

ntor

Nederlands Tijdschrift voor
Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid

Redactie:

prof. mr. dr. P.W.A. Huisman
mevr. prof. mr. dr. M.T.A.B. Laemers
mr. dr. A.G.D. Overmars
mevr. C.J. Pater MSc
mevr. prof. dr. S. Waslander
prof. mr. dr. P.J.J. Zoontjens

Inhoud

Redactioneel / 5

Pieter Huisman en Miek Laemers

Artikelen

Het beweeglijke primaat van de wetgever / 6

Jacob de Boer

In zijn oratie, Het beweeglijke recht op onderwijs, beschrijft Paul Zoontjes hoe het in internationale verdragen verankerde recht op onderwijs doorwerkt in rechtspraak, beleid en wetgeving. Hij bepleit een verbreding van het constitutioneel-rechtelijke perspectief op onderwijs, waarin – naast de vrijheid van onderwijs – ook (meer) aandacht is voor het recht op onderwijs.

Gunt de overheid en de politiek de leraar wel professionele zeggenschap? / 10

Frans Brekelmans

De positie van de leraar als professional is een onderwerp dat bij Paul Zoontjens altijd centraal heeft gestaan, getuige zijn fraaie proefschrift over de academische vrijheid. In onze gesprekken benadrukt Paul altijd dat het onderwijs alleen kan worden verbeterd wanneer de positie van de leraar als professional een sterke is.

De Lokaal Educatieve Agenda: over de grenzen van de schoolvrijheid / 16

Hansko Broeksteeg

Sinds 2006 stellen steeds meer gemeenten een Lokaal Educatieve Agenda (LEA) op. Gemeenten maken samen met schoolbesturen, kinderopvang- en peuterspeelzaalorganisaties afspraken over lokale onderwijsthema's. Deze bijdrage onderzoekt wat deze Agenda zoal inhoudt en hoe hij zich verhoudt tot de autonomie van de scholen.

Dit product maakt deel uit van SchoolManagement Totaal,
www.schoolmanagementsysteem.nl



Toekomstscenario's voor Recht en Beleid / 21

Jan De Groof

'I am (...) not an advocate for frequent (...) changes in laws and constitutions.... But (...) laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths disclosed, and manners and opinions change with the change of circumstances, institutions must advance also, and keep pace with the times.'

Leerrechten, recht op onderwijs nieuwe stijl / 31

Pieter Huisman

De oratie van Paul Zoontjens in 2003 droeg de titel *Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling*. Daarin sprak hij onder meer over het leerrecht, in het kader van het recht op onderwijs voor kinderen met een handicap. Met Paul mocht ik mij in een rapport voor het Ministerie van OCW buigen over dat onderwerp. De minister voor primair en voortgezet onderwijs heeft aangekondigd nader onderzoek te doen naar verdere verankering van het leerrecht. Een mooi onderwerp dus voor deze NTOR-special ter gelegenheid van het afscheid van Paul Zoontjens.

Ad astra per aspera: de onmogelijkheid van een risicovrije procedure voor schoolstichting / 36

Miek Laemers

In 2016 schreven Paul Zoontjens en ik het preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht (NVOR) over de constitutionele haken en ogen van het (concept)wetsvoorstel 'Meer Ruimte voor Nieuwe Scholen' (MRNS). Dit preadvies droeg de – in de geschiedenis van de preadviezen van de NVOR niet eerder voorgekomen – intrigerende en enigszins exotisch aandoende titel *Magnificently unprepared for the long littleness of life?*

Het karakter van de openbare school en bekostiging van godsdienst- en levensbeschouwelijk onderwijs / 42

Dick Mentink

Onderwijsrecht is een vakgebied met nogal wat mogelijkheden tot specialisatie. Voor hoogleraren onderwijsrecht geldt in elk geval dat zij zich in meerdere of mindere mate dienen te specialiseren in de ins en outs van het befaamde grondwetsartikel over onderwijs, waarmee in 1917 de politieke schoolstrijd over de financiële gelijkstelling van (funderend) openbaar en bijzonder onderwijs werd beslecht.

Het Nederlandse duale bestel – parallellen met de ontwikkeling van onderwijsgaranties voor minderheden in de Volkenbondperiode / 49

Adriaan Overbeek

Het Nederlandse duale onderwijsbestel geeft ruimte aan minderheden. De Onderwijsraad stelt in zijn advies *Vaste grond onder de voeten* (2002): 'In de huidige tekst van artikel 23 Grondwet herkent men de grondgedachte dat Nederland een land is van minderheden met uiteenlopende opvattingen over onderwijs en opvoeding.' Paul Zoontjens legde in datzelfde jaar de band tussen artikel 23 Gw, het verdragenrecht en minderheden: 'Scholen worden gezien als een bepalende factor bij het streven naar de individuele en maatschappelijke ontplooiing van leden van minderheidsgroepen en de integratie tussen autochtonen en allochtonen.'

See you in court! / 56*Arno Overmars*

De afgelopen jaren is er door de overheid en onderwijsinstellingen veel geïnvesteerd in het bevorderen van de mondigheid en betrokkenheid van studenten. Keerzijde daarvan is dat studenten in toenemende mate onderwijsinstellingen aansprakelijk stellen wanneer zij schade lijden door het handelen van die instellingen. Rechtbanken kennen met enige regelmaat een schadevergoeding toe aan (oud-)studenten, wegens schending van de zorgplicht door de onderwijsinstellingen. Wat houdt de zorgplicht precies in en tot hoever reikt deze? In dit artikel geef ik antwoord op deze vragen over de juridificering van de relatie tussen onderwijsinstelling en student, aan de hand van de problematiek van de bacheloropleiding Medisch Hulpverlener.

Als je niets kent, kun je niks / 62*Hans Peters*

De verhouding tussen het onderwijsrecht en de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is van meet af aan niet makkelijk geweest. De belangrijkste oorzaak daarvan is dat het onderwijsrecht valt te duiden als een bijzonder deel van het bestuursrecht – de onderwijswetgeving behoort tot de oudste bestuursrechtelijke wetgeving in ons land – maar dat dit deel sterk gevormd en beïnvloed wordt door staatsrechtelijke aspecten. Daarmee is het gelegen op het grensvlak van twee rechtsculturen binnen het publiekrecht en dat werpt steeds opnieuw de bekende vraag op tot welke ‘wereld’ men behoort. Daarbij willen de staatsrechtelijke en bestuursrechtelijke disciplines nog weleens botsen (ook) rond de Awb.

