

JO:s tillsyn över privata utförare av offentlig förvaltningsuppgift — särskilt fristående skolor

Av docent LOTTA LERWALL

I denna uppsats diskuteras Justitieombudsmannens tillsynsområde ifråga om offentlig förvaltning som bedrivs av enskilda. Minskar tillsynsområdet — och därmed riksdagens kontrollmakt — till följd av att det blir allt fler enskilda utförare av offentlig förvaltning och bör tillsynsområdet förändras?

Riksdagens ombudsmän — en del av kontrollmakten

Svensk Juristtidning har funnits under ungefär hälften av de drygt 200 år som JO-ämbetet har existerat. Under denna tid har diskussioner om JO:s tillsynsområde varit få i Svensk Juristtidning. De senast decennierna har samhället utvecklats i en inriktning som innebär att allt mer av den offentliga förvaltningen utförs av enskilda, ibland med offentlig finansiering. Det gör att det nu finns skäl att fundera över vilken påverkan detta har för JO:s tillsynsområde och därmed riksdagens kontrollmakt.

När nuvarande regeringsform infördes var omfattningen av offentlig verksamhet utförd av enskilda marginell i jämförelse med i dag, vilket kan förklara avsaknaden av kommentarer i förarbetena rörande de enskilda subjektens ställning. Offentlig förvaltning utförd av enskilda har ökat kontinuerligt under senare år. Enligt Skolverkets statistik har exempelvis antalet fristående grundskolor ökat från 585 st. till 800 st. under de senaste tio åren. På gymnasienivå har en ökning skett från 359 st. (2007) till 452 st. (2014). Även inom socialtjänsten har antalet ansökningar om tillstånd att bedriva enskild verksamhet ökat, liksom andelen offentligt finansierad vård som utförs av privata vårdgivare.¹

Vid regeringsformens införande ansåg grundlagberedningen att det är möjligt att betrakta även de privaträttsliga organ, som ombesörjer myndighetsutövning, som myndigheter. Skälet för att ge myndighetsbegreppet en vid tolkning var att annars riskeras ”de garantier och de kontrollmedel som grundlagen anvisar kunna förlora i räckvidd”.² Behovet av att kunna utföra kontroll över alla dem som utövar offentlig makt ansågs motivera en generös tolkning av vad som är att se som myndighet i regeringsformens mening. Privaträttsliga subjekt inräknas inte i myndighetsbegreppet, men det är lätt att instämma i att det finns ett

¹ SOU 2015:7 s. 110 f. och 126 f.

² SOU 1972:15 s. 123.

behov av kontroll när de utför offentlig förvaltning. Ett av riksdagens kontrollmedel för övervakning av regeringsformens och övriga författningars efterlevnad av de som utför makt är Riksdagens ombudsmän, JO (13 kap. 6 § regeringsformen).

Denna uppsats ägnas åt frågan i vilken mån JO:s tillsynsområde stäcker sig till de privata utförare som tagit över offentliga förvaltningsuppgifter. KU har uttalat att JO:s främsta kännetecken och uppgift är att "stärka medborgarnas förtroende för rättsordningen".³ Innebär samhällsutvecklingen att JO:s tillsynsområde har minskat genom överförandet av förvaltningsuppgifter till enskilda? Innebär det i sin tur att den enskildes rättssäkerhet och förtroendet för rättsordningen riskerar att minska?

I ett antal beslut under de senaste åren har anmälningar mot fristående skolor avisats av JO. Motiveringen i de olika besluten är i princip likalydande. Där uttrycks att "skolan är en fristående skola, som drivs av ett aktiebolag [e.dyl.], och står inte under JO:s tillsyn. Din anmälan ska därför inte tas upp till prövning".⁴ Mot bakgrund av detta i kombination med den ökade omfattningen av offentlig förvaltning utförd i enskild regi inom just skolområdet, står fristående skolor i fokus i denna uppsats.

JO:s tillsynsområde

Om fristående skolor faller utanför JO:s tillsynsområde kan konstateras att riksdagens kontrollmakt minskar avsevärt på ett viktigt samhällsområde när utbildning i skolformsreglerad verksamhet överlämnas till enskilda. Inledningsvis sker därför en genomgång av regleringen rörande JO:s tillsynsområde.

