødvendighetskravet.....	26
4	Rettigheter og inngrepshjemler	28
4.1	Introduksjon.....	28
4.2	Rett til trygt og godt skolemiljø.....	29
4.2.1	Aktivitetsplikten	29

4.2.2	Handlingsplikten	32
4.3	Ordensreglementet.....	35
4.3.1	Hva kan ordensreglementet inneholde?	35
4.3.2	Hva kan ordensreglementet ikke inneholde?.....	38
5	Oppfyller hjemmelen kravene til legalitetsprinsippet og EMK?.....	40
5.1	Oppsummering	40
5.2	Refselser med pønalt formål.....	42
5.3	Voldssituasjon	44
5.4	Mobilinndragelse	46
6	Avsluttende bemerkninger	48
	Kildeliste	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er regelverket om tvang og maktbruk i skolen. Det vil foretas både en redegjørelse og en drøftelse av regelverket i sin helhet, og derunder eventuelle mangler. Et av de viktigste spørsmålene vil være om dagens lovgivning på dette området er i samsvar med Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) og den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).

I utgangspunktet kan ikke lærere bruke tvang eller makt ovenfor elever i skolen, uten hjemmel i lov. Det følger av helt grunnleggende hensyn og menneskerettigheter, blant annet Grunnloven §§ 102 og 113, og EMK artikkel 8. Det finnes tilfeller hvor tvang og makt vil oppleves nødvendig på bakgrunn av hensyn som sikkerhet, eller godt og trygt skolemiljø. For at denne type inngrep skal være tillatt må lovhjemmelen oppfylle flere vilkår og krav. Legalitetsprinsippet, EMK og lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa 1998 nr. 61 (opplæringslova) oppstiller flere av disse.

Det oppstilles vilkår for når tvang og maktbruk kan forekomme. På områder som i helsevesenet, psykiatrien, politiet, noen deler av forvaltningen, og under straffeprosess, finnes det egne lovverk som omhandler både når og hvordan bruken av tvang og makt skal forekomme. Det samme kan ikke sies for skolen. Her vil lovverket være bruddstykker, og trenge supplering og tolkning fra andre kilder. De generelle vilkår for bruk av tvang og makt vil derfor bli behandlet, mens spesifikke vilkår fra andre områder vil brukes for å belyse eventuelle løsninger.

Barn har rett til opplæring, og et trygt og godt skolemiljø. Lovverket gir barn, og herunder elever, rettigheter og oppstiller ulike krav til hvordan elevenes skolegang og miljø skal være. Et eksempel er forbudet mot fysisk refselse. Det sikrer elevene mot en slik form for avstraffelse. Avhandlingen sikter seg derimot ikke inn på slike tilfeller, da det like klart som en kroppskrenkelse vil være ulovlig. Spørsmålene retter seg mer mot tilfeller hvor tvang og makt kan føles nødvendig, men hvor det ikke finnes grunnlag for å bruke det. Eksempler som at elever bråker unødvendig i timene, at elever nekter å forlate et klasserom eller en

skolebuss, eller at elever gjør skade på skolens materiell. Eksemplene kan endres i intensitet og farenivå, som også endrer vilkårene for å kunne benytte tvang og makt.

Problemstillingen som behandles er: Hva er dagens lovgivning rundt tvang og makt i skolen, og er den i overensstemmelse med legalitetsprinsippet og EMK?

1.2 Bakgrunn og aktualitet

I NOU 2015:2 (Djupedalutvalget) ble det bedt om en utredning for rettslig grunnlag for tvang i skolen.¹ De mener det er tilbakevendende spørsmål som har vært uløst i flere år. Det uttales at det i dag ikke finnes noen hjemmel for bruk av tvang i opplæringslova, men at det etter tilbakemeldinger fra fylkesmenn og utdanningsdirektoratet kan virke som at enkelte skoler benytter det likevel. Videre bør det utredes om det er behov for innføring av tvangshjemler. En slik utredning er blitt gjort av Marius Storvik.² Disse to har vært konkrete kilder om det aktuelle spørsmålet, på et lite belyst rettsområde.

Gjennom samtaler med både lærere og lærerstudenter virker det ønskelig med klare retningslinjer og regler rundt tvang og makt. Både frykt for å «gå over streken», og barnas sikkerhet er reelle hensyn en må ta hensyn til, og som de selv føler det er lite informasjon å finne om. Elevene må også vite deres rettigheter. Eventuelle endringer i lovgivningen må dermed også oppfylle krav til tilgjengelighet. Skolen skal fastsette eget ordensreglement, men hvor mange elever og foreldre kan faktisk skolens egne regler?

Dagens utdanningssituasjon har vært under endring i løpet av de siste 20-30 år. Teknologiske fremskritt, kunnskap om barns lærevaner, pedagogikk og sosiale medier har alle vært med på å endre skolen til det den er i dag. Går en langt nok tilbake var spanskrøret og fysisk avstraffelse normalt. Det ble sett på som gode metoder å lære barna både respekt og oppdragelse.

¹ NOU 2015:2 - s. 24 og s. 244

² Marius Storvik, *Utredning om behovet for rettslig grunnlag for bruk av ulik tvang og makt i skolen*, Tromsø 2018 – Heretter Storvik

I dag er situasjonen annerledes. Frykt for læreren er byttet ut med kunnskap om barns atferd, slik at den kan reguleres på en pedagogisk måte. Fysisk refselse og kollektiv avstraffelse er byttet ut med tilsnakk, samtaler med foreldre og rektor, og rådgivning. Læreren i dag er en helt annen enn læreren for 20-30 år siden. Barnas oppvekst har også forandret seg stort gjennom tiden, hvor internett og teknologi har gjort sitt inntog. Barn vil derimot alltid være barn, og noen ting endrer seg ikke. Lærerens autoritet vil fremdeles bli utfordret av enkelte. Noen vil teste grenser. Andre vil bryte dem. Spørsmålet er hva slags verktøy en har for å håndtere slike situasjoner. Hva kan en lærer egentlig gjøre om et barn nekter å forlate skolebussen på vei tilbake fra svømmetimen? Hvordan håndteres en voldssituasjon? Slike spørsmål trenger svar, og som avhandlingen vil vise, må og burde de svarene komme gjennom lovgivning.

1.3 Metodiske spørsmål og avgrensing

Avhandlingen vil hovedsakelig være rettsdogmatisk, men det siste kapittelet vil inneholde noen rettspolitiske tanker knyttet opp til dagens lovverk, spesielt opp mot diskusjonen rundt inndragelse av mobiltelefon. Den rettsdogmatiske delen vil være en redegjørelse for gjeldende rett, de lege lata. I tillegg til redegjørelsen vil ulike eksempler vurderes opp mot de vilkår og hensyn retten fastsetter. Alminnelig juridisk metode vil være vurderingsgrunnlaget for hva som er gjeldende rett. Legalitetsprinsippet, EMK og opplæringslova er de primære rettskildene for drøftelsen, men også rettspraksis, EMD praksis, forarbeider og juridisk litteratur er viktige kilder.

De rettspolitiske tankene retter seg mot de lege ferenda, altså hvordan retten bør være. I forhold til tvang og makt i skolen er rettsområdet lite utforsket, og lite representert hos domstolene. Det er dermed vanskelig å kunne påpeke nøyaktig i hvilken retning jusen beveger seg, men avhandlingen vil i det minste prøve å synliggjøre noen problemer.

Det finnes derimot lite rettskilder på dette spesifikke området. Spørsmålene rundt tvang og makt i skolen har vært lite drøftet i juridisk teori. At Djupedalutvalget velger å be om en utredning i stedet for å redegjøre og behandle spørsmålene selv, er slikt sett talende for

rettssituasjonen.³ Drøftelsen vil derfor flere steder måtte forholde seg til andre sammenlignbare kilder med overføringsverdi for dette tema. Mangelen på kilder vil gjøre seg mest gjeldende i de siste kapitlene.

Hovedvekten til avhandlingen vil ligge i grunnskolen. Flere av tema og spørsmålene knyttet rundt vil ha effekt både i grunnskolen og den videregående skole. Det finnes derimot hensiktsmessig å avgrense avhandlingen til å kun omhandle grunnskolen. Bakgrunnen er skoleplikten jf. opplæringslova § 2-1. Skillet mellom en plikt til å gå på skolen, og en rett til å gå på skolen utgjør en større forskjell i henhold til de plikter og regler man kan fastsette for elevene. Dermed kan hensynene som nevnes ofte gjelde for både grunnskolen og videregående, men utslaget av dem kan være forskjellig. Å fokusere på kun den ene, for en liten masteroppgave, synes dermed nødvendig. Ytterligere avgrensinger vil gjøres i teksten underveis.

1.4 Fremstillingen videre

I det neste kapittelet redegjøres legalitetsprinsippet og dens ulike tolkninger. Det gjøres en avveining av hvilket prinsipp som legges til grunn, og deretter en tolkning av ordlyden. Legalitetsprinsippet setter ulike rammer for lovgivningen, som får anvendelse i avhandlingens senere kapitler.

I kapittel 3 blir EMK artikkel 8 gjennomgått. Det vil redegjøres for hvilke krav den stiller, og samtidig sammenlignes med legalitetsprinsippet.

Kapittel 4 inneholder en sammenfatting av ulike rettigheter barn og elever har, og hvordan de framstilles i opplæringslova. Det vil også foretas en gjennomgang av lovens rettigheter og plikter gjennom aktivitet- og handlingsplikten, i tillegg til en redegjørelse av regelverket for ordensreglementet.

³ NOU 2015:2 – s. 24 og s. 244

I kapittel 5 vil retten og kravene fra de to første kapitlene benyttes på regelverket i det fjerde kapitlet. Det vil fremholdes noen eksempler, og deretter se på om de er i samsvar med legalitetsprinsippet og EMK.

Til sist vil det foretas noen avsluttende bemerkninger angående rettssituasjonen for skolen, og derunder gjennomføringen av en systematisk inndragelse av mobiltelefoner.

2 Legalitetsprinsippet

2.1 Introduksjon

I denne avhandlingen blir flere tema rundt legalitetsprinsippet behandlet. Det finnes to forskjellige legalitetsprinsipp, det strafferettslige og det forvaltningsrettslige. På strafferettens område ble prinsippet tidlig lovfestet, men her som et absolutt krav om lovhjemmel.

Grunnloven § 96 første ledd sier: «*Ingen kan dømmes uten etter lov, eller straffes uten etter dom*». Det strafferettslige legalitetsprinsipp skal tolkes strengt, og ordlyden må være klar. Det er lite rom for utvidende og antitetisk tolkning. Avhandlingens tema avgrenses mot det strafferettslige prinsippet, og det vil derfor ikke bli behandlet ytterligere.

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp er formulert på flere måter. Det mest fremtredende i teorien har vært det tradisjonelle (eller materielle legalitetsprinsipp), og det formelle legalitetsprinsipp. Begge vil bli redegjort for i avhandlingen.

Prinsippet i seg selv har vært sentralt for rettsstaten Norge, og har vært å regne som konstitusjonell sedvanerett. Tradisjonelt har det vært forstått som at ethvert inngrep i borgernes rettsfære må ha hjemmel i formell lov. Slik utviklet det seg til å bli et prinsipp om å positivt formulere de inngrep som myndighetene kunne gjøre. Ved grunnlovsreformen i 2014 ble prinsippet stadfestet i en egen bestemmelse, hvor formålet var å «*synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reel skranke for maktavernes myndighetsutøvelse*».⁴

Bak legalitetsprinsippet ligger det flere hensyn, noen mer sentrale enn andre.

Folkesuvereniteten, maktfordelingsprinsippet, samfunnskontrakten og menneskerettigheter er

⁴ Dokument nr. 16 (2011-2012) – s. 248

noen av dem. Grunntanken er at alle er født fri og like, og styres av de samme lovene.⁵ For at borgerne skal akseptere å gi bort makt til myndighetene, er motkravet at myndighetene også må styres av lover. Og videre at lov kun kan endres ved lov. En slik tankegang skal også forhindre maktmisbruk ved at de folkevalgte borgerne ikke vil tillate en lov som klart er imot folkeviljen. Opplysningstidens tanker om statens legitimitetsgrunnlag er bakgrunnen, hvor forutsetningen er at borgerne underkaster seg det offentlige normer og regler. Rettstaten er dermed tett knyttet til legalitetsprinsippet, hvor staten ikke bare er tvunget til å utøve sin makt gjennom loven, men også positivt forpliktet til å verne om borgernes rettsfare og menneskerettigheter.⁶

Selve tolkningen av prinsippet blir gjort senere i avhandlingen, men kort fortalt vil ikke ethvert inngrep i borgernes rettsfare være urettmessig. Men ethvert inngrep som negativt påvirker borgernes rettsfare uten klar og tilstrekkelig lovhjemmel, vil være det.

Videre vil avhandlingen gå nærmere inn på de to forskjellige tolkningene/formuleringene av legalitetsprinsippet. Det vil foretas en drøftelse på om hvilken av retningene som er mest nærliggende for avhandlingens tema, men også hvilken som er mest nærliggende gjeldende rett. Til slutt vil en tolkningsretning legges til grunn, og en grundigere gjennomgang av Grunnloven § 113 ordlyd bli gjennomgått.

2.2 Det tradisjonelle legalitetsprinsipp

Legalitetsprinsippet oppsto som sedvane, etter hvert med grunnlovs rang. Som nevnt tidligere var det med bakgrunn i folkesuvereniteten og maktfordelingsprinsippet. Borgerne skulle ha en rettssikkerhet mot tilfeldige og urettmessige inngrep av forvaltningen. Dette gjelder både for rettslige beslutninger og faktiske handlinger. Andenæs/Fliflet beskriver legalitetsprinsippet slik: *«Innholdet i prinsippet har tradisjonelt vært sagt å gå ut på at offentlige myndigheter bare kan gripe inn overfor borgerne i individuelle tilfelle når det er hjemmel for det i formell lov. Det gjelder både rettslige og faktiske inngrep»*.⁷ Denne beskrivelsen er det som kan

⁵ Dokument nr. 16 (2011-2012) s. 247

⁶ Ibid.

⁷ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2008 s. 226 – Heretter Andenæs/Fliflet

beskrives som det tradisjonelle legalitetsprinsipp, det materielle legalitetsprinsipp eller den positive formulering av legalitetsprinsippet. Det vil altså si et krav om at inngrep i borgernes rettsfære har hjemmel i formell lov. Tolkning av «inngrep» og de resterende vilkår i bestemmelsen vil gjøres senere.

Begrunnelsen for navnet «det materielle legalitetsprinsipp» er at det må foretas en materiell vurdering om lovhjemmel er nødvendig eller ikke.⁸ Det er derimot ikke tilstrekkelig med kun den vurderingen. Det må også vurderes om lovhjemmelen er klar, og om den i det hele tatt eksisterer. Med det siste menes om inngrepet har hjemmel eller ikke. Er svaret nei så skal inngrepet i utgangspunktet heller ikke forekomme.

I forarbeidene til grunnlovsreformen sies det som nevnt at legalitetsprinsippet vil «fungere som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse»⁹. Det er også slik Grunnloven § 113 er å forstå, da den fastsetter et krav om positiv definisjon av hva forvaltningen kan gjøre av inngrep. Med andre ord kan ikke myndighetene gjøre inngrep som ikke er hjemlet i loven.