Vrijheid van wetenschap / 68*Stefan Philipsen*

In 1993 promoveerde Paul Zoontjens op een proefschrift over de vrijheid van wetenschap. In de jaren daarna heeft hij met regelmaat over dat onderwerp en het hoger onderwijsrecht in het algemeen gepubliceerd. Daarnaast speelde Paul een belangrijke rol bij het onder de aandacht brengen van het belang van mensenrechtenverdragen voor het onderwijs(recht). Daarbij kon het EVRM op Paul's voortdurende belangstelling rekenen. In deze bijdrage, ter gelegenheid van zijn emeritaat, val ik dan ook op die beide onderzoeksinteressen terug, door in het navolgende in te gaan op de rol die de academische vrijheid speelt in de jurisprudentie van het EHRM.

De vrijheid van beroepsonderwijs: anders, of toch niet? / 73*Renée van Schoonhoven*

Wie zich bezighoudt met het recht in het beroepsonderwijs wordt er door omstanders en collega's met regelmaat op gewezen dat deze onderwijssector 'anders' is. Nu ben ik de laatste die dat zal ontkennen, alleen al vanwege de pedagogische aard van deze onderwijssoort. Laat onverlet dat de argumentatie achter dat 'anders' die sommigen gebruiken, bij mij wel enige twijfel oproept. Het argument is namelijk niet zelden dat artikel 23 Grondwet niet op het beroepsonderwijs van toepassing zou zijn. In deze bijdrage zal ik proberen dit argument te ontcrachten, zo niet te nuanceren. The proof of the pudding hiervan kan de komende tijd overigens wel eens gelegen zijn in een voorgenomen wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs als het gaat om het verstrekken van aanvullende bekostiging aan mbo-instellingen in geval van bijzondere omstandigheden.

Controleren en stimuleren / 77*Sietske Waslander*

Het is najaar 2001 als ik Paul Zoontjens voor het eerst in levenden lijve ontmoet, op zijn werkkamer op de Universiteit van Tilburg. Paul is verbonden aan het Schoordijk Instituut; ik zoek die jaren speelruimte

Inhoud NTOR 2019

buiten de muren van de universiteit en ben adviseur bij Twynstra Gudde (TG). Het Schoordijk Instituut en Twynstra Gudde werken samen op het gebied van toezicht. Ver voordat de term 'valorisatie' in strategische visies opduikt, zoeken beide organisaties de kruisbestuiving tussen onderzoek en praktijk.

De bijdragen van Paul Zoontjens aan het Nederlandse onderwijsrecht / 82

Ben Vermeulen

Het is niet eenvoudig in het bestek van dit beknopte artikel een schets te geven van de bijdrage die Paul Zoontjens aan het Nederlandse onderwijsrecht heeft geleverd. Die bijdrage is omvangrijk en veelzijdig. Het is dan ook juister om te spreken over zijn bijdragen – in meervoud – aan het onderwijsrecht.

REDACTIONEEL

Pieter Huisman en Miek Laemers

Deze special van het *NTOR* is geheel gevuld met bijdragen van vrienden en collega's van prof. mr. Paul Zoontjens. Op 17 mei 2019 neemt Paul officieel afscheid als hoogleraar onderwijsrecht aan de Tilburg University, vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Hij heeft de leerstoel, die in stand gehouden wordt door de Stichting de Katholieke School, bezet vanaf 2003.

Ter gelegenheid van het afscheid organiseert zijn departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis een symposium. Vanuit Tilburg kregen we de vraag of de bijdragen van de inleiders op dat symposium ook gepubliceerd konden worden in een onderwijsrechtelijke uitgave.

Waar anders kon dat zijn dan in het tijdschrift waar Paul sinds 2011 de voorzittershamer hanteert? Als redactie besloten we aldus Paul te verrassen, niet met een *liber amicorum*, maar met een *periodicum amicorum*, een speciale editie van het *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*. Veertien bijdragen zijn opgenomen en ze bestrijken elk een stukje van het interessegebied van onze gewaardeerde collega: van leerrecht tot inspectietoezicht, van academische vrijheid vanuit verdragsrechtelijk perspectief tot godsdienst en levensbeschouwing in het openbaar onderwijs en nog veel meer. Het is hier niet de plaats om in te gaan op de drijfveren van de auteurs om voor een bepaald onderwerp te kiezen: ze doen dat in de aanhef van hun bijdrage in de regel zelf en vaak op onnavolgbare wijze. Speciale aandacht willen we echter wel vestigen op de bijdrage van Ben Vermeulen, die een fraai overzicht levert van de veelomvattende werkzaamheden en publicaties van zijn naaste wapenbroeder in het onderwijsrecht.

Als redactie spreken we onze dank uit aan alle auteurs voor hun tijdige en enthousiaste inbreng

om dit nummer te realiseren. Het gezelschap is een uitsnede uit Paul's Tilburgse, onderwijsrechtelijke en redactionele *NTOR*-werkkring, maar vertegenwoordigt hopelijk nog meer collegialiteit en vriendschap dan alleen die van de betrokken auteurs. We eindigen uiteraard met het uitspreken van veel dank aan de geëerde geleerde Paul Zoontjens, die in ruim dertig jaar op zo veel onderdelen en in evenzovele artikelen, boeken, opinies en rapporten een onschatbare bijdrage heeft geleverd om het onderwijsrecht te brengen waar het nu is. Dit *NTOR*-nummer is slechts een kleine reverentie bij de afsluiting van een mooie academische carrière.