Att skolväsendet som sådant ingår i JO:s tillsynsområde framgår av både JO:s praxis och i bilagan till arbetsordningen för Riksdagens ombudsmän. I arbetsordningen nämns skolväsendet i sin helhet, utan någon avgränsning till typ av huvudman. Skollagen anger att den verksamhet som bedrivs vid fristående skolor ingår i "skolväsendet" (1 kap. 1 § och 2 kap. 5 §). Verksamhetstypen faller alltså under JO:s tillsynsområde, men frågan är om tillsynsobjekten begränsar sig till dem som hör till "det allmänna". Enligt 2 § lag (1986:756) med instruktion för Riksdagens ombudsmän, den s.k. JO-instruktionen, utgörs tillsynskretsen av:

- 1) statliga och kommunala myndigheter,
- 2) tjänstemän och andra befattningshavare vid dessa myndigheter,
- 3) annan som innehar tjänst eller uppdrag, varmed följer myndighetsutövning såvitt avser denna hans verksamhet.

³ KUILU 1967:1 s. 6 f. och KU 1975/76:22 s. 48 f.

⁴ Beslut 2013-03-28 Dnr 6854-2012, 2014-05-08 Dnr 2572-2014, 2014-08-06 Dnr 4376-2014, 2014-08-28 Dnr 4695-2014 och 2015-01-08 Dnr 7187-2014.

Först och främst står statliga och kommunala *myndigheter* under JO:s tillsyn (första punkten). Bolag, stiftelser och andra privaträttsliga organ faller utanför myndighetsbegreppet. Det gäller oberoende av om de är statligt eller kommunalt ägda. Det har alltså inte någon betydelse vem som äger ett privaträttsligt subjekt. Både riksdagens JO-utredning och 1983 års JO-utredning framhöll att det finns vissa allmänna intressen som talar för att även de samhällsägda företagen borde omfattas av JO:s tillsyn, men att en sådan ändring skulle medföra en kraftig ökning av antalet klagomål, varför man avstod från att föreslå en utvidgning av tillsynsområdet.⁵

Fristående skolor och andra enskilda organ inräknas alltså inte i myndighetsbegreppet. Personal vid sådana organ ingår inte heller i kategorin *tjänstemän och andra befattningshavare* vid myndigheter (andra punkten i 2 § JO-instruktionen). JO-utredningen diskuterade utförligt vem som bör ingå i personkretsen. Bland annat framförde utredningen att "[d]et väsentliga bör vara om [en befattningshavare] tar befattning med myndighetens verksamhet och sålunda utåt för allmänheten framstår som en del av denna" och att det därför är av underordnat intresse om en befattningshavare är anställd, uppdragstagare eller vald förtroendemän. Som exempel nämndes ledamöter av styrelser, verk, nämnder, kommittéer eller andra sådana inrättningar som hör till staten eller till kommun. Däremot faller uppdragstagare "hos privata rättssubjekt eller som får anses representera enskilda intressen" utanför JO:s tillsyn.⁶

Den tredje punkten i 2 § JO-instruktionen anger även "[a]nnan som innehar tjänst eller uppdrag, varmed följer *myndighetsutövning* [...]" (min kursivering). Det innebär att även de uppdragstagare, som inte är så nära knutna till den statliga eller kommunala myndighetsorganisationen att de kan sägas vara befattningshavare där, men som utövar offentlig myndighet ingår i tillsynskretsen. I förarbetena anses det självklart att de som utövar offentlig myndighet ska stå under JO:s tillsyn avseende denna verksamhet. *Alla* som utför myndighetsutövning står under JO:s tillsyn ifråga om just den verksamhet som utgör myndighetsutövning, oavsett om de är knutna att de traditionella myndighetsorganen eller intar en från dessa organ fristående ställning.⁷ Frågan om vem som är att anse som uppdragstagare diskuteras inte i alls i förhållande till den tredje punkten i 2 §.⁸ I förarbetena betonas istället att *var och en* som utövar offentlig myndighet står under JO:s tillsyn. JO-utredningen uttalade bland annat att "[e]ftersom myndighetsutövning typiskt sett är den offentliga verksamhet som mest påtagligt berör de enskilda med-

⁵ SOU 1975:23 s. 156 och SOU 1985:26 s. 150 f. Se även KU 1975/76:22 s. 69.