Høyesterett har blant annet uttalt seg om legalitetsprinsippet i flere saker hvor spørsmålet har vært om rekkevidden av bevissikring. Slike handlinger er straffeprosessuelle, og går dermed under Grunnloven § 113, og ikke § 96. I en av de første sakene etter Grunnlovsreformen, Rt-2014-1105, begrunner Høyesterett prinsippet slik: «*Lovkravet støtter ... den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.*»¹⁰ Saken omhandlet oppbevaring av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll, og spørsmålet var om politiet hadde handlet i strid med loven da de ikke hadde slettet materialet. Dommen hadde dissens 3-2, og resultatets bakgrunn kom hovedsakelig ned til forskjellig ordlydstolkning av de straffeprosessuelle bestemmelsene. Flertallet mente med bakgrunn i Grunnloven §§ 113 og 102, i tillegg til EMK artikkel 8 og EMD praksis, at bestemmelsene måtte tolkes innskrenkende, da de ikke var tilstrekkelig klar. Spesielt da saken omhandlet bevis som bruk i straffesak, og at rettssikkerheten til tiltalte da ikke var ivaretatt. Videre at fortsatt bruk av

⁸ Alf Petter Høgberg og Morten Kinander, «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011 s. 15-55 (s. 21) – Heretter Høgberg/Kinander

⁹ Dokument 16 (2011-2012 s. 248

¹⁰ Rt. 2014 s. 1105 A – avsnitt 26

overskuddsmaterialet ville vært en ytterligere rettskrenkelse ovenfor tiltalte, og da jf. Grunnloven § 102 og § 113. Mindretallet på sin side mente ordlyden var tilstrekkelig klar, og at de nevnte menneskerettighetene ikke måtte føre til en innskrenkende tolkning. Således representerer saken det tradisjonelle legalitetsprinsipp godt, da lovens ordlyd er i fokus, og både mindretallet og flertallet er enig om et krav om lovhjemmel for et slikt inngrep.

I sin bok «Rett og rettsanvendelse» kommer Jens Edvin A. Skoghøy med sine tanker rundt legalitetsprinsippet. Han mener at kodifiseringen av prinsippet har bidratt til å styrke dets funksjon, og at det har blitt mer levedyktig mot «utvanning». Videre retter han kritikk mot det formelle legalitetsprinsippet og hvordan det undergraver beskyttelsen av enkeltindividet.¹¹ Den negative definisjonen av legalitetsprinsippet fører altså til mindre fokus på rettssikkerhetsgarantien, og tillater heller en «alt er tillatt, hvis det ikke er ulovlig» grunnlinje for myndighetene.

Som et eksempel på endringen og forskjellen i legalitetsprinsippet karakter over tid bruker Skoghøy læren om politiets ulovfestede «generalfullmakt».¹² Tidligere var det antatt at politiets myndighet til å for eksempel vise folk bort fra uteplasser for å opprettholde «ro og orden» løp ut fra deres plass i samfunnet og maktfordelingen. Formålet med politiet sammen med de forutsetninger samfunnet plasserte i dem, tilsvarte at de hadde en slik fullmakt til å kunne utføre de oppgavene de var tildelt. Mens i dag er det nedfelt i lov hvilke handlinger politiet kan utføre, og spesielt de som utgjør et inngrep hos borgernes integritet eller rettsfære. Det betyr ikke at det ikke er rom for tolkning, eller for vage uttrykk i loven, men at det må gjøres kontrollert og med klare rammer rundt. Forarbeider og teori kan dermed opplyse og utfylle en bestemmelses rekkevidde, så lenge bestemmelsen selv sier noe om det aktuelle inngrepet. Det tradisjonelle legalitetsprinsippet setter dermed ikke en begrensning om at loven uttrykkelig må nevne alle mulige inngrep som myndighetene kan gjøre

¹¹Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 56-57 - Heretter Skoghøy

¹² Skoghøy s. 56

2.3 Det formelle legalitetsprinsipp

En av de første formuleringen av en annen tolkning av legalitetsprinsippet kom fra Alf Ross hvor han mente at ikke bare inngrepene i borgernes rettsfære trenger hjemmel, men også enhver normering. Videre at hjemmelskravet også forutsetter en kompetansenorm, og at både hjemmel og kompetanse kunne avledes av andre rettskilder og «rettskildekonstellasjoner». Bakgrunnen for denne utvidelsen av legalitetsprinsippet var folkeviljen, og demokratihensynet. Med andre ord en mer direkte representasjon av folkets vilje skulle ligge til grunn. Det ble med andre ord en større fleksibilitet rundt hjemmelsgrunnlaget, hvor det blant annet kunne finnes i ulike tolkninger, lavere normtrinn, eller sedvane.¹³ Det negative med Ross' tankegang rundt emnet var at det var uklart. Hva som ligger i «folkeviljen» er det som er uklart, og åpner for flere tolkningsgrunnlag. Jo flere kilder en kan utlede av det, jo større blir mulighetene for hjemmelsgrunnlag for staten. Spesielt om en tillater andre rettskilder enn formell lov står man ovenfor alt for mange potensielle hjemler for inngrep.

I Norge ble startskuddet for det «formelle legalitetsprinsippet» innledet av Eivind Smiths artikkel «Legalitetsprinsippet hjemmelskrav og subjekter».¹⁴ Her raffinerer Smith blant annet Ross' tanker og lanserer deretter sin egen teori. I sammenheng med Torstein Eckhoffs framstilling (sammen med Eivind Smith) av forvaltningsretten ble teorien, eller tolkningen, av det formelle legalitetsprinsipp formulert.¹⁵

I starten av Smiths artikkel konstaterer han at det finnes et legalitetsprinsipp i norsk rett, men finner at flere spørsmål som prinsippet reiser ikke har vært løst tidligere.¹⁶ Smith fokuserer på spørsmålene om hvem som må ha hjemmel for sine inngrep etter legalitetsprinsippet, og hvem som er beskyttet mot slike inngrep. I utgangspunktet er slike spørsmål allerede utredet for og teorien forholdsvis klar. Det som skiller artikkelen ut fra resten er at Smith legger til grunn sitt eget legalitetsprinsipp, i motsetning til det tradisjonelle, jf. hans formulering «... vil artikkelen også berøre spørsmålet om hva som kan tjene som hjemmel for inngrep overfor andre.»¹⁷ Spørsmålene han stiller blir dermed mer nøyaktig: hva kan fungere som hjemmel

¹³ Alf Ross, *Dansk statsforfatningsret*, 2. utgave, København 1966 s. 238-239

¹⁴ Eivind Smith, «Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1978 s 655-691 – heretter: Smith

¹⁵ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Oslo 2014 – heretter: Eckhoff/Smith

¹⁶ Smith s. 655

¹⁷ Op.cit. s. 656

for inngrep bortsett fra grunnlag i lov, og hvem er beskyttet mot inngrep som ikke bygger på formell lovhjemmel.

Innledningsvis endrer Smith noen terminologiske uttrykk slik at de passer bedre med det formelle legalitetsprinsippet. Blant annet hvordan «inngrep» stiller seg forskjellig til rettslige og faktiske disposisjoner, og kritisk, om hvordan «kompetanse» må forstås.¹⁸ Smith ser videre på legalitetsprinsippet kun som en skranke for rettslige disposisjoner, og behandler derfor ikke faktiske inngrep. En nærmere gjennomgang og kritikk av dette skillet gjøres senere.

Videre forklares det formelle legalitetsprinsippet ved å se på begrunnelsen «hjemmel i lov», eller tilsvarende forståelse av lovteksten. I Smiths artikkel peker han på flere dommer, og uttalelser fra Ross og Opsahl om et flytende hjemmelskrav i legalitetsprinsippet, og herunder et fleksibelt krav som kan tilpasses situasjonen.¹⁹ Deretter kommer grupperingen av de forskjellige rettslige forhold som kan være grunnlag for inngrep (eller kompetansegrunnlag), som i artikkelen er en tredeling, men videre formuleres i boken Forvaltningsrett til fem forskjellige grunnlag: Organisasjons- og instruksjonsmyndighet, eierrådighet og avtalekompetanse, Grunnlovens spesielle kompetanseregler, annen sedvanerettslig kompetanse og lov, eller provisorisk anordning. Sistnevnte er med som en «siste utvei», da lov kun blir nødvendig om ikke annen kompetansegrunnlag gjelder. Prinsippet andre navn, det negativt formulerte legalitetsprinsipp kommer her inn, da en kun ved manglende hjemmel av de øvrige grunnlagene trenger å finne nødvendig lovhjemmel.

Smith oppsummerer i sin artikkel det formelle legalitetsprinsipp slik: *«Som vist ovenfor under 2.3 og 2.4 er utgangspunktet tvert imot at enhver som ønsker å foreta «inngrep» overfor andre må kunne vise til et tilstrekkelig rettsgrunnlag for sin disposisjon. Ofte vil «privatautonomien», gjennom eierrådighet, avtale etc, eller organisasjons- og instruksjonsmyndighet gi tilstrekkelig hjemmel for inngrepet. Hvis noe slikt derimot ikke foreligger, kan disposisjonen i prinsippet [...] bare foretas med kvalifisert hjemmel etter legalitetsprinsippet. Det samme gjelder hvor grunnlag av de første nevnte typer nok foreligger, men likevel ikke strekker til.»*²⁰ Siste setning er et viktig poeng knyttet opp mot

¹⁸ Smith s. 656

¹⁹ Op.cit. s. 667-669

²⁰ Op.cit. s. 657

problemstillingen. Til tross for at et kompetansegrunnlag måtte foreligge, kan andre hensyn gjøre seg gjeldende slik at grunnlag i lov er det eneste en kan godta som gyldig hjemmel for et inngrep. Tvang og makt vil være et slikt tilfelle.

De forskjellige kompetansegrunnlagene gir i seg selv rettigheter, slik som at en avtale kan stå som rettsgrunnlag. Eller for eksempel hvor Statens veivesen har fått delegert myndighet til å kunne sette opp skilt og utbedre veier. Eckhoff/Smith mener dermed et slikt kompetansegrunnlag står på egne ben og ikke trenger ytterligere grunnlag eller hjemmel for å kunne benyttes. Kun hvis de øvrige kompetansegrunnlagene ikke finnes, må en ha lovhjemmel.

Et eksempel hvor Høyesterett har mer eller mindre lagt til grunn tankegangen bak det formelle legalitetsprinsippet er i Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen). Dommen er også omtalt i forarbeidene til grunnlovsreformen, men da som uttrykk for det tradisjonelle legalitetsprinsippet.²¹ Det uttales i dommen: *«Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet»*.²² Høyesterett uttaler at det alminnelige legalitetsprinsippet ligger til grunn, men tolker senere inn flere grunnlag som er mer nærliggende det formelle legalitetsprinsipp enn det tradisjonelle. Når de bruker ord som «alminnelig krav om hjemmel» eller «rettsgrunnlag», kan det tale for at de anser andre grunnlag enn lov til å være tillatt, og herunder for eksempel avtalekompetanse. Saken omhandlet et kommunalt sykehjem, og dens mulighet til å utføre kroppsvask og stell mot pasientens vilje. Det var dissens 3-2, og flertallet fant på bakgrunn av «samtykket» pasienten gir ved å legge seg inn på sykehjem og at sårstellet ikke var urimelig byrdefullt for pasienten, at tvangen var tillatt. Avtalekompetanse, som kompetansegrunnlag, gjorde altså at inngrepet var gyldig. Dette til tross for at pasienten nektet, men hadde gitt sitt samtykke ved å legge seg inn på sykehjemmet.

²¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 247. Det må nevnes at forarbeidene henviser til feil dom, og i tillegg uttaler at dommen var enstemmig. På bakgrunn av sitatet og henvisningen til rett avsnitt, er det derimot ikke tvil om hvilken dom de faktisk mente.

²² Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27

Mindretallet viste derimot til at ved bruk av tvang, og inngrep i pasienters fysiske integritet, stilles enda sterkere krav til hjemmel i lov, og at denne ikke var oppfylt. Dommen er omdiskutert, blant annet på grunn av nettopp flertallets manglende fokus på de økte hjemmelskrav når tvang og makt er involvert. Høyesterett er heller ikke konsekvente i sin ordbruk i dommen, hvor flertallet må sies å helle mer mot det formelle legalitetsprinsipp, og mindretallet det tradisjonelle, tross flertallets formulering av «det alminnelige legalitetsprinsipp». Det skal i slike tilfeller mye til for å gå utenfor lovens ordlyd, noe sakens dissens viser. Flertallets avgjørelse var mer nærliggende det formelle legalitetsprinsippet, eller det relative, da de la vekt på flere rettsgrunnlag som samlet var ansett tilstrekkelig.

Bakgrunnen for skillet mellom faktiske handlinger og rettslige disposisjoner er at kompetanse må forstås som disposisjoner som kan anses som ugyldige.²³ Faktiske handlinger som «*spark, ødeleggelse av gjenstander, en rekke muntlige og skriftlige utsagn o.s.v. – kan etter sin art ikke tenkes rammet av ugyldighet*».²⁴ Nevnte utsagn kan kun gjøres på den bakgrunn av Smiths endrede fokus på kompetanse og dermed fjernes den usikre biten rundt faktiske handlinger helt og holdent. I motsetning til det tradisjonelle legalitetsprinsippet omfatter det formelle kun rettslige disposisjoner. I en artikkel av Alf Petter Høgberg og Morten Kinander kritiseres Smith for valget om å skille ut de faktiske handlingene, blant annet ved følgende uttalelse: «*Den tradisjonelle hjemmelsjakt transformeres til en forbudsjakt ved at disse handlinger angivelig kan utføres uten hjemmel all den tid man ikke kan påvise et forbud mot handlingene.*»²⁵ For hvor det tradisjonelle legalitetsprinsippet tar for seg faktiske handlinger ved å oppstille krav om hjemmel, i tillegg til en vurdering av inngrepets art, så faller diskusjonen bort med det formelle legalitetsprinsipp, og faktiske handlinger blir henvist til en *lex superior* bedømmelse.²⁶ En slik vurdering, kun knyttet opp mot lovligheten av handlingen, er uheldig.

Knyttet opp mot problemstillingen er diskusjonen rundt faktiske handlinger essensiell, da tvang og maktbruk alltid vil være faktiske handlinger. Et av Smiths eksempler er «*Det er f.eks. klart at politiet må ha rettslig grunnlag for å kunne pålegge noen å forlate et offentlig sted [...]. Reelt sett er situasjonen neppe en annen om politiet i stedet velger å fjerne*

²³ Smith s. 656

²⁴ Op.cit. s. 656 - 657

²⁵ Høgberg/Kinander s. 27.

²⁶ Ibid.

personen med makt.»²⁷ Eksempelet viser at begge situasjonene krever rettslig grunnlag, men forskjellen ligger i hvordan hjemmelen må være utformet. Mens politiet kan gis en generell fullmakt til å pålegge borgere ulike handlinger (innenfor rimelighetens grenser), som å forlate et offentlig sted, vil fysisk maktbruk innebære en helt annen krenkelse av borgernes rettsfære og integritet, som derfor krever en positivt formulert hjemmel om at den maktbruken er tillatt. Skoghøys eksempel om politiets generalfullmakt er illustrerende, og viser at det i dag ikke ville gis en generell fullmakt for tvang og maktbruk uten vesentlige begrensninger og vilkår tilknyttet, og derunder svært sjeldent gjennom for eksempel eierrådighet eller sedvane.

Oppsummert legger det formelle legalitetsprinsippet opp til en større frihet hva gjelder hjemmelsgrunnlag. Det legger til grunn at ethvert inngrep i private rettssubjekters rettsstilling må være betinget i en foreliggende kompetanse, og denne kompetansen kan være alt fra samtykke til instruksjonsmyndighet. I forhold til skolen vil en i noen eksempler kunne utledet et kompetansegrunnlag for lærerne gjennom for eksempel plikten til opplæring, og skolen eller kommunens eierrådighet.