Namens de redactie van *NTOR*,
Pieter Huisman en Miek Laemers

ARTIKELEN

Het beweeglijke primaat van de wetgever

Jacob de Boer¹

In zijn oratie, Het beweeglijke recht op onderwijs, beschrijft Paul Zoontjes hoe het in internationale verdragen verankerde recht op onderwijs doorwerkt in rechtspraak, beleid en wetgeving.² Hij bepleit een verbreding van het constitutioneel-rechtelijke perspectief op onderwijs, waarin – naast de vrijheid van onderwijs – ook (meer) aandacht is voor het recht op onderwijs.³

De relatie tussen de vrijheid van en het recht op onderwijs is tweeledig: ‘Vanuit het recht op onderwijs (...) kan de grondwettelijke uitwerking [van de onderwijsvrijheid] met argumenten worden geschraagd, maar (...) ook bevraagd als de omstandigheden daarom vragen.⁴ Gezien het voorgaande is het geen toeval dat de Onderwijsraad in 2012 – toen Paul daarin zetelde – stelde dat het recht op onderwijs deel uitmaakt van het interpretatiekader van de vrijheid van onderwijs.⁵

De wisselwerking tussen vrijheid van en recht op onderwijs wordt veelal in materiële zin begrepen.⁶ Wie bij de interpretatie van artikel 23 Grondwet meer nadruk legt op het recht op

onderwijs zal beperkingen van de onderwijsvrijheid die zijn bedoeld om de belangen van leerlingen te beschermen, sneller aanvaardbaar vinden. Deze nadruk op het recht op onderwijs heeft echter niet alleen consequenties voor de betekenis van de materiële garanties van artikel 23 Grondwet, maar ook voor het daarin vervatte primaat van de wetgever, hetgeen een formele garantie is tegen ongeoorloofde inbreuken op de onderwijsvrijheid.

De centrale, mede aan Vermeulen⁷ ontleende stelling van deze bijdrage is dat dit primaat van de wetgever, als gevolg van de verbreding van het constitutioneel-rechtelijk perspectief op onderwijs, soepeler wordt opgevat – en mag worden opgevat – dan voorheen. Het voorgaande wordt geïllustreerd aan de hand van de wetsgeschiedenis met betrekking tot het primaat van de wetgever bij invoering van de kerndoelen. Daaruit volgt dat er een evolutie is in het denken over de betekenis van deze formele garantie, alsook dat het hier een nogal vage norm betreft, die niet eenduidig wordt toegepast. Vandaar de titel van deze bijdrage.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 wordt ingegaan op de grondslag en betekenis van het primaat van de wetgever. In paragraaf 3 wordt de wetsgeschiedenis van de kerndoelen besproken. In paragraaf 4 wordt betoogd dat het veranderde denken over het primaat van de wetgever kan worden verdedigd op basis van een (sociaal-statelijke) interpretatie van artikel 23 Grondwet die meer de nadruk legt op het recht op onderwijs. Paragraaf 5 bevat de conclusie.

2. Primaat van de wetgever

Het primaat van de wetgever regelt de mate waarin de formele wetgever zijn regelgevende bevoegdheid mag delegeren en wordt geacht in artikel 23 Grondwet besloten te liggen.⁸ De Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) bevat

1 Dit stuk is op persoonlijke titel geschreven.

2 Zoontjens 2003.

3 Zoontjens 2003, p. 6.

4 Zoontjens 2003, p. 15.

5 Onderwijsraad 2012, p. 86.

6 Dat blijkt ook uit de voorbeelden van doorwerking die Paul in zijn oratie beschrijft: het betreft bijvoorbeeld de spanning tussen de autonomie van scholen om toelatingsbeleid te voeren en de leerrechten van kinderen die extra ondersteuning behoeven.

7 Vermeulen 2003.

8 Onderwijsraad 2002, p. 21.

ten in Ar 2.19 een treffende omschrijving van dit primaat: 'Bij verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau bevat de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling. Bij de keuze welke elementen in de wet zelf regeling moeten vinden en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan, dient het primaat van de wetgever als richtsnoer. (...) Gelet op het vorenstaande dient voor de keuze welke elementen van een regeling in de wet moeten worden geregeld en ter zake van welke elementen delegatie toelaatbaar is, steeds te worden onderzocht welke elementen van een regeling zo gewichtig zijn dat de volksvertegenwoordiging rechtstreeks bij de vaststelling moet worden betrokken.'

De Raad van State geeft, in zijn advies met betrekking tot het wetsvoorstel tot invoering van het lerarenregister, de volgende omschrijving: 'De Afdeling wijst erop dat de mogelijkheden voor delegatie worden bepaald door het primaat van de wetgever, dat wil zeggen dat de wetgever zelf de voornaamste (rechtspolietieke) keuzen over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen maakt.'⁹

Deze citaten laten zien dat het primaat van de wetgever behoorlijk wat ruimte voor weging laat. Want wat zijn de 'voornaamste' rechtspolietieke keuzen van een bepaalde regeling, of de elementen die 'zo gewichtig' zijn dat delegatie niet is toegelaten? Over het antwoord op dergelijke vragen kan men gemakkelijk van mening verschillen, aangezien dergelijke termen een subjectief element aan de norm van het primaat van de wetgever toevoegen. De wetsgeschiedenis van de invoering van de kerndoelen, die hieronder wordt besproken, toont dit overtuigend aan.

3. Kerndoelen

De kerndoelen geven een beschrijving van kwaliteiten van leerlingen op het gebied van kennis,

⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34458, nr. 4, p. 22.*

inzicht en vaardigheden met betrekking tot de onderwijsactiviteiten die zijn genoemd in artikel 9 lid 1 en lid 2 Wpo, en dienen door de school als te bereiken doelstelling te worden gehanteerd (artikel 9 lid 9 Wpo). De wetgever heeft de bevoegdheid tot het vaststellen van de kerndoelen aan de regering gedelegeerd (artikel 9 lid 5 Wpo). Deze delegatiebeslissing kent een opmerkelijke wijze van totstandkoming. Een blik op de wetsgeschiedenis.

