

Friskolorna

– några konstitutionella synpunkter på deras ställning

JOHAN HIRSCHFELDT OCH LOTTA LERWALL

Särtryck ur boken Bertil Bengtsson 90 år

jure

Friskolorna

– några konstitutionella synpunkter på deras ställning

JOHAN HIRSCHFELDT OCH LOTTA LERWALL

1. Inledning

Att också det ämne som här valts för denna festskrift hör till Bertil Bengtssons intresseområden överraskar knappast. Han är ju nestorn när det gäller skadestånd vid myndighetsutövning, något som är av betydelse även inom skolväsendet. Han har utrett frågan om kränkning av elever i skolan¹ och behandlat skolan i flera arbeten.² I Utredningen om skadestånd enligt Europakonventionen, där Bertil Bengtsson medverkade, togs också frågan om statens ansvar för kränkningar i fristående skolor upp till behandling.³

Vi författare har båda arbetat en tid med ett utredningsuppdrag om politisk information i skolan. Nyligen har utredningen avlämnat betänkandet (SOU 2016:4) *Politisk information i skolan – ett led i demokratiuppdraget*. Där ansågs det angeläget att också behandla titelns fråga i ett särskilt kapitel under rubriken: Vilken rättslig ställning har fristående skolor i konstitutionella sammanhang?⁴ En viktig utgångspunkt till detta avsnitt och även till denna uppsats är en tidigare publicerad artikel.⁵ Förhållandena kring dessa skolor som rättssubjekt är fortsatt under utveckling. Det finns mot denna bakgrund goda skäl att uppmärksamma fristående skolor och det även i denna festskrift.

2. Friskolereformen och skollagens reglering

Driften av fristående skolverksamhet finansieras i huvudsak med offentliga medel. Avsikten med friskolereformen var bl.a. att införa vissa drag av en fri marknad. Det finns dock här ingen kund i egentlig mening. Det politiska systemet har i stället sagt låna in vissa marknadsmekanismer för att effektivisera det offentliga systemet snarare än att skolväsendet har blivit en marknad i egentlig mening. Det har framhållits att det i botten finns en pliktlagstiftning och en grundlagsfäst rättighet.⁶

1 Betänkandet (SOU 2004:50) *Skolans ansvar för kränkningar av elever*.

2 Bl.a. nyligen i Bertil Bengtsson, *Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv*, s. 101 ff., 2013.

3 Betänkandet (SOU 2010:87) *Skadestånd och Europakonventionen*, s. 79, 116, 152 och 359 ff.

4 Kap. 16, s. 263 ff.

5 Lotta Lerwall, *Fristående skolor och regeringsformen – om innebörden av "det allmänna"*, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2013 s. 270.

6 Se betänkandet *Friskolorna i samhället* (SOU 2013:56) s. 86 f.

Med 2010 års skollag har statsmakterna tydligt velat markera att fristående skolor ingår som en integrerad del i skolväsendet. Ett mål med den nya skollagen är i enlighet härmed att alla verksamhets- och skolformer i så stor utsträckning som möjligt ska ha gemensam reglering där detta är lämpligt.⁷ Uppdraget är detsamma oavsett huvudmannaskap. Det ställs krav på att utbildningen vid fristående skolor ska vara likvärdig med utbildningen vid skolor som anordnas av det allmänna och att lika villkor ska gälla så långt möjligt oberoende av huvudman. Det innebär att de fristående skolorna i så hög utsträckning som möjligt ska ha samma villkor och skyldigheter som skolor med offentlig huvudman.⁸