2.4 Hva legges til grunn

Som drøftelsene ovenfor viser er tolkningsgrunnlagene for legalitetsprinsippet forskjellig, men også lik. Begge har sitt utspring av konstitusjonell sedvane, og begge har både fordeler og ulemper. For avhandlingens del vil en todelt gjennomgang av hvert spørsmål, en for den tradisjonelle og en for den formelle, være lite hensiktsmessig. De fleste av spørsmålene som gjelder tvang og makt vil omhandle faktiske handlinger, og som vist under redegjørelsen for det formelle vil det kunne både problematiseres og/eller skyves helt bort. Til slutt vil slike inngrep alltid falle tilbake på krav om hjemmel i formell lov.

Det virker som Høyesterett i de fleste tilfeller legger til grunn det tradisjonelle syn, og enda mer etter grunnlovsreformen. I tillegg er det en trend at hjemmelstolkningen blir strengere, både på strafferettens område og i forvaltningen. Forankringen av menneskerettighetene i Grunnloven kan være en av årsakene, men også et større fokus på rettssikkerhet og kontroll av myndighetene ligger bak. En kan også si at lovgivningsprosessen er både raskere og bedre

²⁷ Smith s. 657

enn den var tidligere, og stortinget har i større grad kunnet holde seg oppdatert på samfunnsendringene som har skjedd. Sterkere forankring i formell lov er dermed et utslag av ønske om større sikkerhet, og mulighet for kontroll av både ens egen rettsstilling, men også sin fremtidige rettsstilling. Det tradisjonelle legalitetsprinsipp, og dens forankring, må ses på som et utslag av dette.

Rettspraksis trekker og i retning av det tradisjonelle legalitetsprinsippet, og derunder en mer innskrenkende tolkning av rettsgrunnlagene. I en relativt ny dom, HR-2016-1833-A (telefonåpning), var spørsmålet om en siktets mobiltelefon kunne låses opp ved bruk av hans fingeravtrykk, om nødvendig med tvang, gjennom straffeprosessloven § 157. Høyesterett fant her, blant annet med henvisning til Grunnloven § 102 og § 113, i tillegg til EMK artikkel 8, at loven ikke var tilstrekkelig klar. Det fantes altså ikke hjemmel i loven for å gjøre dette inngrepet. Det var ikke grunnlag for å tolke loven slik at tvangsinngrepet for å få innsyn i telefonen ble gyldig. I samme retning trekker også Rt. 2014-1105, som er nevnt tidligere.

Når det gjelder bruk av tvang og makt i tilfeller angående bevis og straffeprosessuelle midler virker det altså klart at lovhjemmel er nødvendig, og den må være tilstrekkelig klar og presis. Hvordan spørsmålet stiller seg i skolen, vil bli drøftet senere.

I en av forarbeidene til grunnlovsrevisjonen gjøres det en avveining av hvilken av de to legalitetsprinsippene som burde ligge til grunn for grunnlovsfestningen av prinsippet. Det argumenteres her for at formuleringen vil kunne påvirke forståelsen av prinsippet, og det mest nærliggende er det tradisjonelle.²⁸ Valget av formulering peker også på diskusjonen rundt prinsippet med følgende sitat: *«En slik formulering vil få frem det poeng at det er uten betydning for kravet om lovhjemmel hvorvidt offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger. Myndighetene trenger uansett hjemmel i lov for å gripe inn i den enkeltes rettsfære.»*²⁹ Ytterlig begrunnelse for hvorfor det tradisjonelle burde legges til grunn er at legalitetsprinsippet ikke burde regulere når offentlige myndigheter har et tilstrekkelig kompetansegrunnlag, da det kan gripe inn i forholdet mellom ulike forvaltningsorganer og da være en omfattende kompetanseregulering som ikke er ønskelig i Grunnloven.³⁰

²⁸ Dokument nr.16 (2011-2012) – s. 249

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

Til tross for begrunnelsene ovenfor er det ikke gitt hvilket prinsipp Høyesterett ville lagt til grunn om spørsmålet ble satt på spissen. For denne avhandlingen finnes derimot de beste grunner for å legge til grunn det tradisjonelle legalitetsprinsipp. Som følge av det vil en nærmere gjennomgang av Grunnloven § 113 være nødvendig, da dens ordlyd er hva som er mest nærliggende det tradisjonelle legalitetsprinsippet.

2.5 Fortolkning av Grunnloven § 113

2.5.1 Myndighetene

Ordlyden til Grunnlovens § 113 er: «Myndighetens inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Med myndighetene menes hovedsakelig den utøvende makt. Det er ikke ment å innskrenke domstolene og deres rettsskapende virksomhet.³¹ Det som dermed omfattes som myndighetene er statlige organer og forvaltningen. Som forvaltning regnes alle statlige eller kommunale organ. Skolen vil herunder være en del av forvaltningen.³² Kommunen er skoleeier, og skolen kan utføre forvaltningslignende vedtak og inngrep. Andre mer spesifikke eksempler er politiet, kemneren eller barnevernet. Som en del av forvaltningen følger det visse krav for de vedtak og inngrep skolen kan gjøre, men den reguleringen vil ikke være gjenstand for drøftelse i denne avhandlingen.³³ Videre i forhold til skolen vil en lærer være en representant for myndighetene. Læreren skal oppfylle de plikter kommunen har for opplæring, for eksempel opplæringslova § 13-1. En kan også anse lærere som en del av forvaltningen ved at de er ansatt hos skoleeier, dvs. kommunen.

2.5.2 Inngrep

Et inngrep, og derunder «myndighetenes inngrep», må forstås som enhver endring i borgernes rettsstilling på bakgrunn av både rettslige og faktiske inngrep. Her kan alt fra ulike forbud, vedtak om rivning av et bygg, til pågrepelse, utbygging av veg og tauing av bil være eksempler på inngrep. Stort sett vil de fleste inngrep som går ut over en borgers fysiske

³¹ Dokument nr.16 (2011-2012) s. 250

³² Eckhoff/Smith s. 116

³³ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 02/10/1967 (forvaltningsloven)

integritet, eller store endringer i noens rettsfære være under begrepet. Det skal favne vidt, for å begrense myndighetenes maktbruk, og å fungere som en rettsikkerhetskranke for borgerne.

Det må forstås slik at begrepet «inngrep» inneholder en vurdering av proporsjonalitet.

Fjordlaksformelen, formulert i Rt. 1995 s. 530 illustrerer dette, og vil bli gjennomgått senere.

Herunder må det forstås slik at mindre inngrep har mindre krav til hjemmelen, da med tanke på vekt, klarhet, tilgjengelighet og forutberegnelighet, og motsatt ved større inngrep.

Om inngrepet er foretatt på et område, eller av en slik art, at det er vernet av menneskerettighetene, må også EMK og EMDs praksis vurderes. Nærmere om dette i kapittel 3.

Samtidig vil ikke alle inngrep nødvendigvis falle under legalitetsprinsippet/bestemmelsen.

Om en kommunal ansatt må flytte kontor til en annen etasje er det et inngrep i den ansattes rettsfære, men trenger ingen lovhjemmel. Om den ansatte blir fysisk flyttet av vektere til en ny etasje, kreves det selvsagt lovhjemmel. Inngrepets art er derfor avgjørende fra om det omfattes av legalitetsprinsippet eller ikke.

Skifter en blikket til skolen vil inngrepets art ha mye å si. Tre forskjellige eksempler vil illustrere det: Gjensitting, oppløsning av en voldssituasjon, og forstyrrende mobilbruk i en skoletime (og den etterfølgende inndragning av telefonen). Disse eksemplene vil brukes gjennom avhandlingen for å vise ulike sider av de relevante rettskildene.

2.5.3 Den enkelte

Formuleringen «den enkelte» kan forstås også som «borgerne». Legalitetsprinsippet beskytter alle som beholder seg i landet, og ikke bare norske statsborgere.³⁴ Det kan videre også anvendes ovenfor juridiske personer, som aksjeselskap eller kommuner.³⁵ Høyesterett har også benyttet legalitetsprinsippet ovenfor private parter som har vært selskap, blant annet i HR-2018-1907-A (Blom fiskeoppdrett). Her var spørsmålet om sikkerhetsloven § 18 a ga hjemmel for å forby eller begrense et fiskeoppdretts virksomhet innenfor et militært

³⁴ Andenæs/Fliflet s. 227

³⁵ Ibid.

forbudsområde. I avsnitt 49 til 51 drøftes legalitetsprinsippet som skranke for myndighetenes kompetanse, og at myndighetshandlinger og beslutninger må være forankret i lov.

Fiskeoppdrettet var her et firma, noe Høyesterett ikke problematiserer eller i det hele tatt drøfter. Spørsmålet om hvor langt formuleringen «den enkelte» strekker er dermed klar, og den dekker alle parter som kan bli påvirket av myndigheters inngrep eller handlinger.

2.5.4 Grunnlag i lov

Det rettslige innholdet i legalitetsprinsippet består hovedsakelig av tre ulike vilkår: Det første et krav om lovhjemmel som rettsgrunnlag for inngrep, det andre om tolkning av lovbestemmelser (derunder tilstrekkelig klarhet), og det tredje et krav om tilgjengelighet og tilstrekkelig presisjon. De to sistnevnte kan sammenlignes med de vilkår som EMK oppstiller, og som EMD har gitt gjennom sin praksis. Vilkårene har blitt utarbeidet gjennom rettspraksis og sedvane på området, før grunnlovsreformen nærmere fastsatte

Kravet om lovhjemmel som rettsgrunnlag er selve kjernen i legalitetsprinsippet. Som nevnt er det bare lov, eller bestemmelse gitt i medhold av lov, som forskrift, som kan være rettsgrunnlag for inngrep. I noen tilfeller kan også sedvaner eller domstolsskapt rett gi grunnlag for hjemmel. Høyesterett har for eksempel hjemlet gårdeieres plikt til å fjerne snø og is fra eiendommen i sedvanerett.³⁶ I den tidligere nevnte saken Blom fiskeoppdrett var blant annet spørsmålet om en forskrift kunne benyttes som hjemmel for inngrep. Her følger også kravene under, for å bestemme om en forskrift kan benyttes eller ikke. Lovkravet retter seg dermed til om det faktisk finnes en bestemmelse som sier noe om inngrepet eller ikke. Når det gjelder inngrep, og herunder inngrep som bruker tvang eller makt, er kravet til lovhjemmel sterkt, og nært opp mot kravene som stilles i strafferetten. Det ville med andre ord være urettmessig om en fikk et tvangsinngrep mot seg på bakgrunn av noe annet enn lovhjemmel.

Det andre kravet som stammer fra formuleringen «grunnlag i lov» er hvilken adgang det er til å tolke utvidende eller analogisk, og hvilken vekt ulike rettskilder kan ha. Høyesterett

³⁶ Rt. 1922 s.494 og Rt. 1967 s.524

kommer med en god oppsummering: *«Legalitetsprinsippet får anvendelse generelt der staten gjør inngrep overfor den enkelte, og krever hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Det innebærer at lovens ordlyd står sentralt ved tolkningen. Men tolkningstvil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.»*³⁷ Det må med andre ord forstås slik at dersom ordlyden er helt klar, og det ikke er andre tolkningsalternativer, eller tvil, så kan en ikke forlate ordlyden på bakgrunn av andre rettskilder som forarbeider eller litteratur. Det vil derimot alltid være en sikkerhetsventil i domstolenes rettskapende evne, så lenge ikke hensynet til rettssikkerhet blir brutt.

En annen måte å løse spørsmålet om hvor klar og tydelig en lovhjemmel må være, er gjennom fjordlaksformelen. Den ble først utformet i Rt. 1995 s. 530 (fjordlaksdommen). Dommen omhandlet en avgift som salgslaget påla sine medlemmer, som et tiltak for å holde prisen nede. Angående spørsmålet om det forelå hjemmel for å pålegge en slik avgift uttalte førstvoterende: *«at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn»*.³⁸ Med andre ord kan mindre inngripende tiltak på mindre alvorlige områder formuleres i vage ord og setninger, som åpner for skjønnsbruk fra forvaltningen. Men, også motsatt vei.

I HR-2018-1907-A avsnitt 51 viser Høyesterett til at de kvalitative kravene til lovhjemmelen innebærer å være tilgjengelig, og så presis som forholdene tillater. Videre er «tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet» er en klar henvisning til EMK artikkel 8, og EMDs praksis rundt artikkelen. Det forutsetter at hvis ordlyden gir rom for tolkning, og andre rettskilder tas i bruk, må de brukes på en måte som er klar for borgerne. Inngrepets art vil gi anvisning på graden av klarhet og forutsigbarhet. Som eksempel vil et fysisk inngrep som tvangsinnleggelse ikke kunne hjemles i en forskrift, men et mindre som stenging av vei ved vedlikehold vil det. Her settes også en stopp for utvidende eller analogisk tolkning, som i telefonåpningsdommen, hvis inngrepet er spesielt tyngende.³⁹

³⁷ Rt. 2014-1281 – avsnitt 48

³⁸ Rt. 1995 s. 530 – s. 537

³⁹ HR-2016-1833-A – spesielt avsnitt 14-16

Det siste kravet er til tilgjengelighet og presisjon. Også her stammer det fra EMD praksis, spesielt *Sunday Times* mot Storbritannia, hvor disse kravene blir formulert.⁴⁰ Kravet er tett knyttet opp mot rettssikkerhetshensyn, som at borgerne skal kunne forutse sin egen rettsstilling. Lovene skal være både tilgjengelig og forutberegnelig, slik at borgerne kan innrette sin atferd etter dem.⁴¹ Om en lov er upraktisk, rotete og uklar vil det være vanskelig for en borger å rette seg etter hva som sies, når det ikke fremkommer klart hva lovgiver har ment. Eksempelvis i Rt. 2014-1105 hvor Høyesterett uttaler at *«reglene for oppbevaring, innsyn og sletting er vanskelig tilgjengelige, og temmelig uklare – og derfor også problematisk i lys av det lovkravet jeg redegjorde for innledningsvis»*.⁴² Redegjørelsen førstvoterende henviser til gjelder kravene til tilgjengelighet og presisjon, i tillegg til rettssikkerhetsgarantier mot myndighetsmisbruk.⁴³

Sistnevnte er et relevant tema for avhandlingen videre, men spørsmål om rettssikkerhetsgarantier for elever mot vilkårlig maktmisbruk kan, og burde, granskes nærmere i rettens verden.

3 EMK

3.1 Introduksjon

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon er en avtale hvor statene forplikter seg å sikre individers iboende menneskerettigheter. Den ble vedtatt i 1950 og ratifisert av Norge i 1952. Formålet med EMK fremkommer blant annet av fortalen, hvor det vises til FNs menneskerettigheter, og et ønske om å videreføre og opprettholde de grunnleggende friheter. Den tilhørende domstolen, den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), tar for seg spørsmål om brudd på rettighetene EMK oppstiller. Deres praksis vektlegges og i norsk rett, og da spesielt ved spørsmål om menneskerettigheter.

⁴⁰ *Sunday Times v. The United Kingdom* – saksnr. 6538/74 – 26/04/1979 - Court – avsnitt 49

⁴¹ Andenæs/Fliflet s. 230

⁴² Rt. 2014 – 1105 avsnitt 38

⁴³ Op.cit. avsnitt 30

I forhold til norsk rett er EMK inkorporert gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling av 21. mai 1999 (menneskerettsloven). Etter lovens § 3 skal konvensjonene ved motstrid gå foran annen lovgivning.

Menneskerettighetene slik de er fastsatt gir flere ulike rettigheter. Noen av de mest sentrale er retten til liv, vern av privatlivet, retten til en rettferdig rettergang, og vernet mot tortur. Det finnes andre rettigheter og, men for denne avhandlingen vil artikkel 8 være den mest sentrale. I forhold til bruk av tvang og makt vil vernet av privatlivet ofte bli brutt. Hvor grensene går, hva som omfattes, og hvordan dette forholder seg til skolen og regelverket der, er spørsmål som vil bli behandlet under.