De regering was oorspronkelijk van plan de bevoegdheid tot vaststelling van de kerndoelen (destijds nog: 'eindtermen') tijdelijk aan de minister te delegeren.¹⁰ De delegatie zou aan een termijn gebonden zijn van tien jaar. Deze tien jaar waren bedoeld als een experimenteerperiode. Na deze periode zouden de kerndoelen in de wet moeten worden neergelegd.¹¹

De Onderwijsraad gaf op het primaat van de wetgever gebaseerde kritiek: 'Daarenboven zou volgens de Raad een ministeriële regeling niet het geëigende instrument zijn om een zo gewichtige zaak als het vaststellen van eindtermen te regelen. Regeling bij algemene maatregel van bestuur lijkt meer de aangewezen weg hier toe, zowel in de fase van invoering als in de eindfase.'¹² Uiteindelijk neerlegging in de wet zou dus niet nodig zijn. De regering hield daar echter aan vast, omdat een amvb als 'te licht' werd beschouwd.¹³

Ook de Raad van State had kritiek.¹⁴ Hij stelde zich op het standpunt dat de kerndoelen thuis horen in de wet, maar voelde ook wel iets voor een experimenteerperiode, zodat de kerndoelen

¹⁰ *Kamerstukken II 1987/88, 20200, VIII, A, p. 1-2.*

¹¹ *Kamerstukken II 1987/88, 20381, nr. A, p. 2:* 'Gegeven het belang van dit aspect zullen de eindtermen, na een periode van ontwikkeling en toepassing in de praktijk van het onderwijs, uiteindelijk in de wetten zelf worden opgenomen.'

¹² *Onderwijsraad 1987, p. 21.*

¹³ *Kamerstukken II 1987/88, 20381, nr. A, p. 2.*

¹⁴ *Kamerstukken II 1987/88, 20381, nr. B, p. 12.*

konden worden ontwikkeld. Wel vond de Raad van State dat nadrukkelijker moest worden gemotiveerd waarom gekozen werd voor delegatie aan de minister, in plaats van aan de regering.

Na deze kritiek werd in het wetsvoorstel bepaald dat de kerndoelen in een bijlage bij de wet zouden worden opgenomen.¹⁵ De kerndoelen bleken toch te gewichtig, aldus de regering: ‘De indruk kan zijn ontstaan dat door het stellen van eindtermen de grens tussen deugdelijkheidseisen en vrijheid van inrichting iets verschuift in die zin dat de eisen van deugdelijkheid zouden worden verbreed ten koste van de vrijheid van inrichting. (...) [G]egeven het bepaalde in de Grondwet, [is] bij de feitelijke invulling van de eindtermen hier steeds alertheid geboden. Gegeven het belang van dit aspect zullen de eindtermen in de wetten zelf worden opgenomen.’¹⁶

Later maakt de regering wéér een andere keuze: de kerndoelen zouden door middel van een amvb moeten worden vastgesteld.¹⁷ Als motivering wordt gegeven dat dit in overeenstemming is met de wijze waarop andere voorschriften ten aanzien van de inrichting van het onderwijs worden gegeven.¹⁸ Daarbij wordt erop gewezen dat een nahangprocedure¹⁹ van

toepassing is verklaard, gelet op het belang van de te regelen materie.

De Raad van State reageerde afwijzend, en herhaalde zijn standpunt dat de kerndoelen uiteindelijk een plaats moesten krijgen in de wet.²⁰ Ook de Onderwijsraad was kritisch en bepleitte eveneens vaststelling van de kerndoelen in de wet.²¹ Dat is opmerkelijk, aangezien in het eerdere advies nog het standpunt werd ingenomen dat regeling van de eindtermen bij amvb diende te geschieden (zie het citaat hierboven). De Kamers zijn uiteindelijk akkoord gegaan met het gewijzigde voorstel van de regering, waarmee de delegatiegrondslag in het huidige artikel 9 lid 5 Wpo een feit werd.

Daarmee is de geschiedenis van de kerndoelen niet ten einde. In 2005 adviseert de Onderwijsraad om de genoemde nahangprocedure te handhaven.²² De Onderwijsraad geeft daarbij aan dat vaststelling van de kerndoelen bij amvb acceptabel is, vanwege de flexibiliteit daarvan. De Onderwijsraad komt daarmee dus terug van het standpunt dat de kerndoelen in de wet dienen te worden opgenomen.

Ook de Raad van State is tot een ander inzicht gekomen, blijkens zijn advies over het voorstel van wet tot invoering van de minimumleerresultaten: ‘De Raad merkt op dat ten minste de hoofdlijnen van deugdelijkheidseisen bij wet dienen te worden gesteld en zodanig helder geformuleerd dienen te zijn dat duidelijk is dat de vrijheid van richting en inrichting gewaarborgd blijven (artikel 23, derde, vijfde en zesde lid, van de Grondwet). Alleen de nadere inhoudelijke uitwerking van deze eisen kan in een amvb opgenomen worden. De Raad wijst hierbij bijvoorbeeld op de wijze waarop in de WPO

15 *Kamerstukken II 1987/88*, 20381, nr. 3, p. 12.

16 *Kamerstukken II 1987/88*, 20381, nr. 3, p. 12.

17 *Kamerstukken II 1989/90*, 20381, nr. 17 (tweede nota van wijziging).

18 *Kamerstukken II 1989/90*, 20381, nr. 17, p. 43.

19 Ook wel: voorwaardelijke delegatie. De amvb wordt na vaststelling aan de Staten-Generaal overgelegd en kan pas na vier weken in werking treden, mits binnen deze termijn een der Kamers niet heeft aangegeven regeling bij wet te verlangen. De regering gebruikt in dit verband overigens de term ‘voorhangprocedure’ maar die dient mijns inziens gereserveerd te blijven voor de figuur van gecontroleerde delegatie, waarbij een ontwerp-amvb aan de Kamers wordt overgelegd.

20 *Kamerstukken II 1989/90*, 20381, nr. C, p. 3.