⁶ SOU 1975:23 s. 151 ff. (citats s. 154) och SOU 1985:26 s. 146.

⁷ SOU 1972:1 s. 187, SOU 1975:23 s. 152 ff., SOU 1985:26 s. 150, KU 1975/76:22 s. 55, 69 och KU 1986/87:2 s. 14.

⁸ Detsamma gäller beträffande JK:s tillsynsområde, se prop. 1975/76:52 s. 14.

borgarna är det enligt utredningens mening självfallet att var och en som utövar offentlig myndighet skall stå under JO:s tillsyn i denna sin verksamhet”. Utredningen underströk att detta ska gälla oavsett om myndighetsutövningen sker genom en traditionellt organiserad myndighet eller ett enskilt rättssubjekt, men att tillsynen enbart avser själva myndighetsutövningen.⁹ Detta innebär att privaträttsliga organ inte står under JO:s tillsyn utan det är funktionärerna vid dessa organ som gör det. En uppenbar konsekvens av att överlämna förvaltningsuppgifter till enskilda är sålunda att JO:s tillsynsområde begränsas till den verksamhet i de enskilda organen som innebär utövande av myndighet och avser inte verksamheten som sådan. AB Svensk Bilprovning anges som ett exempel på ett bolag som inte står under JO:s tillsyn i sin helhet, men där den verksamhet som utgör myndighetsutövning kan bli föremål för JO:s granskning.¹⁰

Av JO:s praxis framgår en rad exempel på verksamhet som utförs i privaträttslig form, men som i den utsträckning den handlar om myndighetsutövning ansetts falla under JO:s tillsyn. Bland dessa finns ett beslut rörande just bilprovningen (JO 2011-02-18 Dnr 1668-2010). Ett annat beslut rörde frågan om en tågmästares handlande står under JO:s tillsyn efter bolagiseringen av järnvägstrafiken (SJ AB). Slutsatsen var att så är fallet, men enbart i de situationer tågmästaren vidtar åtgärder i säkerhets- eller ordningstjänst, vilka innebär myndighetsutövning (JO 2000/01 s. 481). Likaså har JO tillsynskompetens över ett annat statligt bolag — Radiotjänst i Kiruna AB — ifråga om bolagets handläggning om ärenden om TV-avgifter och om utlämnande av allmänna handlingar samt rätt att få ut uppgifter ur dessa (JO 2007-10-26 Dnr 5113-2006). Ifråga om kommunala bolag är JO:s tillsynskompetens huvudsakligen begränsad till tillämpningen av regelverket om utlämnande av allmänna handlingar och rätten att få ut uppgifter ur sådana (JO 2007-06-08 Dnr 2696-2006). Inte heller svenska kyrkan står under JO:s generella tillsyn sedan separationen från staten vid årsskiftet 1999/2000, utöver den verksamhet som avser myndighetsutövning (JO 2000/01 s. 585).

Eftersom fristående skolor inte är myndigheter och personalen vid dessa inte kan anses vara tjänstemän eller andra befattningshavare *vid* en myndighet, hamnar de fristående skolorna under JO:s tillsyn endast *om* och *när* de utför uppgifter som innefattar myndighetsutövning (enligt 2 § 3 p. JO-instruktionen).

Offentliga förvaltningsuppgifter och myndighetsutövning i skolan

Skolverksamhet är i grunden en offentlig förvaltningsuppgift, som enligt 2 kap. 5 § skollagen får överlåtas till enskilda i enlighet med 12 kap. 4 § regeringsformen (NJA 2014 s. 910). *All* verksamhet vid en fristående

⁹ SOU 1975:23 s. 148 f. och 152. Se även prop. 1975/76:52 s. 25.