I 1 kap. 3 § skollagen (2010:800) behandlas begreppet fristående skola. Det som kännetecknar en fristående skola är att den drivs av en enskild huvudman. En fristående skola utgörs av en eller flera skolenheter med utbildning i olika skolformer. I 2 kap. 5 § skollagen stadgas att också enskilda, dvs. bolag, föreningar, stiftelser, registrerade trossamfund eller enskilda individer, efter ansökan får godkännas som huvudmän för skolformerna förskola, förskoleklass, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola, gymnasiesärskola och för fritidshem. Ett godkännande ska enligt denna bestämmelse lämnas om den enskilde har förutsättningar att följa de föreskrifter som gäller för utbildningen och utbildningen inte innebär påtagliga negativa följder på lång sikt för eleverna eller för den del av skolväsendet som anordnas av det allmänna i den kommun där utbildningen ska bedrivas. Om godkännandet avser gymnasieskola eller gymnasiesärskola ska följderna i närliggande kommuner för den del av skolväsendet som anordnas av det allmänna också beaktas. Avser godkännandet förskoleklass, grundskola eller grundsärskola krävs därutöver att elevunderlaget är tillräckligt för att verksamheten ska kunna bedrivas långsiktigt.

Huvudmannens ansvar för utbildningen framgår av 2 kap. 8 §. Där anges att huvudmannen ansvarar för att utbildningen genomförs i enlighet med bestämmelserna i skollagen, föreskrifter som har meddelats med stöd av skollagen och de bestämmelser för utbildningen som kan finnas i andra författningar.

Det är Statens skolinspektion som handlägger ärenden om godkännande av enskild som huvudman för förskoleklass, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola, gymnasiesärskola eller fritidshem som anordnas vid en skolenhet med förskoleklass, grundskola eller grundsärskola. Övriga ärenden om godkännande av enskild som huvudman handläggs av den kommun där utbildningen ska bedrivas (2 kap. 7 §).

Nya skärpta krav på huvudmännen för fristående skolor har lagts fram och är nu under fortsatt utredning. Ägarprövningsutredningen har föreslagit att godkännande ska få lämnas endast om den enskilde har tillräcklig insikt och erfarenhet samt i övrigt bedöms lämplig att bedriva verksamheten. Om den enskilde är en juridisk person ska prövningen av insikt och erfarenhet och bedömningen av lämplighet också omfatta personer som har ett väsentligt inflytande över verksamheten.⁹ Därefter har Valfärdsutredningen (Fi 2015:01) genom tilläggsdirektiv fått i upp-

7 Prop. 2009/10:165 s. 207.

8 A.a. s. 53 ff.

9 Betänkandet (SOU 2015:7) *Krav på privata aktörer i välfärden*, s. 59 ff.

drag att vidareutveckla Ägarprövningsutredningens förslag om krav på ekonomisk långsiktighet, insikt, erfarenhet och lämplighet samt bedöma om någon motsvarande prövning bör göras också av anställda i offentlig verksamhet som befinner sig i ledande ställning.¹⁰

I skollagen har man alltså i hög grad strävat efter en likvärdig reglering vad gäller offentliga och fristående skolor. Skillnaderna gäller främst organisationsformerna där de fristående skolorna är privaträttsliga subjekt, medan verksamhetens innehåll och utförande reglerats likformigt i en offentlighetsrättslig ordning. En angelägen fråga blir därmed hur man bör se på fristående skolors rättsliga ställning i olika sammanhang av konstitutionell betydelse. I det följande diskuteras detta.

3. Fristående skolor har offentliga förvaltningsuppgifter och utför myndighetsutövning

I 12 kap. 4 § andra stycket regeringsformen (RF) framgår att förvaltningsuppgifter kan överlämnas, förutom åt kommuner, även åt andra juridiska personer och enskilda individer. Innefattar uppgiften myndighetsutövning, får ett överlämnade göras endast med stöd av lag.

När uttrycket förvaltningsuppgift används i regeringsformen ligger det i sakens natur att därmed avses offentliga förvaltningsuppgifter. Begreppet offentliga förvaltningsuppgifter måste också anses omfatta mer än begreppet myndighetsutövning. Det får alltså anses innefatta olika former av s.k. faktiskt handlande, liksom olika typer av beslut om skolverksamheten som inte utgör myndighetsutövning.