Oppbygningen til artikkelen er slik at privatlivet er beskyttet, og skal ikke gjøres inngrep i, med mindre vilkårene i andre ledd er oppfylt. Andre ledd fungerer dermed som en unntaksregel for statene for når inngrep kan utføres og ikke. Situasjonen kan dermed være at et tiltak, vedtak, passivitet osv. er et inngrep i noens privatliv, men et lovlig inngrep.

En inndeling mellom første og andre ledd av artikkelen er hensiktsmessig, og de vil bli behandlet i samme rekkefølge. Videre vil den generelle sammenhengen mellom menneskerettighetene i Grunnloven og EMK drøftes. EMK, og hvordan den skal forstås, blir utledet av EMDs praksis. Flere saker vil derfor bli presentert, noen med større vekt og av større interesse enn andre.

3.2 Retten til respekt for privatliv

Artikkelens første ledd lyder: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Det er disse rettighetene som skal beskyttes. Her har statene en positiv plikt til sikre rettighetene, og ikke «bare» å håndheve brudd som måtte oppstå. Denne plikten har kommet på spissen i flere saker, blant annet en sak hvor en mentalt funksjonshemmet kvinne ikke kunne anmelde et seksuelt misbruk på grunn av de nasjonale reglene.⁴⁴ En sak hvor staten ikke hadde brutt sin positive forpliktelse var hvor en funksjonshemmet manglende adgang til strand ble tatt opp.⁴⁵ Her sa EMD at sammenhengen

⁴⁴ X and Y v. Netherlands - saksnr. 8978/80 - 26/03/1985 – Chamber

⁴⁵ Botta v. Italy - saksnr. 21439/93 – 24/02/1998 – Chamber – avsnitt 35

mellom stranden han besøkte på ferie, og hans hjemsted, og retten til adgang på stranden, inneholdt så store forskjeller i de ulike ledd av saken at statens plikt ikke kunne anses brutt. Det må med andre ord være en konkret sammenheng mellom det som bryter rettigheten, og rettigheten i seg selv. Ordet «respektere» kan dermed vise til tre ting: en plikt til å unnlate å krenke rettighetene, en plikt til å følge kravene om saksbehandling, og en plikt til å positivt iverksette tiltak for å beskytte rettighetene.⁴⁶

Det er ikke et skarpt skille mellom rettighetene som beskyttes. Privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse favner bredt. Begrunnelsen for å ha stort spillerom er for å beskytte en større gruppe hendelser, da krenkelser kun kan foregå om de oppfyller unntakskravene i artikkelens andre ledd. Begrepet privatliv skal dermed ikke forstås som et uttømmende begrep. Det kan tenkes at begrepet må tolkes innskrenkende om forholdet har liten personlig betydning for den det berører, men ellers vil det dekke både den fysiske og sosiale identitet, fysiske og psykiske integritet, og andre sider som kjønnsidentitet, seksuell legning og navn.⁴⁷

EMD har på den ene siden uttalt at man må forstå privatliv som «the physical and psychological integrity of a person», i tillegg til å vektlegge at det som omhandler en persons kropp er en del av det mest intime rundt noens privatliv.⁴⁸ På den andre siden har de uttalt at ikke alle handlinger som påvirker noens fysiske eller psykiske integritet nødvendigvis er i strid med artikkelen, da spesielt hvis en anser handlingen som mindre og lite påvirkende.⁴⁹

Sistnevnte sak, Costello-Roberts mot Storbritannia, er slikt sett interessant på flere måter, og vil bli gjennomgått her. I korte trekk handlet saken om et barn på kostskole som ble fysisk avstraffet på grunn av brudd på skolens disiplinærregler. Den nevnte straffen var tre slag over baken utenpå buksen. I saken legger EMD vekt på at slike forhold som foregår innenfor utdanning kan under de rette omstendigheter være tillatt. De fortsetter med at de disiplinærhandlinger som ble gjort mot gutten ikke var alvorlige nok til å bryte med artikkel 3, da med tanke på straff eller nedverdiggende behandling.

⁴⁶ Tor Ehlers Bertelsen, *EMK*, Oslo 2011 s. 238 – Heretter Bertelsen

⁴⁷ *Pretty v. The United Kingdom* – saksnr. 2346/02 – 24/02/2002 – Court – avsnitt 61

⁴⁸ *Y.F. v. Turkey* – saksnr. 24209/94 – 22/07/2003 - Court - avsnitt 33

⁴⁹ *Costello-Roberts v. The United Kingdom* – saksnr. 13134/87 – 25/03/1993 – Chamber - avsnitt 36

Videre i saken angående artikkel 8 blir også andre hensyn tillagt vekt, som at utdanning og derunder selve handlingen at barnet går på skolen, tilsier en viss grad av innblanding i deres privatliv. Denne innblanding, kombinert med handlingens lave alvorlighetsgrad, tilsa for EMD at artikkel 8 heller ikke var brutt. Det ble påpekt at dette ikke måtte omfattes som en godkjenning av fysisk avstraffelse av barn, men som et resultat av denne enkeltstående saken. Sammenlignet med legalitetsprinsippet i norsk rett finnes det dermed et område av inngrep som påvirker noens integritet, men ikke i så stor grad at det strider imot loven. Fra dommen: «[...] *not every act or measure which may be said to affect adversely the phsysical or moral integrity of a person necessarily gives rise to such an interference*». ⁵⁰ I saken *Bensaid mot Storbritannia* følges denne uttalelsen opp. ⁵¹ Her sies det at handlinger må oppfylle en viss alvorlighetsgrad for å kunne anses som brudd på artikkel 8. ⁵²

På motsatt side vil selv det minste inngrep i en persons integritet skjedd under tvang, eller mot en persons vilje, falle under artikkel 8. ⁵³ En har dermed en klar forutsetning om at artikkel 8 får anvendelse i saker hvor tvang og makt er involvert.

Som nevnt vil også den psykiske integritet være beskyttet av artikkel 8. EMD har uttalt seg om rekkevidden for denne beskyttelsen, som blant annet innebærer at primærfokuset er å sikre borgernes personlige utvikling som menneske. ⁵⁴ Dette området er spesielt relevant for lærere, da elevens utvikling skal være i fokus. Inngrep eller handlinger fra lærere som negativt påvirker elevens psykiske helse og integritet vil dermed kunne falle inn under artikkel 8.

Plikten til å positivt iverksette tiltak, ble først fastsatt av EMD i *Marckx mot Belgia*, hvor klagen rettet seg mot at barn av ugifte foreldre ikke fikk rettslige bånd knyttet til foreldrenes familie automatisk. ⁵⁵ Saken fremsatte dermed hva kravet om positive tiltak innebar, nemlig en konkret analyse av den nasjonale rettsordningen opp mot konvensjonens krav. ⁵⁶ Ved motstrid eller mangel vil EMD kunne oppstille de tiltak og krav som stilles til staten for at

⁵⁰ *Costello-Roberts v. The United Kingdom* - avsnitt 36

⁵¹ *Bensaid v. The United Kingdom* - saksnr. 44599/98 – 06/02/2001 – Court

⁵² *Op.cit.* - avsnitt 46

⁵³ *Storck v. Germany* - saksnr. 61603/00 – 16/06/2005 – Court – avsnitt 143

⁵⁴ *Von Hannover v. Germany* – saksnr. 40660/08 60641/08– 07/02/2012 – Grand chamber - avsnitt 95.

⁵⁵ *Marckx v. Belgium* – saksnr. 6833/74 – 13/06/1979 – Court (plenary)

⁵⁶ Bertelsen s. 254

lovgivningen skal være på linje med menneskerettighetene. At statene må oppfylle konvensjonens krav er selvsagt, og følger blant annet av artikkel 1.

3.3 Vilkårene for inngrep i noens privatliv

Andre ledd i artikkelen retter seg mot de tilfeller hvor en gjør inngrep i de rettigheter første ledd oppstiller. Når slike inngrep foreligger, må de oppfylle følgende vilkår: Inngrepet må ha hjemmel i lov, ivareta legitime formål, og være nødvendig i et demokratisk samfunn. Hva som ligger i disse tre vilkårene vil bli drøftet under. For problemstillingen er spesielt disse vilkårene interessante, sett opp mot opplæringslova og skolens ordensreglement.

3.3.1 Inngrepet må ha hjemmel i lov

Det første vilkåret er at inngrepet må ha hjemmel i lov. Det knyttes dermed direkte opp mot legalitetsprinsippet, og mange av vilkårene går igjen. I tillegg til kravet om at det finnes en lovhjemmel, må også lovhjemmelen som brukes tilfredsstillende grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Det vil si at den må være blant annet tilgjengelig og forutsigbar.⁵⁷ EMD har gjennomgått prinsippene i flere saker, blant annet Olsson mot Sverige, og Silver og andre mot Storbritannia.⁵⁸

Når det gjelder tilgjengelighet vil det si at et individ har en rimelig mulighet til å sette seg inn i rettsstilstanden på et område.⁵⁹ I praksis vil det si at rettsregelen må være publisert eller gjort kjent på en annen måte i tilsvarende grad, som for eksempel en forskrift.⁶⁰

For vilkåret om forutberegnelighet innebærer det, mye som i norsk rett, at en borger skal kunne forutse de rettslige følgene en handling kan føre med seg. I tillegg har EMD innfortolket et krav om presisjon, og et krav om garanti mot vilkårlig myndighetsbruk (som også kan ses på som myndighetsmisbruk).⁶¹ I den nevnte Olsson saken kom EMD med en

⁵⁷ Bertelsen s. 267

⁵⁸ Olsson v. Sweden - saksnr. 10465/83 – 24/03/1988 – Court, og Silver and others v. The United Kingdom – saksnr. 5947/72 6205/73 – 25/03/1983- Court

⁵⁹ Silver and others v. The United Kingdom– avsnitt 87

⁶⁰ Bertelsen s. 268

⁶¹ Olsson v. Sweden - avsnitt 61

drøftelse rundt kravet til forutsigbarhet. De fant at en lov må ha en slik presisjon at borgere kan forutse sin rettslige stilling, om nødvendig med bistand. Til gjengjeld kan ikke lover ha et så spesifikt innhold at det ikke følger med utviklingen i tiden, og dermed vil mer eller mindre vage ordlyder kunne være nødvendig. Så lenge denne vagheten er mulig å forstå for en borger, eller ved hjelp av for eksempel advokat, så vil den være innenfor presisjonskravet.⁶²

Videre sier EMD at med samsvar med lov må en også se på kvaliteten på loven. Her ligger garantien mot vilkårlig myndighetsmisbruk, hvor den nasjonale myndigheten må gi beskyttelse i de spesifikke lovhjemler mot vilkårlig myndighetsbruk. Det åpnes også for bruk av skjønn ved myndighetsutøvelse, så lenge skjønnsbruken er innenfor klare og forståelige rammer, som også gir garantier mot vilkårlighet. I Olsson saken var den svenske lovgivningen egentlig ikke i tråd med de retningslinjene som EMD oppsatte, men hadde til gjengjeld gode muligheter for prøving og kontroll med prosessen. Rettssikkerheten var med andre ord tatt vare på, selv om hjemmelen var for vag og lite presis.⁶³

De rettssikkerhetsgarantiene staten må stille for å forhindre vilkårlig maktmisbruk gjør seg spesielt gjeldende hvor loven oppstiller muligheter for vide inngrep i menneskerettighetene. Som eksempel er Silver og andre mot Storbritannia.⁶⁴ Saken omhandlet sensurering og stopping av post fra ulike fanger i et fengsel. EMD uttaler blant annet at slike rettssikkerhetsgarantier ikke nødvendigvis må oppstilles i loven selv, og at eventuelle brudd på artikkel 8 hvor slike garantier ikke kan stilles ofte også vil være et brudd på artikkel 13.⁶⁵

Oppsummert kan en si at inngrep må ha hjemmel i en lov som er så presis og tilgjengelig at borgerne kan finne og forutse sin rettsstilling, selv i vage lovhjemler som dekker større rettsområder. I tillegg må loven, eller annen lov, gi garantier mot vilkårlig myndighetsmisbruk, som ved å sørge for klagemuligheter, eller ved gjennomgang fra domstolene. Det finnes altså et skille mellom en klar og presis lov med mindre rettssikkerhet, mot en vag og generell lov med flere muligheter for rettslig prøving, hvor begge typer kan aksepteres.

⁶² Olsson v. Sweden – avsnitt 61

⁶³ Op.cit. - avsnitt 62

⁶⁴ Silver and others v. The United Kingdom

⁶⁵ Op. Cit - avsnitt 90 og avsnitt 119

3.3.2 Legitime formål

Legitime formål vil være en av de nevnte formål i artikkel 8 andre ledd. Det som nevnes er: hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet, landets økonomiske velferd, forebygging av uorden og kriminalitet, beskyttelse av helse og moral, og beskyttelse av andres rettigheter og friheter. De nevnte forhold er forholdsvis vage og en kan derfor innfortolke det meste under minst ett av dem for en gitt sak. Dette kan en se ved at EMD sjeldent har overprøvd statene på deres begrunnelse for et legitimt formål. Kun i noen saker angående nasjonal sikkerhet har spørsmålet kommet på spissen. I Rotaru mot Romania hadde staten brukt informasjon samlet inn av Romanias sikkerhetstjeneste ved en lov hjemlet i nasjonal sikkerhet.⁶⁶ EMD fant at loven ikke oppfylte kravene til tilgjengelighet og klarhet, og heller ikke stilte sikkerhetsgarantier mot misbruk. En ser altså at selv om formålet, den nasjonale sikkerhet, er legitim, kreves det garantier mot vilkårlighet for at vilkåret om «legitime formål» skal være oppfylt. Spesielt her, hvor det var snakk om hemmelig overvåkning og borgerne ikke hadde mulighet til innsyn.

I en annen dom, C.G. og andre mot Bulgaria, tar EMD opp hva som menes med formuleringen «nasjonal sikkerhet», og hvordan det skal tolkes.⁶⁷ Her ble det blant annet uttalt at begrepet kunne forstås på mange ulike måter, men at dens grenser ikke måtte «*[...] be stretched beyond its natural meaning.*»⁶⁸ Kort fortalt kan ikke statene gjemme andre utenforliggende hensyn bak et bredt, og vagt uttrykk som «nasjonal sikkerhet», og må i slike tilfeller fremdeles oppfylle lovenes kvalitative krav. Et inngrep kan dermed oppfylle lovkravet, men falle sammen på inngrepets formål. Om staten for eksempel skulle benyttes seg av hemmelig overvåkning på alle sine borgere, med begrunnelse i nasjonal sikkerhet, kunne det nok vanskelig forsvares.

I forhold til skolen vil de fleste inngrep kunne begrunnes i enten «beskytte helse eller moral» eller «beskytte andres rettigheter og friheter». Om ulike tvangstilfeller kan rettferdiggjøres gjennom et legitimt formål, er derimot mer usikkert. Inngrepets art gjør at en krever sterkere

⁶⁶ Rotaru v. Romania - saksnr. 28341/95 – 04/05/2000– Grand chamber

⁶⁷ C.G. and others v. Bulgaria – saksnr. 1365/07 – 24/04/2008 – Court – avsnitt 40

⁶⁸ Op.cit. - avsnitt 43

hjemmel og bakgrunn. Med andre ord må tvangsbruk i skolen oppfylle kravet om legitimt formål, i tillegg til de andre vilkårene, og et sterkt legitimt formål kan ikke veie opp for svakere lovhjemmel.