¹⁰ SOU 1975:23 s. 153.

skola kan dock inte sägas utgöra offentliga förvaltningsuppgifter enbart till följd av att verksamheten handlar om utbildning. Exempelvis faller anställningsfrågor och lokalfrågor utanför vad som kan anses utgöra offentliga förvaltningsuppgifter. Avgörande för vad som ses som förvaltningsuppgifter är om uppgiften regleras i skollagstiftning eller annan lagstiftning.¹¹

Undervisningsverksamhet brukar betecknas som faktiskt handlande och inte utgöra myndighetsutövning.¹² När begreppet myndighetsutövning ska beskrivas hänvisas ofta till äldre rättskällor, som anger att med begreppet avses ”utövning av befogenhet att bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande”. Det är alltså fråga om beslut som är uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna och som har sin grund i offentligrättslig reglering, som fattas ensidigt, som är bindande och där den enskilde befinner sig i beroendeställning i förhållande till beslutsfattaren.¹³ En rad beslut av denna karaktär förekommer i utbildningsverksamheten. Exempel på beslut som uppfyller nämnda kriterier är rektors eller lärares beslut om betyg, åtgärdsprogram, ledighet, befrielse från undervisning, annat sätt att fullgöra skolplikten, rätt till modersmålsundervisning och disciplinära åtgärder. Sådana beslut förekommer även i fristående skolor, vilket innebär att myndighetsutövning sker även där.

Flera av de tidigare nämnda avvisningsbesluten handlade om frågor som inte utgör offentlig förvaltning och därmed inte heller myndighetsutövning. Exempelvis rörde ett ärende ett avslag om att få ut uppgifter från en fristående skola (JO 2014-08-06 Dnr 4376-2014, Montessoris skola). Ett annat ärende handlade om en lärarpraktikant som, enligt anmälan, blivit av med sin praktikplats till följd av hans politiska åsikter (JO 2015-01-08 Dnr 7187-2014, Jensen gymnasium). Dessa ärenden ger exempel på situationer som innebär att riksdagens kontrollmakt minskat genom överlämnandet till enskilda att bedriva utbildning. I en kommunal skola skulle ett beslut som fattas mot bakgrund av en praktikants politiska uppfattning ha aktualiserat frågan om skolan brutit mot den s.k. objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § regeringsformen. Även fristående skolor har visserligen att iaktta saklighet och beakta allas likhet inför lagen i enlighet med denna bestämmelse, men enbart i den utsträckning det är fråga om utförande av offentliga förvaltningsuppgifter.

¹¹ Marcusson, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, Iustus förlag, 1989, s. 59 ff., 72 och 107 och Lerwall, *Fristående skolor och regeringsformen — om inbörden av ”det allmänna”* FT 2014 s. 267 f.

¹² Strömberg & Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 25:e uppl. Liber, 2011, s. 20, Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrätts grunder*, 10:e uppl. Jure förlag, 2014, s. 20, Marcusson, s. 306.

¹³ Hellners & Malmqvist, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 3:e uppl. Norstedts Juridik, 2010, s. 25 ff., Ragnemalm, s. 41 ff., Strömberg & Lundell, s. 19 ff.

Till följd av att varken utlämnande av handlingar eller beslut om praktikplatser kan anses utgöra offentliga förvaltningsuppgifter (eftersom det saknas reglering som ålägger de fristående skolorna att agera på ett visst sätt i dessa situationer) ställer inte 1 kap. 9 § regeringsformen krav på de fristående skolornas agerande och situationerna faller också utanför JO:s tillsynsområde. Båda dessa situationer skulle däremot kunna bli föremål för JO:s tillsyn om de inträffat vid en kommunal skola (eftersom den är en myndighet) och i detta sammanhang bedömas utifrån de krav som 1 kap. 9 § regeringsformen ställer. I detta sammanhang kan även påpekas att JO, enligt 3 § JO-instruktionen, har ett särskilt ansvar att bevaka efterlevnaden av just 1 kap. 9 § regeringsformen — en uppgift som alltså får allt mindre betydelse i den utsträckning offentliga förvaltningsuppgifter överlämnas till enskilda. Om förslaget från Utredningen om offentlighetsprincipen i fristående skolor leder till lagstiftning utgör beslut ifråga om utlämnande av handlingar myndighetsutövning vid dessa skolor (SOU 2015:82). Man kan säga att riksdagen därigenom återtar kontrollen över sådan verksamhet genom att sådana beslut då räknas som myndighetsutövning.