Friskolorna är skyldiga att genomföra utbildningen i enlighet med bestämmelserna i offentlighetsrättslig lagstiftning, nämligen skollagen, föreskrifter som har meddelats med stöd av skollagen och de bestämmelser för utbildningen som kan finnas i andra författningar. Denna skyldighet motsvaras av en rätt för eleverna att deras utbildning ska genomföras författningensligt. I detta perspektiv framstår friskolornas verksamhet, i förhållande till eleverna, i allt väsentligt som en offentlig förvaltningsuppgift.

Det har i förarbetena till skollagen beträffande fristående skolor framhållits att ett godkännande av en enskild huvudman att bedriva en fristående skola innebär att uppgifter som innefattar myndighetsutövning mot enskilda också har överlämnats till huvudmannen. Därvid har lyfts fram bl.a. beslut om befrielse från obligatoriska inslag, disciplinära åtgärder och åtgärdsprogram som exempel på sådant som avser myndighetsutövning.¹¹ Med åtgärdsprogram avses åtgärder för en enskild elev i syfte att möjliggöra för eleven att nå kunskapsmålen. Till myndighetsutövning hör också sådant som intagning och betygssättning samt placering i särskola, medan däremot själva undervisningen som sådan inte hör under detta begrepp.¹²

10 Dir. 2015:108.

11 Prop. 2009/10:165 s. 598.

12 Bertil Bengtsson, *Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv*, 2013, s. 101.

Frågan har också behandlats i rättspraxis. I NJA 2014 s. 910 slog Högsta domstolen fast att en anmälan enligt 14 kap. 1 § socialtjänstlagen från en fristående förskola eller från den som är verksam där sker vid myndighetsutövning. Enligt åklagarens gärningspåstående hade en föreståndare för en fristående skola genom att inte genast göra en orosanmälan till socialnämnden begått tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken.

Högsta domstolen hänvisade till att uttrycket ”i myndighetsutövning” ersattes år 1989 av ”vid myndighetsutövning” i bestämmelsen om tjänstefel. Detta innebar att kravet på anknytning till myndighetsutövningen mjukades upp något. I förarbetena angavs att utgångspunkten var att straffansvaret skulle omfatta, förutom myndighetsutövning, åtgärder som ingår som ett led i myndighetsutövningen eller på annat sätt står i ett mycket nära tidsmässigt och funktionellt samband med denna (prop. 1988/89:113 s. 23). Högsta domstolen konstaterade också att även hos privaträttsliga subjekt kan myndighetsutövning förekomma, att det krävs lagstöd för detta och att lagstöd finns för att en privat förskola kan ha uppgifter som innefattar myndighetsutövning i 2 kap. 5 § skollagen.

Domstolen uttalade att en orosanmälan i sig inte kan anses innefatta myndighetsutövning. En anmälan, liksom en utebliven anmälan, har dock indirekt rättsliga konsekvenser för ett barn och står i mycket nära samband med socialnämndens myndighetsutövning. En sådan anmälan från en förskola eller från den som är verksam där ingår därför som ett led i myndighetsutövning och sker därför ”vid myndighetsutövning” fastslog Högsta domstolen.

Till fristående skolor har alltså offentliga förvaltningsuppgifter överlämnats och de ska utföra den myndighetsutövning som innefattas i dessa uppgifter.

4. Fristående skolor ska följa objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § RF

Före 2010 års ändringar av regeringsformen omfattade bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF förutom domstolar och förvaltningsmyndigheter även ”andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen”. Uttrycket har i första hand avsett regeringen, men också privaträttsliga objekt när dessa fullgör förvaltningsuppgifter med stöd av beslut enligt 12 kap. 4 § RF.¹³ Efter 2010 års ändringar i regeringsformen har detta uttryck ersatts med ”andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter”. Syftet har varit att klargöra att normmässighets- och objektivitetskravet i bestämmelsen också gäller privaträttsliga subjekt när de fullgör förvaltningsuppgifter som överlämnats till dem.¹⁴

Det får därmed anses stå klart att fristående skolor är sådana organ som i sina offentliga förvaltningsuppgifter har att tillämpa 1 kap. 9 § RF med dess krav på att beakta allas likhet inför lagen samt att iaktta saklighet och opartiskhet eller med andra ord objektivitetsprincipen.