3.3.3 Nødvendighetskravet

Det siste vilkåret for når et inngrep kan anses som tillatt er om det er «nødvendig i et demokratisk samfunn». Av en ren ordlydsfortolkning oppstiller vilkåret et krav om proporsjonalitet. Med det menes en ren forholdsmessighetsvurdering om for eksempel mindre inngripende tiltak er prøvd, om inngrepet har negative konsekvenser, eller om inngrepets positive effekt er større enn dens negative. Det er svært skjønnspregede vurderinger som må utføres, og EMD har ikke lagt store føringer for hvordan det skal utføres. I dommen *Silver* og andre mot *Storbritannia* uttales det at statene har en vid skjønnsmargin hva gjelder vilkåret, og at «nødvendig i et demokratisk samfunn» betyr at inngrepet må svare til et «pressing social need», og være proporsjonalt i forhold til inngrepets begrunnelse.⁶⁹ Som et tenkt eksempel vil ikke inndragelse av all aktiva være et proporsjonalt inngrep i forhold til et avslag på en byggesøknad.

I en annen sak hvor myndighetene hadde ransaket et vitnes bolig og forretningslokaler under en etterforskning av en trafikkforseelse, ble det konkludert at ransakingen ikke oppfylte kravet til nødvendighet.⁷⁰ Det forelå her ikke noen tungtveiende interesser for å kunne ransake. Forseelsen var ikke alvorlig, men ransakingen var et større brudd på klagerens privatliv og rettssfære. Det ble også understreket i saken at der borgere har fått betydelig belastning av et inngrep eller tiltak, må det foreligge tungtveiende begrunnelser for tiltaket, ellers må det anses ulovlig.⁷¹ I nødvendighetsvurderingen må dermed borgernes belastning også tas med i vurderingen.

Med andre ord vil vurderingen om «nødvendig i et demokratisk samfunn» må forstås som en slags samlebetegnelse. En kan velge å tolke en substansiell mengde vilkår under formuleringen, på samme måte som en drøftelse av reelle hensyn. Dette er vilkåret som kan

⁶⁹ *Silver and others v. The United Kingdom* – avsnitt 97

⁷⁰ *Buck v. Germany* - saksnr. 41604/98 – 28/04/2005 – Court

⁷¹ *Op.cit.* - avsnitt 51-53.

endre seg med tiden, og utviklingen. Hva en til enhver tid anser som nødvendig i et demokratisk samfunn vil kunne være et gyldig vilkår i henhold til et inngrep. Det er dermed opp til staten i en enkelt sak å bevise at de hensyn de har lagt til grunn er relevante og tilstrekkelige.

Også her kan spørsmål om rettssikkerhet bli tatt opp. Inngrepet må ha hjemmel i en lov som både hjemler det nevnte inngrep, og som sikrer borgernes rettssikkerhet ved for eksempel prøvingsrett eller en kontroll fra uavhengige organ. En kan derimot også se på formuleringen «nødvendig i et demokratisk samfunn» som en slik sikkerhetsventil. Hemmelig overvåkning, tvangsbruk, og generell innblanding fra statens side, uten muligheter for sikring eller etterprøving vil måtte si å stride mot et demokratisk samfunn i seg selv. Bakgrunnen for et demokratisk samfunn er blant annet å gi bort noe av makten sin i bytte mot sikkerhet fra staten. Staten må dermed sette egne grenser for sin maktbruk, for å ikke bedrive myndighetsmisbruk mot sine borgere. Spesielt i tilfeller med hemmelige inngrep må andre muligheter for kontroll, som et overordnet organ, være på plass da borgerne selv ikke kan utøve kontrollen gjennom for eksempel domstolen.

I vurderingen opp mot skolen, og en eventuell tvangssituasjon, vil spørsmålet om nødvendighet komme på spissen. Som utgangspunkt burde staten være varsom med tvangsbruk, og dermed vil spørsmålet om nødvendighet kunne sammenlignes med et spørsmål om andre mindre inngripende tiltak har vært prøvd. På samme måte som barnevernet må benytte mindre inngripende tiltak før for eksempel en omsorgsovertakelse, må skolen også benytte seg av andre midler som samtaler og tilsnakk før et mer omfattende inngrep benyttes. Også en vurdering fra situasjon til situasjon må gjøres av lærere. Er situasjonen så eskalerende at noen kan bli skadet? Vil en samtale med rektor være nok? Må elevens ordenskarakter settes ned? Denne vurderingen må gjøres i samsvar med nødvendighetskravet.

Ser en på utviklingen kan en se hvordan for eksempel fysisk refselse gikk fra å være normalt, til å bli ansett som ikke nødvendig i et demokratisk samfunn. Her finnes det et forbud i opplæringslova. Slik kan nødvendighetskravet også forklares, hvor fysisk refselse ikke lengre kan anses verken forholdsmessig, eller å svare til et «pressing social need».

4 Rettigheter og inngrepshjemler

4.1 Introduksjon

For barn og elever finnes det flere rettigheter og hensyn i lovverket som beskytter dem. Barn skal respekteres, deres mening skal høres, deres integritet skal vernes og barnets beste skal være et grunnleggende hensyn jf. Grunnloven § 104. I tillegg har enhver rett til utdanning, og barn har rett til grunnleggende opplæring jf. Grunnloven § 109. Også FNs barnekonvensjon inneholder bestemmelser som beskytter barnas rettigheter.⁷² Videre er skolen mer direkte regulert i opplæringslova. Loven regulerer skolen, alt fra dens miljø og klassestørrelser til kompetansekrav for lærere. Den ble vedtatt for å få med alle endringene i skolen som foregikk på sent 90-tall, og å samle rettsbildet som til da var fragmentarisk. Tidligere var det flere lover for hvert enkelt område, grunnskolen, videregående, lærerutdanning etc., som nå skulle samles i en og samme lov. Det ble også gjort endringer i kommuneloven for å tilpasse endringene i opplæringslova. Målet med loven var dermed å «sikre en tilpasset og likeverdig opplæring, en nasjonal faglig standard og mulighet for livslang læring.»⁷³ I ettertid har loven blitt endret flere ganger, og nye bestemmelser har blitt lagt til. Som fokus for denne avhandlingen er derimot kapittel 9A som ble endret og inntatt 9. juni 2017.⁷⁴ Et eget kapittel i loven som omhandler elevenes rett til et godt og trygt skolemiljø.

Endringene i loven kom på bakgrunn av Djupedalutvalget og deres utredning om det psykososiale skolemiljøet og mobbing i skolen.⁷⁵ Kort oppsummert kan en si at mobbing fremdeles er et stort problem i skolen, og med inntoget av mobiltelefoner og sosiale medier har mobbingen også fått en ny plattform. Kapittel 9A i opplæringslova skal hjelpe på dette, med å sette klare krav og vilkår til hva som er tillatt og ikke, og ikke minst sette krav til læreres oppmerksomhet som handleplikt. Med disse endringene kom og det som kan ses på som potensielle hjemler for inngrep i elevenes rettssfære. Det er disse hjemlene denne avhandlingen vil se nærmere på.

⁷² Menneskerettsloven vedlegg 8 – FNs konvensjon om barnets rettigheter

⁷³ NOU 1995:18 – kap. 1.1

⁷⁴ Lov om endringer i opplæringslova og friskoleloven (skolemiljø) – 2017-06-09-38

⁷⁵ NOU 2015:2

De to mest relevante bestemmelsene er opplæringslova § 9 A-4 og § 9 A-10. Disse omhandler trygt og godt skolemiljø, og skolens ordensreglement. Andre bestemmelser vil supplere disse to, men med mindre relevans for tvang og makt. De supplerende bestemmelser vil behandlet i henhold til deres relevans.

4.2 Rett til trygt og godt skolemiljø

Kapittel 9 A fastsetter ulike rettigheter for elevene, og da spesielt for trygt og godt skolemiljø. Bestemmelsen § 9 A-2 formulerer denne rettigheten. Den omfatter både det fysiske og det psykososiale skolemiljøet, og skal fremme helse, trivsel og læring. Det er elevens subjektive opplevelse som er avgjørende for om det regnes som trygt og godt.⁷⁶ Det betyr at ulike elever kan ha ulik oppfattelse av miljøet, og at om en elev for eksempel blir mobbet og derfor opplever skolen som verken trygg eller god, vil elevens rettigheter være brutt. Skolen skal jf. § 9 A-3 ha nulltoleranse for krenking som mobbing, vold, diskriminering og trakassering, og skal jobbe aktivt for å fremme et godt skolemiljø for elevene. Hva som skaper det negative miljøet er slikt sett ikke relevant, da alt fra dårlig luft, små klasserom, mobbing etc. kan påvirke en elevs opplevelse av skolemiljøet, og deretter utløse skolens plikter.

Skolen er ilagt flere plikter, noen for å avdekke om elever har et dårlig skolemiljø, og noen for å endre det. Av § 9 A-4 utledes disse pliktene. Bestemmelsen pålegger skolens ansatte både en aktivitetsplikt, og en handlingsplikt. Begge disse pliktene følger av bestemmelsens første ledd: «*Alle som arbeider på skolen, skal **følgje** med på om elevane har eit trygt og godt skolemiljø, og **gripe** inn mot krenking som mobbing, vald, diskriminering og trakassering dersom det er mogleg.*» (min utheving). Disse pliktene vil drøftes under.

4.2.1 Aktivitetsplikten

Det følger av ordlyden til § 9 A-4 første ledd at alle skolens ansatte skal følge med. Det vil si alt i fra vaktmestre til midlertidig ansatte. Alle som oppholder seg jevnlig på skolen er omfattet av aktivitetsplikten.⁷⁷ Mulige handlinger for å opprettholde plikten vil være

⁷⁶ Prop. 57 L (2016-2017) s. 75

⁷⁷ Op.cit. s. 76

inspeksjoner, være blant elevene i friminutt, tilsyn i ganger og garderober, og lignende.⁷⁸ Plikten begrenses ikke av skolens område eller skoletiden. Elever på vei til og fra skolen skal også føle seg trygg, og vernet forsvinner for eksempel heller ikke om noen elever forlater skolens område i skoletiden. Plikten er heller ikke begrenset av tid. Det vil si at forhold som har skjedd tilbake i tid også skal legges vekt på, om det kommer til en ansatts viten. Plikten gjelder også digitalt. Trusler mot skolemiljøet gjennom sosiale medier og lignende er også omfattet. I tillegg har skolen et skjerpet ansvar om det negative skolemiljøet skyldes diskriminering eller er på bakgrunn av særskilt sårbare grupper.⁷⁹

Aktivitetsplikten følges videre opp i § 9 A-4 andre ledd med at mistanke eller kjennskap til at en elev ikke har et trygt og godt skolemiljø skal varsles til rektor. Etter ordlyden skal terskelen for hva som vekker mistanke være lav. Her må lærerne være bevisste på elevenes språkbruk og væremåte.⁸⁰ Det er skolens ansvar å plukke opp når elever ikke har et godt og trygt skolemiljø, og ikke elevens ansvar å si ifra. Denne varslingen burde finne sted så snart som mulig, men sakens karakter kan både øke og senke terskelen for hvor raskt det må gjøres.⁸¹ I tillegg skal skoleeier varsles om det er alvorlige tilfeller. Om et tilfelle er å regne som alvorlig må vurderes opp til hver enkelt sak, men eksempler vil være grove voldssituasjoner eller andre svært krenkende saker. Det kan med andre ord sies at tilfeller som ligger tett opp mot normalt straffbare forhold vil regnes som alvorlige.

Videre skal skolen snarest undersøke slik informasjon eller mistanker jf. tredje ledd. Den samme lave terskelen for både å følge med på elevene og for å melde fra om mistanke gjelder her. Som med varslingen vil arten og grundigheten av undersøkelsene måtte bero på en skjønnsmessig vurdering av hver enkelt sak. Undersøkelsens formål vil være å få fram fakta, hvordan eleven, eller flere elever, opplevde situasjonen, og hvordan forholdene ellers påvirket elevens skolemiljø.⁸² Om en elev selv forteller om et dårlig, eller ikke trygt skolemiljø, utløses undersøkelsesplikten med en gang. Dette fordi kravet om kjennskap vil automatisk være oppfylt.

⁷⁸ Prop. 57 L (2016–2017) s. 21

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Prop. 57 L (2016–2017) s. 77

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

I § 9 A-4 fjerde ledd kommer det fram at skolen har en plikt til å utføre egnede tiltak om en elev ikke har et trygt og godt skolemiljø. Tiltakene kan variere i både grad og størrelse, alt fra å flytte elever mellom klasser for bedre ro i klasserommet, til å utbedre skolens ventilasjonsanlegg. Det er faglige og konkrete skjønnsmessige vurderinger som skal ligge bak skolens tiltak, og ofte vil det være behov for flere tiltak i sammenheng for å løse problemet.⁸³

Det presiseres i bestemmelsen at det må være egnede tiltak. Det vil si at tiltakene må være tilpasset den konkrete saken den skal løse. Etter forarbeidene må også forhold som inntreffer utenfor skolen søkes løst av skolen. Her må det vurderes om også andre instanser burde varsles, som barnevernet eller helsetjenesten.⁸⁴ Et annet viktig poeng er at skolens plikt til å sette inn tiltak vedvarer til det gode og trygge skolemiljøet er tilbakeført til eleven. Med andre ord kan ikke skolen iverksette et tiltak og deretter anse problemet som løst. Aktivitetsplikten er således vedvarende, både ved observasjonen av elevene, undersøkelse av forhold, og tiltakene som treffes.

Femte ledd fastsetter elevenes rett til å bli hørt, og at barnets beste som hensyn skal ligge bak hele aktivitetsplikten. Det henvises til Grunnloven § 104 om at barns menneskeverd og rett til å bli hørt. Både eleven som føler skolemiljøet sitt er truet, og eleven som mistenkes for å stå bak skal høres. Undersøkelsesplikten kan trekkes inn, og saken skal opplyses så godt som mulig. Da er det nødvendig at elevene blir hørt, uansett alder og involvering i saken. Som sammenligning kan en se til forvaltningsloven kapittel 3, om alminnelige saksbehandlingsregler og krav om å opplyse saken best mulig.⁸⁵

Deretter i sjette og syvende ledd kommer de prosessuelle reglene for skolen inn. De sier at skolen skal lage skriftlige planer for de tiltakene de gjennomfører. Planene skal opplyse saken så godt som mulig, og skal være tilgjengelig etter tiltaket er gjort. Det er derimot ikke formkrav til planen bortsett fra skriftlighet, og det er ikke å regne som et enkeltvedtak. Planene som utarbeides er omfattet av kravet til dokumentasjon i syvende ledd. Skolen skal dokumentere det arbeidet som blir gjort for å oppfylle aktivitetsplikten, og tiltaksplanene er en del av det.

⁸³ Prop. 57 L (2016–2017) s. 78

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Forvaltningsloven § 17.

En kan kritisere at tiltaksplanene ikke er å regne som enkeltvedtak, da det minsker muligheten for etterprøvbarhet og klage. For å erstatte denne manglende rettsikkerheten skal § 9 A-6 tre inn. Den gir elever eller foreldre retten til å melde saken inn til Fylkesmannen, hvor Fylkesmannens avgjørelse er et enkeltvedtak som kan påklages. Det er derimot flere vilkår for at Fylkesmannen skal ta saken, som at rektor må ha vært varslet først, det må gjøres innen en uke etter en har tatt saken opp med rektor, og eleven må oppleve skolemiljøet som negativt når det meldes inn til Fylkesmannen. Det er med andre ord ikke mulighet for å klage inn tidligere tilfeller av negativt miljø, hvis miljøet nå under påklagingen er blitt bedre. En kan anse vilkårene som en måte å kun behandle aktuelle saker, men det gir også mindre rettssikkerhet for de tilfellene som ikke blir oppdaget. En kan ikke anta at de fleste elever som sliter med et negativt skolemiljø på en eller annen måte, skal både varsle rektor selv, og deretter melde fra til Fylkesmannen.