Ett annat ärende som avisats av JO, handlade om möjligheten för representanter för Sverigedemokraternas ungdomsförbund att hålla s.k. bokbord på en fristående skola (JO 2013-03-28 Dnr 6854-2012, JB Gymnasiet). Även i denna situation kan diskuteras vad som är en offentlig förvaltningsuppgift och om beslutet innebär myndighetsutövning eller inte. Skolan är inte en allmän plats (JO 2013/14 s. 546). Därmed skulle kunna hävdas att det är den som äger eller dipsonerar fastigheten som på civilrättslig grund avgör vem som är välkommen i lokalerna. Det skulle alltså inte vara fråga om vare sig en förvaltningsuppgift eller myndighetsutövning med ett sådant resonemang. Å andra sidan kan hävdas att skälet till att tillåta politiska företrädare i skolan grundar sig på att skolan har ett s.k. demokratiuppdrag, som kommer till uttryck i både skollagen och läroplanerna. Varför skulle skolan annars tillåta företrädare för politiska partier att bedriva verksamhet i skolan under utbildningstid?

Demokratiuppdraget innebär ett utbildningsuppdrag varigenom eleverna ska utveckla både kunskaper och förmågor ifråga om demokrati och mänskliga fri- och rättigheter och bli förtrogna med det representativa demokratiska systemet. Det innebär också ett uppdrag att fostra eleverna till demokratiska samhällsmedborgare. (Enligt Skolverket är det näst intill omöjligt för skolor att leva upp till demokratiuppdraget om de inte låter politiska företrädare besöka skolorna.)¹⁴ Den offentliga förvaltningsuppgiften kan således sägas bestå i att fullgöra skolans demokratiuppdrag. Ett beslut att bevilja eller neka tillträde för politiska

¹⁴ Skolverket, Politisk information i skolan 2012, s. 5.

partier i skolan rör skolans uppdrag och har sin grund i offentlighetsreglering. Beslutet är ensidigt från skolans sida, företrädarna för det politiska partiet står i beroendeförhållande till beslutsfattaren, beslutet är bindande och kan sägas vara ett uttryck för skolans maktbefogenheter i förhållande till den enskilde. Detta talar för att ett avvisande av företrädare för ett politiskt parti bör betraktas som myndighetsutövning. Detta kan säkerligen diskuteras ytterligare. Min poäng är att det i vart fall inte är alldeles solklart att det inte skulle vara fråga om myndighetsutövning. Ärendet avvisades dock med motiveringen "JB Gymnasiet är en fristående skola och omfattas inte av JO:s tillsyn. Vad du har anfört ger *därför* inte anledning till någon åtgärd från JO:s sida" (min kursivering). Här framgår inte om det är till följd av att det inte anses vara fråga om myndighetsutövning, som gör att ärendet avvisas. Beslutsmotiveringen ger snarare sken av att det följer av att händelsen ägt rum på en fristående skola.

Vid kontakt med byråchef Åsa Widmark framkom att JO anser sig ha tillsyn över fristående skolor, men att myndigheten ännu inte har prövat något ärende i sak.¹⁵ Av tidigare nämnda avvisningsbeslut framgår dock inte att det är frånvaron av myndighetsutövning som leder till att respektive anmälan avvisas. Tvärtom är besluten utformade så att JO först konstaterar det faktum att anmälan rör en fristående skola och sedan anger konsekvensen, dvs. att JO inte har tillsyn. Ett exempel: "IT College of Sweden är en fristående skola och står inte under JO:s tillsyn. Din anmälan kan *därför* inte tas upp till prövning" (JO 2014-08-28 Dnr 4695-2014). Det framstår som att det är det faktum att det är fråga om en fristående skola som gör att JO inte bara avstår, utan faktiskt inte *kan*, ta upp ärendet till bedömning.