13 Prop. 1975/76:209 s. 138.

14 Prop. 2009/10:80 s. 247.

5. Fristående skolor är bundna av legalitetsprincipen i 1 kap. 1 § RF

Bestämmelsen om legalitetsprincipen i 1 kap. 1 § tredje stycket RF om att den offentliga makten utövas under lagarna riktar sig till dem som utövar offentlig makt. Den som utövar offentlig makt har alltså att följa lagen.

Friskolorna är skyldiga att genomföra offentligrättsligt lagreglerad undervisning och utbildning. Denna skyldighet motsvaras av en rätt för de antagna eleverna att deras utbildning ska genomföras författningsenligt med de instrument som skollagen ger. Verksamheten hos fristående skolor får, i förhållande till eleverna, som tidigare anförts, anses utgöra offentliga förvaltningsuppgifter – och då inte bara vid myndighetsutövning. På grund härav och inte minst mot bakgrund av den tvingande skolplikten och plikten för eleverna att närvara i skolan måste även friskolorna anses utöva offentlig makt.

Slutsatsen blir alltså att också fristående skolor i förhållande till eleverna är bundna av legalitetsprincipen i 1 kap. 1 § tredje stycket RF.

6. Uttrycket ”det allmänna” i regeringsformen

Regeringsformens 1 kap. 2 § anger mål med den samhällliga verksamheten. Dessa målsättningsstadganden inleds med ett första stycke om att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskildes människans frihet och värdighet. Som framgått i avsnitt 5 får fristående skolor anses utöva offentlig makt i förhållande till eleverna och de omfattas därför också av denna bestämmelses första stycke.

I 1 kap. 2 § andra stycket RF anges grundläggande mål för ”den offentliga verksamheten”. Bl.a. anges där att ”det allmänna” ska trygga rätten till utbildning. Därför följer i tredje – femte styckena ytterligare mål som det allmänna ska främja eller verka för.

Begreppet ”det allmänna” förekommer också i rättighetsregleringen i 2 kap. RF, där det i bl.a. 2 kap. 1 § slås fast att där angivna opinionsrättigheter gäller gentemot det allmänna. Det är en allmän princip att rättighetsregleringen i 2 kap. inte gäller mellan enskilda.

I förarbetena till rättighetsregleringen i 2 kap. RF framgår att det materiella skyddet i allmänhet avser endast den enskildes relation till den offentliga makten. Skälet till detta anges där vara att ett rättighetsskydd som ska gälla gentemot lagstiftaren, dvs. riksdagen, måste ges i en form som binder denna, nämligen i grundlag. För att skydda medborgarnas rättigheter mot angrepp från andra enskilda är det i de flesta fall tillräckligt med vanlig lag.¹⁵

I förarbetena till 2 kap. RF sägs vidare att, som utredningen¹⁶ påpekar, så *avses med uttrycket det allmänna* först och främst det allmänns verkställande organ: domstolar, andra myndigheter och *ibland också privaträttsligt organiserade subjekt*

¹⁵ Prop. 1975/76:209 s. 85 f.

¹⁶ Härmed avses betänkandet (SOU 1975:75) *Medborgerliga fri- och rättigheter Regeringsformen*, s. 185 f.

(kursiveringarna gjorda här).¹⁷ I förarbetsuttalandet hänvisas därvid till bestämmelsen i dåvarande 11 kap. 6 § tredje stycket RF, en bestämmelse som numera finns i den i avsnitt 3 behandlade bestämmelsen i 12 kap. 4 § andra stycket RF. Där anges att förvaltningsuppgifter kan överlämnas åt andra juridiska personer och enskilda individer. Innefattar uppgiften myndighetsutövning får ett överlämnande göras endast med stöd av lag.