Til sist må også § 9 A-5 nevnes. Her skjerpes aktivitetsplikten hvis mistanken eller kunnskapen om krenkelser eller dårlig skolemiljø skyldes en ansatt hos skolen. Rektor skal da straks varsles, og rektor skal varsle skoleeier umiddelbart. Både undersøkelse og tiltak skal iverksettes, og om det er noen i skolens ledelse som mistenkes skal skoleeier varsles direkte. Bakgrunnen for bestemmelsen er at lærere, og generelt skolens ansatte, er tillitspersoner som elevene skal kunne henvise seg til. Et brudd på godt og trygt skolemiljø på bakgrunn av en ansatt er dermed å anse som meget alvorlig.

Oppsummert er aktivitetsplikten utarbeidet for at skolen skal kunne ha informasjon om hvordan elevene har det, og om det er nødvendig med ulike tiltak. Det er her spørsmålet kan knyttes opp mot tvang og makt, da de ulike inngrepene skolen vil gjøre vil ha bakgrunn i den informasjonen de besitter. Om lærerne ikke observerer og får med seg de tilfeller av mobbing, vold, etc., som skjer, kan de heller ikke gripe inn. Det er disse inngrepene som vil være bakgrunn for faktisk bruk av tvang og makt.

4.2.2 Handlingsplikten

Handlingsplikten oppstilles i § 9 A-4 første ledd andre komma gjennom formuleringen «gripe inn» og «dersom det er mulig». Det må poengteres at det er en plikt, og ikke en rett til å gripe inn. Plikten til å gripe inn innebærer for eksempel å stoppe en slåsskamp, stanse en utfrysning

eller annen negativ oppførsel. Det henvises til de ulike krenkelsene som mobbing, vold, diskriminering og trakassering, men listen er ikke uttømmende. Ifølge forarbeidene skal krenkelser tolkes vidt, å omfatte både direkte handlinger og verbale uttrykk, men også indirekte krenkelser som utestengelse.⁸⁶ Handlingene de ansatte kan ta i bruk for å stoppe krenkelsene skal derimot begrenses til inngrep som er mulig å gjennomføre, både med hensyn til eleven og den ansatte.⁸⁷ Inngrepet må heller ikke krenke eller skade eleven, andre eller den ansatte selv.⁸⁸ Det vil her være et skjønnsmessig spillerom. Det må her tas forbehold mot eksempler som å bryte opp en slåsskamp, hvor en ansatt kan få et tilfeldig slag eller spark i det han/hun griper inn. En slik «trussel» om skade må veies opp mot den potensielle skadefølgen slåsskampen kan ha om den får fortsette.

Forarbeidene anser plikten til å gjelde krenkelser som den ansatte selv er vitne til, og som fremdeles pågår.⁸⁹ Med loven og kildene sett i sammenheng, må denne plikten anses å strekke seg lengre enn hva forarbeidene antyder. Sammenlignet med aktivitetsplikten utløses handlingsplikten når en ansatt på skolen får kjennskap eller informasjon om krenkelser eller at en elev har et dårlig skolemiljø. Om en elev løper til en ansatt for å informere om en mobbesituasjon som pågår kan ikke den ansatte «bare» informere rektor om situasjonen. Den ansatte har også en plikt til både å undersøke og å gripe inn om det er mulig. Handlingsplikten må dermed anses å utløses for både situasjoner den ansatte er vitne til, og situasjoner den får kjennskap eller informasjon om.

Det neste spørsmålet blir hvor langt handlingsplikten strekker seg. Ordlyden tilsier at det er hjemmel for fysisk inngrep og dermed tvang og makt. Denne type handlinger kan sammenlignes med nødverge jf. straffeloven § 18. Det er en avvergende handling, som skal stoppe en krenkelse. Handlingen må, som etter nødverge, ikke gå lengre enn nødvendig og stoppe så fort situasjonen er avverget. Som eksempel kan ikke en ansatt legge en elev i bakken for å stoppe en elev som verbalt trakasserer en annen. Inngrepet må være

⁸⁶ Prop. 57 L (2016–2017) – s. 75

⁸⁷ Op.cit. s. 76

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

proporsjonalt til den negative handlingen.⁹⁰ Det må derfor vurderes når og hvor tvang og makt er nødvendig, og derunder, at det kun skal brukes når nødvendig.

Om en anser handlingsplikten til å kunne gi hjemmel for tvang og maktbruk, må den ha tilsvarende begrensninger. Bestemmelsens begrensning kommer av dens formål – å hindre krenkelser. De ansatte kan derfor ikke bruke tvang og makt i andre sammenhenger etter § 9 A-4. Formålet med intervensjonen avgjør om den omfattes av bestemmelsen eller ikke.⁹¹ Med andre ord kan ikke hjemmelen brukes for andre tiltak, med mindre det er mot krenkelser som mobbing og lignende. Et eksempel er der hvor en elev truer andre elevers trivsel eller læring ved å konstant trampe i gulvet, eller gynte på en stol som knirker. Handlingene til eleven kan ikke nødvendigvis oppfattes som krenkende, men griper inn i rettighetene til de andre elevene og ansatte, og kan sies å negativt påvirke deres skolemiljø.⁹² De tiltak som skal igangsettes for å stoppe eleven kan derimot ikke springe ut fra § 9 A-4 første ledd. En kan ikke stoppe slike handlinger med tvang eller makt.

I motsetning til aktivitetsplikten og de tiltak skolen skal gjøre om en elev ikke har et trygt og godt skolemiljø, følger det ingen prosessuelle krav til handlingsplikten direkte av ordlyden. Plikten til å gripe inn er dermed regnet som en faktisk handling som skjer der og da, og ikke et planlagt inngrep. Men, en må anse § 9 A-4 siste ledd til å gjelde her, slik at skolen må dokumentere når et inngrep har skjedd og hvorfor. Et slikt krav må anses nødvendig for å oppfylle rettssikkerhetskravene i EMK artikkel 8.

Derunder må rettsikkerheten anses ivaretatt gjennom både § 9 A-6 hvor eleven eller foreldrene kan klage til fylkesmannen, og muligheten til å anmelde ansatte som har gått for langt i sine inngrep. Formuleringen i § 9 A-6 er at om en elev ikke har et trygt og godt skolemiljø kan saken meldes opp til fylkesmannen. Det nevnes således ikke noe om når en ansatt har gått for langt, eller gjort en feil i forbindelse med plikten til å gripe inn. Men, gjennom en antitetisk tolkning vil ansatte som griper inn og går for langt kunne krenke eleven og negativt påvirke elevens skolemiljø. Og derunder åpne muligheten for påklaging.

⁹⁰ Prop. 57 L (2016–2017) s. 76

⁹¹ Storvik s. 33.

⁹² Ibid.

4.3 Ordensreglementet

4.3.1 Hva kan ordensreglementet inneholde?

Opplæringslova § 9 A-10 hjemler reglene om skolens ordensreglement. Første ledd sier kort at kommunen gir forskrift om ordensreglement for grunnskolen, og fylkeskommunen for videregående. At ordensreglementet skal være i form av forskrift gjør at reglene i forvaltningsloven §§ 37 til 40 får anvendelse. I utgangspunktet vil det ikke skape problemer, men en kan stille spørsmål om elevene får uttale seg og ta del i utforming av forskriften. Ordensreglementet må ses i sammenheng med andre bestemmelser i opplæringslova, som §§ 9 A-2, A-3 og A-4. Det skal ivareta retten til et trygt og godt skolemiljø, og samtidig sørge for at nulltoleransen for krenkelser blir ivaretatt og gjennomført.⁹³

Andre ledd omhandler hva reglementet skal inneholde. Det skal blant annet være regler om elevenes rettigheter og plikter, i tillegg til regler om orden og oppførsel, hva slags tiltak som kan brukes mot elever som bryter reglene, og hvordan slike saker skal behandles. Rettigheter og plikter som følger av annen lovgivning må ikke nevnes uttrykkelig i ordensreglementet, men kan være med for å understreke dens viktighet.⁹⁴ Som eksempel er rettigheter elever har gjennom barneloven eller forvaltningsloven. Ordensreglementets funksjon blir derfor av subsidiær karakter ved at det er forskrift avhengig av annen lovgivning. Det følger av formuleringen «så langt dei ikkje er fastsette i lov eller på annan måte». Ordensreglementet trenger derfor ikke å nevne de rettighetene elevene har gjennom for eksempel Grunnloven § 104.

Ordensreglementet skal inneholde de ulike ønskene og kravene som stilles til elevene, som ro i timene, oppmøte til rett tid, og ryddighet på pult og i skap.⁹⁵ Slike regler vil til gjengjeld også påvirke om elevene har et godt og trygt skolemiljø. På ungdomsskolen vil elevene få karakter i deres orden og oppførsel, som direkte knytter seg opp mot reglene i

⁹³ Prop. 57 L (2016-2017) s. 66

⁹⁴ Op.cit. s. 82

⁹⁵ Op.cit. s. 66

ordensreglementet. I tillegg til slike veiledninger på elevenes atferd skal reglementet også inneholde forbud mot handlinger som telefonbruk og løping i gangene.

Hvor langt reglementet kan strekke seg er ikke alltid klart, men andre lover og generelle rettigheter vil fungere som skranke på bakgrunn av reglementets funksjon som forskrift. Et totalforbud mot røde gensere samt bortvisning ved uryddig skolesekk vil åpenbart være urimelig, mens et generelt påbud om ro i timene og ryddig arbeidsflate vil være i samsvar med ordensreglementets funksjon. Ordensreglementet kan dermed ikke oppstille krav og rettigheter annet enn det som anses normalt i skolens funksjon. Ordensreglementet kan heller ikke fravike rettigheter elever har gjennom andre lovverk, for eksempel retten til spesialundervisning, eller innføre tiltak som strider med ytringsfriheten.

Viktigere, så skal ordensreglementet inneholde hva slags tiltak som kan benyttes mot elever som bryter reglementet, og derunder hvordan slike saker skal behandles. Med andre ord må reglementet inneholde en uttømmende liste over de reaksjoner eller tiltak som kan brukes.⁹⁶ Tiltakene må være begrunnet og forklart slik at både elever og foresatte kan forstå dem, og slik at de kan forutse sin rettsstilling om de bryter reglene i ordensreglementet.

Forarbeidene gjør det klart at det må avgrenses mot mindre inngripende tiltak som kan oppleves som straff, men der formålet ikke er å straffe eleven.⁹⁷ Med andre ord er trenger ikke mindre inngripende tiltak å formuleres i ordensreglementet, men det kan heller ikke skade. Elever kan føle at ulike presentasjoner de må gjennomføre, bytting av sitteplass for å unngå bråk, eller utflukter gjennom skolen er straff, men slike tiltak kommer av skolens rett til å lede undervisningen og må dermed ikke hjemles i ordensreglementet. Motsetningen er tiltak som å sette ordenskarakteren ned, gjensitting eller bortvisning fra skolen. Det er refselsestiltak som må hjemles i reglementet.

Med formuleringen i § 9 A-10 tredje ledd siste komma om «korleis slike saker skal behandlast» menes hvilke krav til saksbehandling som gjelder for de ulike tiltakene.⁹⁸ Det er både selve saksbehandlingen, og hvordan tiltakene faktisk skal utføres som skal fastsettes i ordensreglementet. Alt etter hvilke tiltak som vurderes vil også nødvendigheten av barnets

⁹⁶ Prop. 57 L (2016-2017) s. 67

⁹⁷ Op.cit. s. 82

⁹⁸ Op.cit. s. 82

uttalelse endres. Hvis det er et «mindre inngripende tiltak» kan omstendeligheten ved kontradiksjonen gå ned, men rettigheten forsvinner ikke. Eksempelet hvor en lærer flytter to elever som ofte snakker sammen hvis de sitter nært. Elevers rett til å forklare seg vil slik sett ofte fungere som en mulighet til å beklage og deretter endre sin oppførsel før et tiltak settes i gang. Det er ikke i den situasjonen nødvendig at de begge får uttale seg muntlig foran læreren og rektor før de blir flyttet fra hverandre. De får denne muligheten i det læreren uttaler at tiltaket kommer eller kan komme til å skje, og kontradiksjonen trenger ikke ha et preg av saksbehandling over seg.

Et annet viktig poeng er at tiltakene som kan benyttes kun kan brukes når ordensreglementet er blitt brutt. Elevenes forutberegnelighet i forhold til skolen står dermed i fokus. Det blir ivaretatt gjennom § 9 A-10 fjerde ledd, hvor ordensreglementet skal gjøres kjent for elever og foreldre. Herunder kan det derimot stilles spørsmål ved hvor godt opplyst elevene er på sine rettigheter og hva som strider i mot ordensreglementet. Elever og foreldre skal ha tilgang på ordensreglementet, og skolen burde gjennomgå det med elevene.

Noen eksempler på hva slags tiltak et ordensreglement kan inneholde er klassebytte, midlertidig inndragelse av gjenstander, gjensitting, møte med rektor, og melding til foreldre. Bortvisning, skolebytte og nedsatt karakter i orden eller atferd burde også fastsettes i ordensreglementet, men de har selvstendige rettsgrunnlag jf. opplæringslova §§ 9 A-11 og 8-1 og forskrift til ordensreglementet kapittel 3.⁹⁹

Ved de mest alvorlige sanksjonene for brudd på ordensreglementet som bortvisning (i mer enn to skoletimer), skolebytte eller anmeldelse vil elevenes rettigheter og plikter føre til at det må fattes i enkeltvedtaks form. Det settes da ekstra krav som skriftlighet, begrunnelse og klagerett, for å beskytte elevens rettigheter.

I utstrekningen av hva ordensreglementet skal inneholde må det gjøres en drøftelse rundt begrepsbruken i § 9 A-10. Bestemmelsen benytter formuleringen «tiltak». I forarbeidene benyttes formuleringen «sanksjoner» i tillegg til «tiltak».¹⁰⁰ På neste side i forarbeidene sies det videre at *«Departementet viser til at det med tiltak er ment reaksjoner fra skolens side*

⁹⁹ Forskrift til opplæringslova – 06.23.2006

¹⁰⁰ Prop. 57 L (2016-2017) s. 67

som kan oppleves som straff.»¹⁰¹ I tillegg til dette benyttes også «refsing» som formulering. Oppsummert henviser de ulike formuleringene til at tiltakene som gjøres i respons til brudd på ordensreglementet er å anse som en form for straff. Hensikten er derimot ikke nødvendigvis alltid straff, men kan også være trygt og godt skolemiljø for andre elever. For eksempel der en elev må bytte skole på bakgrunn av at han/hun har mobbet flere medelever.

4.3.2 Hva kan ordensreglementet ikke inneholde?

Opplæringslova § 9 A-10 tredje ledd lyder: *«Skolen skal berre nytte tiltak som er fastsette i ordensreglementet. Tiltaka skal ikkje innebere fysisk refsing eller anna krenkjande behandling. Før det blir teke avgjerd om tiltak, har eleven rett til å forklare seg munnleg for den som skal ta avgjerda.»* Ordlyden av tredje ledd presiserer at skolen kun kan benytte tiltak som er fastsatt i ordensreglementet. Også at tiltakene ikke kan innebære fysisk refselse eller krenkende behandling. Prinsippet om kontradiksjon, og derunder vernet om at barn skal bli hørt jf. Grunnloven § 104, blir ivaretatt ved at elever som får et tiltak rettet mot seg skal få forklare seg jf. siste punktum. At skolen kun skal benytte tiltak som er fastsatt i ordensreglementet er en klar henvisning til Grunnloven § 113.