Som konstaterats blir myndighetsutövningen avgörande för JO:s tillsynskompetens. Det kan ibland vara svårt att avgöra när myndighetsutövning föreligger, vilket ärendet med JB-gymnasiet illustrerar. Det visar även hur riksdagens kontrollmakt minskar när uppgiften att bedriva utbildning överlämnas till enskilda genom kravet på myndighetsutövning. Om det varit kommunala skolor skulle JO med största sannolikhet ha tagit upp ärendet till utredning. Både JO och JK har diskuterat just frågan om politiska partiers närvaro i (kommunala) skolor och förhållandet till 1 kap. 9 § regeringsformen i flera ärenden.¹⁶ Till skillnad mot JO har JK beslutat i ett ärende rörande politiska partiers närvaro i fristående skolor. Ett beslut från år 2011 rörde ett stort antal anmälningar från Sverigedemokratisk Ungdom avseende både kommunala och fristående skolor. JK avfattade beslutet utan att göra någon skillnad mellan de kom-

¹⁵ Telefonsamtal (2015-06-11) och e-brev (2015-06-17) från Åsa Widmark, byråchef vid JO.

¹⁶ Se t.ex. JO 2012/13 s. 419, JO 2013/14 s. 546, JK 2008-04-24 Dnr 8527-07-22 och JK 2010-12-27 Dnr 1854-10-22.

munala och fristående skolorna och utan att gå in i en diskussion om det utgör myndighetsutövning att besluta om vilka partier som får besöka en skola (JK 2011-05-11 Dnr 5542-10-30).

I en situation får tillsynen över efterlevnaden och kontrollen av 1 kap. 9 § regeringsformen i fristående skolor extra stor betydelse. Det gäller jävssituationer vid betygssättning. Det beror på att även om jävsbestämmelserna (11–12 §§) i förvaltningslagen ska tillämpas på verksamhet som innebär myndighetsutövning i fristående skolor, har just betygsärenden undantagits från tillämpningen av jävsbestämmelserna (29 kap. 10 § 4 st. skollagen). Regeringsformens krav på saklighet, opartiskhet och likabehandling får då betydelse som yttersta skydd för elevens rättssäkerhet vid betygssättning.

Mot bakgrund av att tillsynsområdet redan är begränsat ifråga om fristående skolor i jämförelse med offentliga skolor (till följd av kravet på myndighetsutövning) kan diskuteras om JO bör vara generös eller restriktiv i sina bedömningar, dels ifråga om det finns skäl att inleda en utredning för att veta om det finns skäl att "gå vidare", dels ifråga om vad som är myndighetsutövning. Ur anmälares synvinkel är givetvis en generös tolkning att föredra. En restriktiv hållning kan leda till att kontrollen uteblir. Visserligen har Skolinspektionen tillsyn över fristående skolor, men inspektionen granskar i första hand skolornas regelefterlevnad i förhållande till skollagstiftningen och sätter inte 1 kap. 9 § regeringsformen i fokus. I det ovan nämnda avvisningsbeslutet angående JB Gymnasiet upplyses anmälares avslutningsvis om att Skolinspektionen har tillsyn, vilket kan ge intrycket att det är därför som JO inte tar upp ärendet till utredning. Även om det finns ett ordinarie tillsynsorgan kan konstateras att detta faktum inte hindrat JO att granska kommunala skolor, oaktat att Skolinspektionen bedriver tillsyn på samma område. Ett argument att det finns en ordinarie tillsynsmyndighet blir således inte giltigt utan ytterligare skäl för varför det skulle räcka med Skolinspektionens tillsyn i fristående skolor, men inte i de offentliga skolorna.

Bör JO:s tillsynsområde förändras?

Samhällsutvecklingen med allt fler enskilda organ som utför offentlig förvaltning har lett till att riksdagens kontroll över verksamheten har minskat. Även om enskilda organ har att följa 1 kap. 9 § regeringsformen, är tillsynen över att de gör det begränsad till den verksamhet som innefattar myndighetsutövning. Man kan kanske invända att det är ju i dessa fall 1 kap. 9 § får en reell betydelse och det är där som den enskildes rättssäkerhetsintressen är som starkast. Mot detta kan anföras att det finns situationer t.ex. i undervisningen där det bör råda objektivitet även om det inte handlar om formellt beslutsfattande som utgör myndighetsutövning. Att läraren bemöter alla elever på ett sakligt sätt och behandlar dem lika, bör gälla i klassrummet under lektionstid, under

det s.k. faktiska handlande som själva undervisningen innebär. Att lärarna rapporterar elevernas närvaro på ett korrekt och sakligt sätt och att skolan inte vidtar åtgärder, t.ex. av välvilja, utan rättsligt stöd, bör också gälla i alla skolor. JO:s kontroll av sådana situationer uteblir i fristående skolor med en begränsning till att tillsynen enbart kan avse verksamhet som utgör myndighetsutövning.