21 Onderwijsraad 1990, p. 11.

22 Onderwijsraad 2005, p. 4

de onderwijsactiviteiten en kerndoelen zijn vastgelegd.²³

Concluderend kan worden gesteld dat verschillende overheidsorganen door de jaren heen nogal eens van standpunt zijn veranderd over de vraag of en in hoeverre de kerndoelen krachtens delegatie tot stand mogen komen. Er is desalniettemin een ontwikkeling waarneembaar. Waar voorheen regering, Onderwijsraad en Raad van State vonden dat genoemde delegatie in strijd met het primaat van de wetgever zou komen, vindt men deze delegatiebeslissing thans niet problematisch.²⁴ Aan de delegatiebeslissing zelf is niets veranderd, dus de enige conclusie moet zijn dat er een evolutie heeft plaatsgevonden in het denken over de betekenis van het primaat van de wetgever. Dit wordt soepeler geïnterpreteerd dan voorheen. Is daarvoor een verklaring te vinden, die binnen de kaders van artikel 23 Grondwet past?

4. Een verbreding van het constitutioneel-rechtelijke perspectief op onderwijs

Artikel 23 Grondwet heeft een klassiek-liberale en een sociaal-statelijke kant. Eerstgenoemde betreft de vrijheid van onderwijs als afweerrecht ten opzichte van de overheid, laatstgenoemde de in het eerste lid neergelegde inspanningsverplichting van de overheid om voor het (recht op) onderwijs zorg te dragen.²⁵ Beide zijden van artikel 23 Grondwet zijn uiteraard relevante context voor de interpretatie daarvan. De vraag is echter waar men de balans tussen beide zijden legt. In de inleiding gaf ik al aan dat, wanneer veel nadruk op de sociaal-statelijke zijde wordt gelegd, de klassieke vrijheid van onderwijs gemakkelijker van beperkingen mag worden voorzien, wanneer daarmee het recht op onderwijs is gediend.

Ook het in artikel 23 Grondwet verankerde primaat van de wetgever kan soepeler worden opgevat, als de sociaal-statelijke zijde meer nadruk krijgt.²⁶ Een strikte opvatting van het primaat van de wet kan het voor de overheid immers moeilijker maken om maatregelen te treffen met betrekking tot het onderwijs, waardoor het lastiger of onmogelijk wordt om beleid te voeren dat tegemoetkomt aan het sociale grondrecht op onderwijs. Voor een dergelijke, strikte opvatting is geen plaats binnen een sociaal-statelijk gekleurde visie op artikel 23 Grondwet.

Deze visie heeft de afgelopen tijd meer tractie gekregen. Dat blijkt uit de in de inleiding genoemde oratie van Paul en het advies van de Onderwijsraad, maar ook uit verschillende initiatieven van de wetgever. De kerndoelen worden beschouwd als het begin van een ontwikkeling waarin de overheid zich niet alleen maar bezighoudt met het stellen van minimumnormen, maar zich nadrukkelijker bemoeit met de kwaliteit van het onderwijs. In 2002 zag het accreditatiestelsel het licht en werd de Wet op het onderwijstoezicht ingevoerd, waarmee het 'stimulerende toezicht' een stevige basis kreeg. In 2010 werden de eisen ten aanzien van minimumleerresultaten ingevoerd.²⁷ Een recenter voorbeeld van deze ontwikkeling is te vinden in het idee van het Kamerlid Asscher om het recht op onderwijs expliciet in artikel 23 Grondwet te verankeren.²⁸

Deze ontwikkelingen maken dat de context waarbinnen artikel 23 Grondwet gelezen moet worden is veranderd: de klassiek-liberale zijde heeft terrein moeten prijsgeven aan de sociaal-statelijke. Daarmee kan de in paragraaf 3 beschreven evolutie worden verklaard en van een juridisch toereikende grondslag worden voorzien.

²⁶ Vermeulen 2003, p. 234-235.

²⁷ Opsomming ontleend aan Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013, p. 31

²⁸ Zie <https://www.pvda.nl/nieuws/de-beste-start-voor-ieder-kind/>, geraadpleegd op 5 maart 2019.

²³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 6.

²⁴ Vgl. Mentink 2012, p. 21.

²⁵ Vermeulen 2003, p. 235.

5. Conclusie

Het recht op onderwijs is door Paul gekenschetst als een onaf en beweeglijk recht.²⁹ De waargenomen beweging is echter niet willekeurig; er is duidelijk meer aandacht voor voltooiing van het recht op onderwijs.³⁰ Deze toegenomen aandacht heeft brede juridische consequenties. In dit stuk is, mede aan de hand van de wetsgeschiedenis met betrekking tot de kerndoelen, geïllustreerd dat deze consequenties ook betrekking hebben op het primaat van de wetgever, dat eveneens beweeglijk van karakter blijkt te zijn.

Literatuur

Mentink 2012

D. Mentink, *De kwaliteitsnormerende functie van deugdelijkheidseisen*, Den Haag, Onderwijsraad 2012.

Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2013

D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Commentaar op artikel 23 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, Webeditie (www.nederlandrechtsstaat.nl) 2013.

Onderwijsraad 1987

Onderwijsraad, *Advies wetsvoorstel invoering eindtermen 31 maart 1987*, Den Haag, Onderwijsraad 1987.

Onderwijsraad 2002

Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*, Den Haag, Onderwijsraad 2002.

Onderwijsraad 2012

Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag, Onderwijsraad 2012.

Vermeulen 2003

B.P. Vermeulen, 'Onderwijskwaliteitsnormen in de democratische rechtsstaat', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag, BJu 2003, p. 217-238.

Zoontjens 2003

P.J.J. Zoontjens, *Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling*, Den Haag, BJu 2003.

Over de auteur

Mr. J.A. de Boer

Wetgevingsjurist bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

Gunt de overheid en de politiek de leraar wel professionele zeggenschap?

Frans Brekelmans

De positie van de leraar als professional is een onderwerp dat bij Paul Zoontjens altijd centraal heeft gestaan, getuige zijn fraaie proefschrift over de academische vrijheid. In onze gesprekken benadrukt Paul altijd dat het onderwijs alleen kan worden verbeterd wanneer de positie van de leraar als professional een sterke is.

'Teaching might even be the greatest of the arts since the medium is the human mind and spirit.' (John Steinbeck)

²⁹ Zoontjens 2003.

³⁰ Even daargelaten de vraag of het recht op onderwijs ooit in voltooide staat zal kunnen verkeren.