Forarbeidene viser til at slike «mindre inngripende tiltak» som tidligere nevnt springer ut av skolens rett til å organisere og lede undervisningen, og ikke må fastsettes i ordensreglementet.¹⁰² En slik formulering kan ses på som et utslag av det formelle legalitetsprinsipp, hvor skolen har sin egen kompetanse, og av den kompetansen trengs det ikke lovhjemmel for deres inngrep. Denne kompetansen kan derimot ikke anses å være i større utstrekning enn hvordan de enkelte timer og undervisningen generelt skal foregå. Ulike mindre tiltak som å flytte på elevenes sitteplasser, inndeling i gruppearbeid og lignende som gjelder undervisningen og dens utforming faller under denne kompetansen.

Tiltak som ikke kan hjemles i ordensreglementet er tiltak som innebærer fysisk refselse eller annen krenkende behandling, noe som må ses i sammenheng med § 9 A-2 og § 9 A-3. Et forbud mot fysisk refselse kan derimot ikke ses på som et forbud mot tvang og makt. Med fysisk refselse menes det straffelignende sanksjoner med et klart formål om å fysisk straffe en

¹⁰¹ Prop. 57 L (2016-2017) s. 68

¹⁰² Op.cit. s. 82

elev for negativ orden eller oppførsel. Slike sanksjoner kan være slag mot ulike kroppsdel, å dra i ørene, eller å dytte en elev. Slik sett er grensen mellom kroppskrenkelser og fysisk refselse forholdsvis nærliggende,¹⁰³ dog vil kroppskrenkelser ofte være mer alvorlig og synlig i forhold til refselse. Hvor kroppskrenkelsen kan komme uten foranledning, vil en refselse som oftest være en reaksjon på en elevs oppførsel eller handling.

I tillegg til forbudet mot fysisk refselse kommer også forbudet mot «anna krenkjande behandling». Det henvises her til § 9 A-3 hvor fire krenkelser skolen skal ha nulltoleranse for nevnes: Mobbing, vold, diskriminering og trakassering. Etter forarbeidene skal begrepet «krenkelser» tolkes vidt.¹⁰⁴ Formuleringen «annen krenkende behandling» kan sies å gå noe lengre. Det kan omfatte både direkte handlinger og verbale uttrykk, men også indirekte krenkelser som utestenging, isolering og baksnakking.¹⁰⁵ Det vil si at tiltakene som de ansatte benytter ovenfor elevene ikke kan være krenkende på noen måter. Det må derimot være rom for uenighet og kritikk mellom elever og skolens ansatte uten at dette ses på som for eksempel trakassering.

En generell problematikk med refselse av barn, som slag eller klaps, er at hensikten er å påføre barnet et onde, men ondet er ikke proporsjonalt til barnets overtredelse. Ofte i slike situasjoner vil de disiplinære og preventive virkningene av refselsen falle bort. Og hvis refselsens formål faller bort sitter en igjen med enten en voldssituasjon, eller en situasjon hvor tvang og makt brukes uten begrunnelse.

Oppsummert vil det si at ordensreglementet ikke kan inneholde tiltak som inneholder fysisk refselse, eller er krenkende mot elevene. Det kan heller ikke inneholde tiltak som er i strid med annen lovgivning. De ulike rettighetene både elever og ansatte har setter også grenser for tiltakene som kan gjennomføres

¹⁰³ NOU 1995:18 punkt 30.4.1

¹⁰⁴ Prop. 57 L (2016- 2017) – s. 75

¹⁰⁵ Ibid.

5 Oppfyller hjemmelen kravene til legalitetsprinsippet og EMK?

5.1 Oppsummering

Så langt i avhandlingen har det vært gjort redegjørelser for de ulike krav og vilkår som legalitetsprinsippet og EMK oppstiller, i tillegg til de mest nærliggende hjemlene for tvang og makt i opplæringslova. Videre vil det foretas en oppsummering av førstnevnte, og deretter en sammenligning av kravene opp mot dagens lovgivning. Spørsmålet som ble stilt i innledningen vil derfor nå forsøkes besvart, dog litt forandret. Er dagens lovgivning for skolen, og hjemmel for tvang og makt, i overenstemmelse med kravene etter legalitetsprinsippet og EMK?

Oppsummert stiller legalitetsprinsippet og EMK samlet et sterkt vern for borgerne når det gjelder deres menneskerettigheter. De rettighetene setter også skranke for staten og lovgiver ved hvordan lovene skal utarbeides. Også andre rettigheter kan få vekt ved vurderingen, og spesielt på områder hvor tvang og makt er involvert.

Legalitetsprinsippet og EMK beskytter helt klart både elever og ansatte i skolen.

Formuleringen «den enkelte» i Grunnloven § 113 gjør det klart at enhver som oppholder seg i landet er beskyttet, og «privatlivet» etter artikkel 8 omfatter inngrep i både den fysiske og psykiske integritet. Mer interessant er dermed hva legalitetsprinsippet sier om kravet til lovhjemmelens kvalitet. Sammensatt med vilkårene i EMK, og det EMD har lagt til grunn i sine saker, vil tilfeller der den fysiske og psykiske integritet blir truet ha et særskilt vern.¹⁰⁶ Et tilfelle av tvang eller maktbruk i skolen vil påvirke denne integriteten. En må dermed sies å være i det øvre sjiktet av kravet til rettssikkerhet, hvor det settes strengere krav til lovhjemmelens innhold.

Kort fortalt er kravene som stilles på bakgrunn av både legalitetsprinsippet og EMK: Det må finnes lovhjemmel for inngrepet. Lovhjemmelen må være tilstrekkelig klar, tilgjengelig, og

¹⁰⁶ Storck v. Germany og Y.F. v. Turkey

presis. I tillegg må rettssikkerheten overholdes gjennom garantier mot vilkårlig maktbruk og mulighet for klage og etterprøving.

Hjemmel i lov. Her sier både legalitetsprinsippet og EMK at inngrepet må ha hjemmel i en lov som er tilstrekkelig klar, tilgjengelig, og presis.¹⁰⁷ Klarhet og presisjon kan sammenfattes til et krav om at større inngrep krever desto klarere formulering. Mindre inngripende inngrep stiller tilsvarende mindre krav til hjemmelen. Et kort eksempel er forskjellen på «staten kan ta din eiendom», og «staten kan ta din eiendom når visse vilkår er oppfylt». Tilgjengelighet betyr at loven må finnes og være mulig å få tak i eller gjøre seg kjent med, om så med rettslig hjelp.¹⁰⁸ Lovhjemmelen kan dermed ikke være begravd i en gammel lov ingen vet om, og som ikke er tilgjengelig.

Rettssikkerhet: I utgangspunktet er det bare EMD som nevner det i sine dommer, men en kan gå ut ifra at gjennom andre menneskerettigheter i Grunnloven som §§ 96, 97 og 98 også gjelder et generelt krav om rettssikkerhet. Mer spesifikt gjelder det for de ulike inngrepene som kan gjøres, slik at det gis garantier mot vilkårlig myndighetsmisbruk. Det må foreligge muligheter for klage og etterprøving, slik at myndighetene kan holdes ansvarlig ved ulovlige, eller antatt ulovlige inngrep. For inngrep med tvang eller makt må rettssikkerhet anses å være et minimumskrav for at det skal kunne gjennomføres.

Til sist oppstiller EMK krav om et legitimt formål, og at inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det legitime formålet kan være alt fra nasjonal sikkerhet, til beskyttelse av helse og moral. Her vil kun helt usaklige formål fra myndighetenes side avfeies. Nødvendig i et demokratisk samfunn anses som en forholdsmessighetsvurdering, og kan minne om en reelle hensyn vurdering i norsk rett. Ulike hensyn kan trekkes inn, i tillegg til hva slags interesser som ligger bak inngrepet.¹⁰⁹

Videre vil noen ulike eksempler løftes opp mot de vilkår og krav som er nevnt, for å se om lovgivningen på området er i samsvar med menneskerettighetene.

¹⁰⁷ Rt. 2014 -1281 avsnitt 48 og Sunday Times v. The United Kingdom avsnitt 49

¹⁰⁸ Silver and others v. The United Kingdom avsnitt 87

¹⁰⁹ Op.cit. avsnitt 97

5.2 Refselsler med pønalt formål

De første eksemplene er gjensitting og påleggelse av vask og reparasjon. Begge har et pønalt formål, det vil si formålet er å straffe en elev for brudd på ordensreglementet, med noe som skal føles som straff. Opplæringslova bruker formuleringen «refselse» som høres mindre alvorlig ut, men ordlyden tilsier formuleringen straff like gjerne kan brukes. Andenæs formulering er dermed passende: «*Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.*»¹¹⁰ Setningen kan sammenlignes med en lignende om skolen: Refselse er et onde som skolen tilføyer en elev på grunn av overtredelse av ordensreglementet, i den hensikt eleven skal føle det som et onde. Forskjellen mellom straff, i strafferettslig forstand, og refselse er derimot stor. Mens straff i lovens forstand kan være alt fra fengsel til bøter, er refselse sterkt begrenset. Straff må følge det strafferettslige legalitetsprinsippet i § 96, og det må ikke refselse. Hvor refselse kan skje på bakgrunn av brudd på ordensreglementet, kan straff kun skje etter dom. Poenget er at straff og refselse kan ha samme formål, men at det stilles langt strengere krav til straff.

Gjensitting er et inngrep/tiltak skolen kan bruke mot elevene som en reaksjon på et brudd på ordensreglementet.¹¹¹ Det må anses som et av de sterkere tiltakene skolen kan benytte seg av, men ikke like sterkt som f.eks. skolebytte eller nedsatt karakter i orden og oppførsel. Mest aktuelt vil det nok være for å irettesette elever som alltid kommer for sent, med at de må «ta igjen» tiden de har mistet. Gjensittingen må videre ha et faktisk formål, som f.eks. å jobbe med lekser eller øve til prøve.¹¹² Tvang og makt kan derimot ikke brukes for å gjennomføre tiltaket, på noen måte. Elevene kan ikke faktisk tvinges til å gjennomføre gjensittingen, og skolens ansatte kan ikke holde igjen elevene. Hvis en elev dermed ønsker å forlate gjensittingen, kan han/hun gjøre det. Skolen kan på sin side da benytte andre refselsestiltak som reaksjon på det tilfellet, og eventuelt gjøre mer alvorlige tiltak som nedsatt karakter i orden og oppførsel.

En form for fysisk avstraffelse som derimot anses tillatt er at elever som har ødelagt eller på annen måte skadet skolens eiendom må gjenopprette situasjonen ved reparasjon eller vask.¹¹³

¹¹⁰ Andenæs/Fliflet – s. 397 og Rt. 1977 s. 1207.

¹¹¹ Rundskriv – Udir-8-2014 – kap. 9.4

¹¹² Ibid.

¹¹³ NOU 1995:18 punkt 30.3.1.3

Samme begrensning som ved gjensitting vil derimot gjelde her, at elevene ikke kan faktisk tvinges til å utøve arbeidet, men kan «pålegges» å gjøre det. Elevene kan velge å ikke utføre vaskingen, men da til potensielt mer alvorlige konsekvenser. At refselsen er fysisk henvises til at elevene må fysisk utføre arbeidet, og ikke til at tvang og makt er tillatt. Det pønale formålet kommer i en slik refselse klart frem, da det er en direkte konsekvens på en elevs brudd på ordensreglementet.

Når det gjelder kravet til lovhjemmel er opplæringslova § 9 A-10 tilstrekkelig, så lenge ordensreglementet som hjemler tiltakene også er tilstrekkelig klar. Ordensreglementet må dermed fastsette både hva tiltakene er, i tillegg til når og hvorfor de brukes. På grunn av refselsen pønale formål, må en anse kravene til å være høynet, slik at en ytterligere presisjon kreves. Med andre ord må tiltakene være klart beskrevet. Reglementet må også være kjent for elevene, og de skal ha mulighet til å se og sette seg inn i de fastsatte reglene jf. § 9 A-10 fjerde ledd.

Rettsikkerhet må anses ivaretatt gjennom at elevene skal kunne uttale seg før tiltaket trer i kraft jf. § 9 A-10 tredje ledd andre punktum. Her vil det være mulighet for å påklage tiltaket til den ansatte som treffer det, og ved de mest inngripende tiltakene kan det klages til rektor og fylkesmann. Skolen skal dokumentere disse tiltakene, og muligheten for etterprøvnbarhet er dermed også tilstede. Har en lærer gått over streken ved enten å benytte tiltak uten begrunnelse, eller å ha benyttet tvang eller makt, vil også anmeldelse til politiet være mulig.

Det legitime formålet som legges til grunn for refselsestiltakene er hovedsakelig det pønale formålet. Etter EMK artikkel 8 andre ledd vil å forebygge uorden eller beskytte andres rettigheter være de mest aktuelle formål. Tiltakene skolen gjør kommer på bakgrunn av et brudd på ordensreglementet. Et brudd der vil også ofte kunne sies å påvirke andre elevers rett til et trygt og godt skolemiljø. Skolen har også et ansvar om å sikre barn en praktisk og sosial opplæring, og derunder lære om respekt for andre, for menneskerettighetene, og generelt utvikle gode holdninger.¹¹⁴ Refselse på bakgrunn av brudd på regler, kan anses som en opplæring i moral og ansvarlighet.

¹¹⁴ Jf. Grunnloven § 109, og opplæringslova §§ 1-1 og 2-1

I forbindelse med vurdering om et legitimt formål må det også ses om tiltakene er «nødvendig i et demokratisk samfunn». På bakgrunn av de samme hensyn og formål i avsnittet ovenfor, må en kunne anse refselsestiltak på skolen som nødvendig. Alt etter hvordan ordensreglementet utformes og benyttes, må de nevnte tiltakene kunne betraktes som proporsjonal til elevenes potensielle handlinger.¹¹⁵ En må også ta elevenes belastning av tiltakene i betraktningen om de oppfyller kravet til nødvendighet. Er det for belastende for eleven, må et annet tiltak benyttes.

For både å oppsummere og konkludere, vil refselsestiltak som gjensitting og å vaske/reparere skader være inngrep som er i samsvar med legalitetsprinsippet og EMK. Forutsetningen er at de foretas innenfor lovens rammer, og ikke benytter tvang eller makt i sin gjennomføring.

5.3 Voldssituasjon

Det neste eksemplet er en voldssituasjon. Detaljene i situasjonen kan variere, fra en eller flere elever, til fare for egen helse, andres helse, skolens eiendom etc. For eksempelet her vil det hypotetiske scenario være at en elev bruker vold mot en annen elev, som ikke slår tilbake. Spørsmålet vil være hvilken hjemmel, eller adgang skolens ansatte har til å stoppe situasjonen, og derunder om hjemmelen oppfyller kravene etter legalitetsprinsippet og EMK.

Som nevnt i kapittel 4 har skolens ansatte en plikt til å gripe inn i situasjoner som omhandler krenkelser som mobbing, vold, diskriminering og trakassering. Denne plikten har som formål å avverge de nevnte krenkelsene, men også å beskytte helse, og ivareta et trygt og godt skolemiljø. For å oppsummere kapittel 4.2.2 gir handlingsplikten, hjemlet i § 9 A-4, hjemmel for inngrep i elevenes rettssfære, så lenge inngrepet har som formål å stoppe eller hindre en krenkelse. En voldssituasjon vil være en slik krenkelse. Skolens ansatte vil dermed kunne bruke tvang og makt for å stoppe en voldssituasjon, med de begrensninger som følger av elevens menneskerettigheter og inngrepets formål.