En fråga är då hur hänvisningen till bestämmelsen i 12 kap. 4 § andra stycket RF här ska förstås. Vad betyder "ibland"? Hur långtgående är hänvisningen? En läsart är att om ett privaträttsligt organiserat subjekt tilldelats offentliga förvaltningsuppgifter och särskilt om detta innefattar myndighetsutövning så omfattas detta subjekt som sådant av uttrycket "det allmänna".

Rimligt är i vart fall att anta att fristående skolor faller under uttrycket "det allmänna" i sitt förhållande till eleverna och när de utför offentliga förvaltningsuppgifter.

En mer inskränkt tolkning skulle innebära att elever i fristående skolor inte skulle omfattas av fri- och rättighetsregleringen i regeringsformen i förhållande till sin skola. En sådan tolkning skulle dock medföra att elevers rättsskydd utanför myndighetsutövningssituationerna, dvs. vid faktiskt handlande m.m., från företrädare för skolan, blir beroende på val av skola med offentlig eller fristående huvudman. Det bjuder emot att tänka sig att en konsekvens av friskolereformen skulle kunna vara att föräldrar skulle kunna få välja att efterge sina barns fri- och rättighetsskydd eller att vissa elevers fri- och rättighetsskydd skulle vara svagare än andra elevers och detta beroende på den valda skolformen.

Även om den tolkningen skulle göras, att fristående skolor inte omfattas av begreppet "det allmänna" i 2 kap. RF och inte heller av målsättningsstadgandena i 1 kap. 2 § RF andra – femte styckena, bör det framhållas att de fristående skolorna ju då i vart fall omfattas av bestämmelserna om värdegrunden i 1 kap. 4–7 §§ skollagen som till sin karaktär också är målsättningsstadganden. De innefattar en skyldighet för skolan att utforma utbildningen i överensstämmelse med grundläggande demokratiska värderingar och de mänskliga rättigheterna. Härmed kan innehållet i 1 och 2 kap. RF sägas få täckning i sak även om ordvalen är andra. Vidare följer det ju, som tidigare nämnts, av skollagens bestämmelser att fristående skolor ska genomföra utbildningen i enlighet med bestämmelserna i skollagen, föreskrifter som har meddelats med stöd av skollagen och de bestämmelser för utbildningen som kan finnas i andra författningar. I den mån regeringsformen kan sägas innehålla bestämmelser "för utbildningen" ska dessa alltså följas också i utbildningen hos en friskola.

7. Några avslutande synpunkter

Anordnare inom skolväsendet är enligt skollagen allmänna och fristående skolor.

Även de senares verksamhet är i huvudsak offentligt finansierad och offentligt rättsligt reglerad. En utgångspunkt är att eleverna i de båda skolformerna ska få

¹⁷ Prop. 1975/76:209 s. 140.

likformig utbildning och ha ett likformigt rättsskydd. Det finns ett behov av en diskussion av om inte de fristående skolorna och deras verksamhet konstitutionellt sett "är mer allmänna" än vad som nog ofta antagits vara fallet.

Viktigare än verksamhetens form är väl tryggheten av verksamhetens innehåll när det gäller så pass grundläggande samhälleliga uppgifter som barns och ungdomars utbildning och rättsskydd?

Att detta tryggande ytterst är statens uppgift bekräftas, kan man säga, i Europadomstolens praxis. Det har där slagits fast att staten inte kan fråntas sitt ansvar genom att delegera skolundervisningen till ett privat subjekt. Finns det en skyldighet att garantera en viss konventionsrättighet spelar det ingen roll om ansvaret på så sätt har överlåtits. I ett rättsfall har domstolen konstaterat att staten ändå kan ådra sig ansvar enligt Europakonventionen för konventionsstridigt handlande när det gäller kränkningar mot art. 3 och 8. Fallet rörde konkret användningen av skolaga i en brittisk privatskola men måste ges en vidare tillämpning än så.¹⁸ Till sist är det alltså vid tolkningen av Europakonventionen inte avgörande hur det allmänna formellt organiserar den verksamhet som staten typiskt sett har ett yttersta ansvar för och som rör enskildas rättsskydd.

18 *Costello-Roberts v Storbritannien*, no.13134/87, 25 mars 1993.