Frågan kan därför ställas om det inte är dags att utvidga tillsynsområdet till att avse förvaltningsuppdrag istället för myndighetsutövning. Detta föreslog JK redan vid JO-instruktionens tillkomst. JK anförde att "[d]en rent förvaltande verksamheten har sådant samband med övrig offentlig verksamhet att en generell tillsyn förefaller motiverad" och menade att rådande ordning utgör en allvarlig brist i JO:s och JK:s möjlighet att utöva en effektiv tillsyn över den offentliga förvaltningen.¹⁷ Även Marcusson har ställt sig positiv till en sådan förändring och pekat bland annat på att det finns ett behov av kontroll av de enskilda organens verksamhet och att man genom en sådan förändring undgår gränsdragningsproblemen mellan myndighetsutövning och övrig offentlig förvaltning. Enligt henne torde inte arbetsbelastningen vara ett avgörande argument då antalet granskade organ skulle vara detsamma. Gränsdragningssvårigheten blir snarare att skilja mellan den rent privata verksamheten i ett enskilt organ och de offentliga förvaltningsuppgifterna.¹⁸

JO:s uppgift är att övervaka att den offentliga makten utövas i enlighet med lagar och regler. Denna makt finns inte enbart hos myndigheter utan i allt större utsträckning hos enskilda organ. Den främsta uppgiften sägs vara att stärka medborgarnas förtroende för rättsordningen genom att sätta den enskildes rättssäkerhet i fokus.¹⁹ Detta intresse av rättssäkerhet och medborgarnas förtroende för rättsordningen bör vara lika starkt oberoende av vem som utför förvaltningen.

Man kan även peka på skillnader idag jämfört med vid JO-instruktionens tillkomst. Tidigare verkar det oftast ha varit fråga om att statsmakten beslutat att överlåta en offentlig förvaltningsuppdrag till enskild istället för att själv ombesörja den eller att bolagisera en verksamhet som tidigare utförts vid en myndighet. Det som gör dagens situation annorlunda är att offentliga förvaltningsuppgifter överlämnas till enskilda organ på skolans område (liksom vård- och omsorgsområdet) *samtidigt* som samma uppgifter utförs i offentlig regi. Verksamhetsutförarna verkar på samma arena och ska följa samma reglering (som på skolans område är både omfattande och utförlig). De privata inslagen i verksamheten är av mindre omfattning i förhållande till den regelstyrda delen. Lagstiftaren har dessutom haft som uttalad ambition att så långt som

¹⁷ KU 1986/87:2 s. 97 f.

¹⁸ Marcusson, s. 413 f.

¹⁹ KUIIU 1967:1 s. 6 f. (Se även KU 1975/76:22 s. 48 f.).

möjligt likställa kommunala och fristående skolor.²⁰ Därutöver kan konstateras att verksamheten finansieras med offentliga medel — oavsett huvudman. I förarbetena diskuteras just regelstyrning och finansiering som faktorer som skulle kunna göra att ett organ är att jämställa med en myndighet.²¹ Även om detta är ett väl långtgående synsätt i detta fall, kan konstateras att förhållandena i skolverksamheten är så lika mellan offentliga och fristående skolor, att det är svårt att motivera att granskningen av verksamheten inte skulle vara densamma — i vart fall ur den enskilde elevens rättssäkerhetssynvinkel.

I denna text ryms inte alla synpunkter som kan anläggas för och emot ett förändrat tillsynsområde, men frågan bör enligt min mening diskuteras — en diskussion som möjligen kan ta plats i framtida nummer av Svensk Juristtidning.

²⁰ Prop. 2009/10:165 s. 203 ff.

²¹ SOU 1975:23 s. 155. KU 1975/76: s. 55.