1. Inleiding

Naast het onderwijsrecht gaan onze gesprekken over allerlei andere zaken, zoals rechtsfilosofische onderwerpen, waarbij het mij steeds opvalt dat Paul bij het bespreken van de onderwerpen niet de gebaande paden bewandelt, maar naar onorthodoxe oplossingen zoekt. Bij het ouder worden beginnen we eerst te praten over de kinderen.

Gelet op de belangstelling van Paul voor de professional in het onderwijs ligt het voor de hand dat mijn essay de positie van de leraar bespreekt, waarbij ik mij, gelet op de toegestane omvang, beperk tot het primair, speciaal en voortgezet onderwijs. De bijdrage begint met de huidige positie van de leraar in de onderwijswetgeving (par. 2). Vervolgens wordt ingegaan op de wijze waarop de Wet beroep leraar (hierna: de wet) in de praktijk gestalte heeft gekregen en de wijze waarop de overheid en de politiek daarop hebben gereageerd (par. 3). Daarna bespreek ik de beroepsgroep (par. 4) en sluit de bijdrage af met een conclusie (par. 5).

2. Huidige positie leraar in onderwijswetgeving

De zeggenschap van de leraren is geregeld in artikel 31a WPO, artikel 31a WEC en artikel 32e WVO, waardoor de professionele ruimte van de leraar op twee manieren wordt versterkt. Allereerst door aan te geven wat onder het beroep van leraar wordt verstaan: het binnen de kaders van het onderwijskundig beleid van de school, verantwoordelijkheid dragen voor het vakinhoudelijke, vakdidactische en pedagogische proces in de school. Deze verantwoordelijkheid blijkt uit het beginsel dat de leraar zelfstandig verantwoordelijk is voor het beoordelen van de leerprestaties. Daartoe dienen de leraren over voldoende vakinhoudelijke, vakdidactische en pedagogische zeggenschap te beschikken, waar- onder wordt verstaan de zeggenschap over: (a) de inhoud van de lesstof, (b) de wijze waarop de lesstof wordt aangeboden en de middelen die

daarbij worden gebruikt, (c) de te hanteren pedagogisch-didactische aanpak op de school en de wijze waarop daar uitvoering aan wordt gegeven, waaronder de begeleiding van de leerlingen en de contacten met de ouders en (d) het in samenhang met de onderdelen a, b en c onderhouden van de bekwaamheid van de leraar als onderdeel van het team. Het bevoegd gezag stelt in overleg met de leraren een professioneel statuut op waarin de afspraken zijn opgenomen over de wijze waarop de zeggenschap van leraren over de genoemde onderwerpen wordt georganiseerd. Bij de vaststelling moet de professionele standaard in acht worden genomen.

Dit wettelijk stelsel geeft aan dat de leraar binnen de kaders van het onderwijskundig beleid van de school, vastgesteld met inachtneming van de bepalingen in de Wet medezeggenschap op scholen (WMS), de regie heeft over zijn professioneel handelen in de klas, in samenwerking met het team.

Tot de invoering van de genoemde artikelen in de onderwijswetgeving behoorde het beroep van de leraar tot de *street-level professionals*, net als politieagenten.¹ Deze professionals hebben een inhoudelijke, technische basis die door opleiding en socialisatie wordt bijgebracht, maar tegelijkertijd werken ze in en voor organisaties die de beroepsuitoefening mede organiseren en stevig inkaderen. Het kenmerk van klassieke professionele beroepsgroepen, zoals artsen en advocaten, is autonomie, die bestaat omdat het voor anderen (dat wil zeggen: niet-professionals) nu eenmaal niet goed mogelijk is professionals te zeggen hoe ze hun werk moeten doen. Wezenlijk aan autonomie is zelfwetgeving door middel van de professionele standaard. Kortom, geen autonomie, geen professionaliteit in eigenlijke zin. De autonomie is slechts gegeven omwille van de kwaliteit van het onderwijs. De professionele standaard is de wet die door de

1 M. Noordegraaf, *Management in het publieke domein: issues, instituties en instrumenten*, Bussum, Coutinho, 2004.

leraren, via de beroepsgroep, aan de leraren zelf wordt gesteld. De professionele standaard regelt onder meer de professionele relatie tussen de leraar en het team. Dit gebeurt bijvoorbeeld in zorgvuldigheidsregels: in welke gevallen moet een leraar doorverwijzen of in welke situaties moet(en) een andere leraar of leraren meekijken.²

Met de professionele standaard, opgesteld door de beroepsgroep, komen we op het terrein van de zelfregulering of zelfordening, dat inhoudt dat personen, groepen of instellingen regels vaststellen om (nader) aan te geven welke normen zij onderling of in hun betrekkingen met anderen in acht nemen. Wil zelfregulering gezaghebbend zijn en een extern effect hebben, dan moet deze plaatsvinden in samenspraak met derden wier belangen zij raakt.

3. Invoering van de wet en de reactie daarop van de overheid en de politiek

Algemeen wordt erkend dat primair de kwaliteit van de leraar en het collectief van leraren de kwaliteit van het geboden onderwijs bepalen. De wet heeft tot doel deze kwaliteit te versterken. Uit de literatuur blijkt dat per definitie professionals een gespannen verhouding hebben met de instelling waar ze werken.³ Echter, de huidige situatie in het onderwijs is dat de leraar als professional wel erg in het defensief is gedrukt. De Onderwijsraad⁴ verwoordde dat onlangs als volgt: werkdruk, overregulering, bureaucratie en te veel overhead geven leraren het gevoel te worden gedegradeerd tot uitvoerder. De sectorakkoorden, kwaliteitsafspraken

en nieuw overheidsbeleid tonen ons dat de overheid en de politiek geen vertrouwen hebben in het professionele oordeel van de leraar. Met als gevolg dat de leraar zich niet als eigenaar ziet van het primaire proces; de ondergeschikte positie als professional blijft immers in stand. Deze korte schets van de huidige situatie maakt duidelijk dat het inhoud geven aan de professionele ruimte een proces is van jaren, zoals dat overigens ook bij andere beroepen het geval is (geweest).

Hoe reageert de overheid en de politiek op de huidige situatie?