Det neste en må se på er dermed om hjemmelen til å gripe inn oppfyller kravene etter legalitetsprinsippet og EMK artikkel 8. Kravet til lovhjemmel er som drøftet ovenfor, oppfylt.

¹¹⁵ Silver and others v. The United Kingdom – avsnitt 97

Bestemmelsen § 9 A-4 er tilstrekkelig klar og presis for hva slags hensyn som er beskyttet, mens de faktiske inngrepene må vurderes skjønnsmessig fra situasjon til situasjon. Det står med andre ord ikke i § 9 A-4 hvordan faktiske og fysiske inngrep som kan benyttes, men at det kan utføres inngrep. At de ulike krenkelsene dekker et stort område, og er vagt formulert, veies opp gjennom elevenes rettigheter og rettssikkerhet. For om en av skolens ansatte griper inn, bruker fysisk makt for å fjerne den voldelige eleven, må den ansatte holde seg innenfor rammene som forarbeidene fremsetter. Inngrepet kan må ikke skade eller krenke eleven, og heller ikke den ansatte.¹¹⁶ En viss grad av kollisjon mellom rettighetene vil en ikke komme uten, men denne burde begrenses til så lite som mulig. Ved tilfeller så alvorlig at det må overstige plikten til å gripe inn, for eksempel om en elev truer en annen med kniv, vil skolen måtte kontakte politiet. Skolens ansatte kan her gripe inn gjennom nødrett eller nødverge, hvor kollisjonen mellom rettigheter er mindre relevant. Ved fare for liv og helse vil skadefølgen av en kniv, sett opp mot et knekt ribbein om en ansatt «takler» eleven, kunne rettferdiggjøre handlingen i visse tilfeller.

Bestemmelsens klarhet og presisjon må det ses i sammenheng med kravet om rettssikkerhet. Dette oppsummeres i kapittel 4.2.2, hvor rettssikkerheten må anses ivaretatt gjennom mulighet å klage til fylkesmann etter § 9 A-6, skolens dokumentasjonsplikt etter § 9 A-4 siste ledd, og gjennom en alminnelig adgang til å anmelde skolens ansatte. De nevnte begrunnelser gir også garantier mot vilkårlig maktmisbruk, i tillegg til § 9 A-5 som skjerper aktivitetsplikten om en av skolens ansatte krenker en elev. Har inngrepet den ansatte gjort gått for langt, vil det per definisjon være en krenkelse mot eleven. Garantien mot vilkårlighet oppfylles gjennom hjemmelens formål, hvor det ikke kan benyttes inngrep med mindre det verner om liv og helse, eller stopper en krenkelse.

Videre må hjemmelen, og derunder inngrepet å stoppe en voldssituasjon, begrunnes i et legitimt formål. Det kan her raskt fastslås at et slikt formål eksisterer, gjennom EMK artikkel 8 andre ledd «beskytte helse og moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Det må anses bekreftende at et inngrep som verner om en elevs integritet, både fysisk og psykisk, er nødvendig i et demokratisk samfunn. Hvert inngrep må vurderes separat om det er proporsjonalt samsvar mellom inngrepet og elevens handlinger. Nødvendigheten vil også

¹¹⁶ Prop. 57 L (2016-2017) s. 76

gjelde et spørsmål om mindre inngripende tiltak har vært vurdert. Dermed, har en ansatt benyttet tvang og makt utover det som er tillatt vil det automatisk også anses som ikke nødvendig i et demokratisk samfunn.

Oppsummert vil inngrep med innslag av tvang og makt, hjemlet i § 9 A-4, være i samsvar med kravene i legalitetsprinsippet og EMK artikkel 8. Hjemmelen i § 9 A-4 er også å anse som den eneste hjemmelen i opplæringslova for bruk av tvang og makt.

5.4 Mobilinndragelse

Det siste eksempelet vil gjelde situasjoner hvor skolen midlertidig inndrar mobiltelefoner (telefoner) fra elevene. Begrunnelsen for å behandle inndragelse av mobiltelefoner er at det har vært holdt opp de siste årene som en uløst problemstilling. For avhandlingen vil det være relevant da spørsmålet blir om disse typer av inndragelse foretas med eller uten hjemmel i lov.

Eksempelet er hvor en elev bruker mobilen i timen, og forstyrrer sine medelever ved for eksempel å spille av musikk. En mulig hjemmel for midlertidige inndragelse kommer av skolens ordensreglement jf. § 9 A-10. Som kjent skal ordensreglementet ivareta skolens interne regler, elevenes plikter og rettigheter, og hvilke tiltak som kan benyttes om elevene bryter reglementet. Bakgrunnen for ordensreglementet er allerede gjort rede for, men er blant annet å sørge for et trygt og godt skolemiljø for elevene jf. § 9 A-3 andre ledd.

Hvis ordensreglementet dermed fastsetter at det skal være arbeidsro i timene, et utslag av trygt og godt skolemiljø, i tillegg til skolens plikt å lede undervisningen, kan brudd på dette få konsekvenser gjennom ulike tiltak. Disse tiltakene må som sagt være formulert i ordensreglementet, og da kan midlertidig inndragelse av gjenstander som forstyrrer undervisningen være en slik konsekvens. I likhet med for eksempel gjensitting er inndragelsen en reaksjon på et brudd på ordensreglementet. I motsetning til gjensittingen som har et pønalt formål, har inndragelsen et formål hjemlet i skolens plikt til opplæring.¹¹⁷ Med andre ord kan den midlertidige inndragelsen av uansett objekt som forstyrrer undervisningen, og derunder elevenes trygge og gode skolemiljø, begrunnes i opplæringsformålet.

¹¹⁷ Jf. § 109 og opplæringslova §§ 1-1 og 2-1.

I utstrekningen av tvang og makt faller derimot inndragelsen i samme kategori som både gjensitting og å vaske/reparere hærverk. Skolens ansatte kan be om telefonen, men kan ikke ved hjelp av tvang og makt inndra telefonen fra en elev som nekter. I tillegg kan ikke inndragelsen vare lengre enn til slutten av skoledagen, og aller helst burde eleven få tilbake telefonen ved slutten av timen.¹¹⁸

I utgangspunktet vil drøftelsen under kapittel 5.2 vil gjelde tilsvarende for midlertidig inndragelse av mobiltelefoner, men noen punkter vil kunne problematiseres. Lovhjemmelen er å anse i tråd med legalitetsprinsippet og EMK, så lenge formuleringen i ordensreglementet er tilstrekkelig klar og presis. Hva tiltaket går ut på, og når det kan gjennomføres må dermed være formulert i ordensreglementet.

Rettsikkerheten er ivaretatt gjennom at elevene kan klage på tiltaket til den ansatte som utførte det, i tillegg til å kunne ta det opp med rektor. Så lenge ordensreglementet er klar i sin formulering vil ikke vilkårlig maktmisbruk kunne skje, da de ansatte også må forholde seg til ordensreglementet. Elevene kan derimot ha ønske om å få mobilinndragelsen revurdert, noe som må anses oppfylt gjennom deres rett til å få forklare seg muntlig til den som gjennomfører tiltaket jf. § 9 A-10 fjerde ledd siste punktum.

Når det gjelder legitimt formål, og nødvendig i et demokratisk samfunn, er vurderingsgrunnlaget noe annerledes enn under refselsestiltakene. Inndragelsen er på bakgrunn av et opplæring-, eller utdanningsformål, som etter EMK artikkel 8 andre ledd er mest nærliggende «beskytte andres rettigheter og friheter». Dette fordi mobilbruk som negativt påvirker andre elevers læring vil stride mot deres rettigheter.¹¹⁹ En kan også anse mobilbruk til å negativt påvirke eleven som bruker telefonen sin læring. Forskning har på noen områder funnet mobilbruk til å ha en negativ innvirkning på elevers læring.¹²⁰ Hvis forskning derimot anser mobilbruk så negativt at det burde forbys nasjonalt gjennom lov, vil også inndragelsens formål få større vekt.

¹¹⁸ Rundskriv – Udir-8-2014 punkt 9.6.

¹¹⁹ Jf. § 109 og opplæringslova §§ 1-1 og 2-1.

¹²⁰ CEP Discussion Paper No 1350 mai 2015 - Ill Communication: Technology, Distraction & Student Performance - Louis-Philippe Beland Richard Murphy og The effect of cellphones on attention and learning: The influences of time, distraction, and nomophobia – 14 april 2018 – Jessica S. Mendoza med flere.

En midlertidig inndragelse er også å anse som nødvendig i et demokratisk samfunn, da det er et proporsjonalt inngrep i forhold til elevens handling. I tillegg kan det sies å svare til et «pressing social need», som EMD blant annet baserer vurdering på.¹²¹ Så lenge inndragelsen er midlertidig vil ikke elevenes belastning være stor, og den må dermed anses gyldig.

Det kan dermed konkluderes med at en midlertidig inndragelse av mobiltelefoner, hjemlet i ordensreglementet, er i samsvar med legalitetsprinsippet og EMK. Forutsetningen er at inndragelsen foregår uten tvang eller makt.

6 Avsluttende bemerkninger

Skolen er en av de viktigste institusjonene et samfunn kan ha. Muligheten for å påvirke og forme unge menneskers læring og sinn til «morgendagens helter» må ikke forandres til det negative. Det er ingen tvil om at tvang og makt fremkommer i skolen, i ulike former. At lovgiver her enda sitter på sidelinjen rundt reguleringen av ulike tvangshjemler er dermed overraskende. På områder som psykisk helsevern, straffeprosess og håndtering av utviklingshemmede har spørsmålet vært satt på dagsordenen og følgelig er det nå lovverk som regulerer bruken av tvang og makt på disse rettsområdene. Det samme burde gjøres for skolen. Det burde gjøres på bakgrunn av elevenes rettigheter, de ansattes rettigheter, og for de hensyn som opplæringen består av.

Et område som fremdeles virker å være uregulert, til tross for den konstante utviklingen, er mobilbruk i skolen. Som drøftet ovenfor er det hjemmel både for en midlertidig inndragelse, og et generelt forbud mot mobilbruk på skolens område. Det som ikke finnes hjemmel for, er en systematisk inndragelse og bruk av «mobilhoteller». Spørsmålet har ikke vært drøftet i retten, og heller ikke i juridisk teori. Til tross for mangel av en åpenbar hjemmel viser det seg at flere skoler har innført slike systemer.¹²²

¹²¹ Silver and others v. The United Kingdom avsnitt 97

¹²² https://www.nrk.no/norge/nrks-reaktorundersokelse_-fire-av-fem-skoler-har-mobilforbud-1.14291388

I en uttalelse fra 2014 sier utdanningsdirektoratet at skoleeier ikke kan nekte elever å ha med telefonen på skolen, da det påvirker fritiden deres.¹²³ I samme uttalelse nevnes det at skolen burde være varsom med å beholde telefoner en hel dag ved midlertidig inndragelse.

Spørsmålet blir deretter, hvis en midlertidig inndragelse burde forekomme kun når nødvendig, og helst ikke en hel dag, hvordan rettferdiggjøres bruk av mobilhoteller?

Til tross for mobilforbudets potensielt positive påvirkning må det foreligge lovhjemmel for å kunne tillate slike omfattende inngrep. For en plikt til å gi fra seg en personlig gjenstand, hjemlet i en potensiell og utforsket tanke om forbedring, kan ikke gis gjennom skolens ordensreglement. Inndragelsen er for inngripende, og formell lov må anses nødvendig. Inngrepet er dermed mest sannsynlig i strid med både legalitetsprinsippet og EMK artikkel 8. Men, spørsmålet krever større undersøkelse for å kunne besvares helt. Både forskning på mobilbrukens effekt, og forskning på jusen bak er nødvendig for et helhetlig på spørsmålet.

Statsmaktene, og folkets oppgave vil videre være å opprettholde kvaliteten i skolen slik den er i dag, men samtidig alltid strekke seg etter å bli best mulig. Skolen er alltid i utvikling, og derfor må også retten alltid være det.

¹²³ Tolkningsuttalelse – Udir – 12.12.2014 - <https://www.udir.no/regelverkstolkninger/opplaring/Laringsmiljo/Mobilbruk-pa-skolen/>

Kildeliste

Lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)

Lov om endringer i opplæringslova og friskoleloven (skolemiljø) – 2017-06-09-38

Rettspraksis Høyesterett:

Rt. 1922 s. 494

Rt. 1967 s. 524

Rt. 1977 s. 1207.

Rt. 1995 s. 530

Rt. 2010 s. 612

Rt. 2014 s. 1105 A

Rt. 2014 s. 1281

Rt. 2014 s. 1105

HR-2016-1833-A

HR-2018-1907-A

Rettspraksis EMD:

Sunday Times v. The United Kingdom – saksnr. 6538/74 – 26/04/1979 – Court

Marckx v. Belgium – saksnr. 6833/74 – 13/06/1979 – Court

Silver and others v. The United Kingdom – saksnr. 5947/72 6205/73 – 25/03/1983 - Court

X and Y v. Netherlands – saksnr. 8978/80 – 26/03/1985 – Chamber

Olsson v. Sweden – saksnr. 10465/83 – 24/03/1988 - Court

Costello-Roberts v. The United Kingdom – saksnr. 13134/87 – 25/03/1993 - Chamber

Botta v. Italy – saksnr. 21439/93 – 24/02/1998 – Chamber

Rotaru v. Romania – saksnr. 28341/95 – 04/05/2000 – Grand chamber
Bensaid v. The United Kingdom – saksnr. 44599/98 – 06/02/2001 - Court
Pretty v. The United Kingdom – saksnr. 2346/02 – 24/02/2002 – Court
Y.F. v. Turkey – saksnr. 24209/94 – 22/07/2003 – Court
Buck v. Germany – saksnr. 41604/98 – 28/04/2005 - Court
Storck v. Germany – saksnr. 61603/00 – 16/06/2005 – Court
C.G. and others v. Bulgaria – saksnr. 1365/07 – 24/04/2008 - Court
Von Hannover v. Germany – saksnr. 40660/08 60641/08 – 07/02/2012 – Grand chamber

Forarbeider:

NOU 1995:18 – Ny lovgivning om opplæring
Dokument nr. 16 (2011-2012) - Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
NOU 2015:2 - Å høre til - Virkemidler for et trygt psykososialt skolemiljø
Prop. 57 L (2016-2017) – Endringer i opplæringslova og friskolelova (skolemiljø)

Litteratur og artikler:

Ross, Alf, *Dansk Statsforfatningsret*, 2. utgave, København 1966
Smith, Eivind, «Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1978 s. 655-691
Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave (Oslo 2008)
Høgberg, Petter Alf og Morten Kinander, «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011 s. 15-55.
Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK* (Oslo 2011)
Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave (Oslo 2014)
Storvik, Marius, *Utredning om behovet for rettslig grunnlag for bruk av ulik tvang og makt i skolen* (Tromsø 2018)
Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse* (Oslo 2018)

Forskrift og rundskriv:

Forskrift 23. Juni 2006 til opplæringslova
Rundskriv Udir-8-2014

Forskning:

CEP Discussion Paper No 1350 - mai 2015 - Ill Communication: Technology, Distraction & Student Performance - Louis-Philippe Beland Richard Murphy

The effect of cellphones on attention and learning: The influences of time, distraction, and nomophobia – 14 april 2018 – Jessica S. Mendoza med flere.

Andre kilder:

Tolkningsuttalelse – Udir 12.12.2014

<https://www.udir.no/regelverkstolkninger/opplaring/Laringsmiljo/Mobilbruk-pa-skolen/>

Undersøkelse av NRK om mobilforbud i skolen - https://www.nrk.no/norge/nrks-rektorundersokelse_-fire-av-fem-skoler-har-mobilforbud-1.14291388