In de brief 'Werken in het onderwijs' van 16 januari 2019 (29923, nr. 345) geeft de minister de richting aan om de positie van de leraar te versterken. De brief wijst erop dat er op dit moment geen sprake is van een representatieve organisatie van de beroepsgroep. De minister is van mening dat een beroepsorganisatie door leraren zelf opgebouwd dient te worden. Vervolgens geeft de minister aan dat de beroepsorganisatie over het lerarenregister uitspraken kan doen. Daarom wordt ervoor gekozen deze kabinetsperiode geen werk meer te maken van een verplicht register.⁵ Ten slotte wijst de minister erop dat scholen lerende organisaties moeten worden, waarin de visie op leren en ontwikkelen niet door alleen de schoolleiding kan worden bedacht, maar in samenspraak met het team tot stand moet komen. De afspraken hierover komen in het professioneel statuut. De professionele ontwikkeling maakt onderdeel uit van het strategisch personeelsbeleid, dat weer onderdeel uitmaakt van lerende organisaties, waarmee het bestuur en schoolleiders hun ambities met het onderwijs waar kunnen maken. Het strategisch personeelsbeleid en de professionaliteit worden als deugdelijkheidseisen opgenomen in de wet, zodat de inspectie hierop toezicht kan houden. Dit onderdeel wordt uitgewerkt met de sectorraden. Wat

2 Frans Brekelmans en Marianne van Es, 'De professionele standaard in het onderwijs: enkele kanttekeningen', *School en Wet* 2017 (juni), p. 5-12.

3 Giel Huttschemaekers, 'De professionalisering is dood... leve de professionalisering. Het beroep in de (geestelijke) gezondheidszorg', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2001-17, nr. 3, p. 241.

4 *Een ander perspectief op professionele ruimte in het onderwijs*, Den Haag, Onderwijsraad 2016.

5 Frans Brekelmans en Marianne van Es, 'Lerarenregister en registervoorportaal', *School en Wet* 2016 (oktober), p. 5-8.

betreft het professioneel statuut komt er ruime voorlichting. Besturen krijgen de gelegenheid hier vervolgens werk van te maken. Daarbij is het vooral belangrijk dat scholen aan de slag gaan met de professionalisering en het stimuleren van de professionele dialoog. Tot zover de samenvatting van de brief.

De brief gaat uit van het beginsel dat de professionele ruimte (mede) door de besturen moet worden ingevuld. Daarmee wordt eraan voorbijgegaan dat professionalisering een in beginsel eigen verantwoordelijkheid van de leraar is. Deze omvat ook dat de leraren verantwoording afleggen aan het bestuur, de ouders en leerlingen, over hun visie op het onderwijs, hun manier van lesgeven, hun pedagogiek en didactiek en de resultaten, maar ook over de professionaliseringsactiviteiten die zij hebben ondernomen. Het schoolbestuur dient daarbij ondersteunend te zijn. Het is aan de overheid om te bewerkstelligen dat er een omslag komt in het denken van de bestuurders dat zij de baas zijn over de professionalisering van de leraren. Dan kan de stelling dat primair de leraar en het collectief van leraren de kwaliteit van het geboden onderwijs bepalen ook waargemaakt worden. Voorts moeten leraren, met betrekking tot het onderdeel professionele ruimte, de gesprekspartner van de inspectie zijn. Zij kunnen immers het best vaststellen of zij inderdaad voldoende professionele ruimte hebben binnen een school.

Op de onderwerpen 'beroepsgroep' en 'lerarenregister' kom ik terug.

Bij de invoering van het professionele statuut leven nog verschillende vragen. In mijn ogen dient de wetgever expliciet in de wet op te nemen over welke onderwerpen de leraar eigenstandige beslisbevoegdheid heeft en niet alleen aan te geven waar de leraar 'voldoende' zeggenschap over moet hebben. Natuurlijk moet er door de verschillen per school rekening worden gehouden met de specifieke context en eigenheid van een school. Zo blijft de dialoog over professionele ruimte op een specifieke school in stand, maar wordt wel een minimum aan professionele ruimte gegarandeerd. Andere vragen zijn:

waar ligt de grens tussen het onderwijsbeleid van de school en regie voeren op pedagogisch, didactisch en vakinhoudelijk terrein? En wat is de rol van het team hierin? Op welke wijze wordt de professionele ruimte gekoppeld aan de kwaliteit van onderwijs? Hoe verhoudt zich dat tot de eindverantwoordelijkheid van het bestuur? Hoe verhoudt een dergelijk statuut zich tot de bevoegdheden van de (G)MR? Hoe verhoudt het professioneel statuut zich tot andere statuten in het onderwijs? Kunnen afspraken worden opgenomen in het professioneel statuut die in strijd zijn met andere statuten, zoals het leerlingstatuut of het directiestatuut, of met het schoolplan of het strategisch meerjarenplan? Vele vragen waarop de wetgever een antwoord moet geven.

Naast de brief van de minister hebben de Kamerleden Bisschop en Kwint op 18 februari 2019 het Voorstel van wet tot wijziging van de Wpo, de Wec, de Wvo en de Web ingediend.⁶ De initiatiefnemers vinden het onwenselijk dat het lerarenregister inmiddels voor een aanmerkelijk deel in de onderwijswetten is verankerd, terwijl duidelijk is dat het beoogde verplichte register gedurende een lange en nog niet overzienbare termijn niet in werking zal zijn. Pas daarna zal bepaald moeten worden of, en zo ja, welke wettelijke kaders nodig zijn. De initiatiefnemers stellen daarom voor de bepalingen inzake het lerarenregister en het professioneel statuut uit de wet te schrappen.

Uit de Memorie van toelichting blijkt dat de initiatiefnemers geen enkele visie hebben op het beroep van leraar als professional. In de eerste plaats miskennen zij de functie van registratie. Andere beroepen, bijvoorbeeld fysiotherapeuten en verpleegkundigen, zien het opnemen en het bijhouden van hun bekwaamheidseisen, onder meer in de vorm van bijvoorbeeld werkervaring en/of eisen ten aanzien van de profes-

⁶ Initiatiefvoorstel Bisschop en Kwint tot wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met de afschaffing van het lerarenregister en het registervoorportaal, *Kamerstukken II* 2018/19, 35145, nr. 2.

sionele ontwikkeling als een kwaliteitsontwikkeling van het beroep. De initiatiefnemers gaan eraan voorbij dat het register er ook voor bedoeld is dat de ouders, de leerlingen en de samenleving erop kunnen vertrouwen dat de leraren voldoen aan de essentiële eisen die gesteld worden aan het beroep van leraar: het beschikken over een getuigschrift en het bijhouden van de bekwaamheidseisen. De route die de minister in zijn brief kiest om het register in de ijskast te zetten totdat er een beroepsorganisatie is waarmee het gesprek over het register kan worden gevoerd, verdient in de ogen van de initiatiefnemers de voorkeur.

Het is in het geheel niet duidelijk waarom het professioneel statuut moet worden afgeschaft dat juist tot doel heeft de professionele dialoog tussen de leraren te bevorderen. Het initiatiefvoorstel wekt de indruk dat de initiatiefnemers van mening zijn dat de professionele ruimte moet worden afgeschaft en dat hun voorstel een eerste stap daartoe is.

4. De beroepsgroep

Met de minister ben ik het eens dat een van de meest krachtige remedies tegen de defensieve houding van de leraar als professional het principe van de 'lerende organisatie' is, maar het uitgangspunt moet dan wel zijn dat de professionalisering in beginsel een eigen verantwoordelijkheid van de leraar is, waarbij het schoolbestuur ondersteunend dient te zijn. De lerende organisatie (*professionals governance* of beroepsgroep op het school- en/of bestuursniveau) moet bottom-up en niet top-down vormgegeven worden. Het is namelijk van belang dat de leraren zelf hun kennis ordenen en kritisch ter discussie stellen. Dit betekent dat de praktijkkennis van de leraren wordt gemobiliseerd en gesystematiseerd, waardoor nieuwe werkvormen kunnen worden ontwikkeld. Het expliciet maken van praktijkkennis leidt ertoe dat de professional weer eigenaar wordt van het primaire proces en het professioneel handelen transparanter. Maar ook de verhouding tussen

wetenschappers en professionals moet worden verbeterd. Vaak zien we dat de wetenschap te veel voor vernieuwing staat en uit onderzoeken komt nog wel eens de suggestie naar voren dat de huidige praktijk niet deugt. Wetenschappers zouden moeten nagaan waarom hun kennis vaak zo weinig toepassing vindt in het onderwijs. Zij mogen ook wat meer oog krijgen voor de waarde van praktijkkennis en deze een stap verder brengen door deze praktijkkennis onderzoekbaar te maken. Maar ook professionals dienen zich wat professioneler op te stellen ten aanzien van nieuwe kennis, want uiteindelijk heeft iedereen baat bij verbetering van de kwaliteit van het onderwijs. Het verdient aanbeveling dat professionals in de gelegenheid worden gesteld om onderzoek te doen, eventueel in samenwerking met wetenschappers.

Op dit moment zien we dat de managers in het onderwijs het beleid voorbereiden, vaststellen en uitvoeren, zonder dat de professionals dit alles van commentaar voorzien. Daarmee maken de managers zich ten onrechte tot inhoudsdeskundigen en worden de professionals uitvoerders die het beleid naar de praktijk vertalen. Omkering van de beleidscyclus is nodig om tot werkelijk lerende organisaties te komen. Maar het probleem is dat de collectieve zeggenschap van de professionals niet in de wet is geregeld. De wet versterkt alleen de individuele professionele zeggenschap. De collectieve professionele zeggenschap zou, als tussenstap, geregeld kunnen worden door in de wet op te nemen dat het bevoegd gezag verplicht is het lerarenberaad (de vertegenwoordiging van leraren) om advies te vragen met betrekking tot voorgenomen besluiten inzake het onderwijskundig beleid. Neemt het bevoegd gezag het advies niet of niet geheel over, dan moeten de redenen van het afwijken van het advies schriftelijk aan het lerarenberaad worden meegegeeld. Vervolgens legt het bevoegd gezag de documenten als voorgenomen besluiten voor aan de medezeggenschapsraad. Zo wordt enerzijds recht gedaan aan de bijzondere verantwoordelijkheid van leraren bij de uitvoering

van het onderwijsbeleid en aan de bijzondere relatie die leraren door deze uitvoering met het onderwijsbeleid hebben. En anderzijds aan de medezeggenschap over het onderwijsbeleid van alle partijen die in de medezeggenschapsraad vertegenwoordigd zijn. Het beschreven voorstel zie ik als tussenstap. Want uiteindelijk moeten we naar een model waarin de professionals in de beleidscyclus de inhoud bepalen en de managers zorgdragen voor de vertaling van de inhoud naar beleid en de uitvoering daarvan.

In het personeelsbeleid moet de professional ook een duidelijke rol krijgen. Dat betekent dat de werkgever wel aan zet is als het handelen van de leraar niet specifiek het beroep van de leraar betreft. Functioneringsgesprekken door de werkgever met de leraar moeten zich tot het overige handelen beperken; over het professionele handelen van een collega gaan de professionals.

Het moge duidelijk zijn dat het bovenstaande niet van de ene op de andere dag tot stand komt. Pas wanneer de professionals governance op een behoorlijk aantal scholen geworteld is, kan worden gedacht aan het oprichten van een beroepsorganisatie. Want er is een innerlijke relatie tussen professionals governance op het niveau van de onderwijsinstelling en op het niveau van de beroepsgroep. Een sterke beroepsgroep is van groot belang voor de positie van de leraren. De beroepsgroep heeft onder meer tot taak bij te dragen aan de identiteitsvorming van het beroep, zowel ten opzichte van de leraren als ten opzichte van de burgers, de overheid, de inspectie en de werkgeversorganisaties in het onderwijs. De beroepsgroep stelt de normen en waarden van het beroep op en legt deze vast in de professionele standaard. De beroepsgroep moet de opdracht krijgen het minimum aan professionele ruimte te bepalen en te expliciteren, die vervolgens wordt vastgelegd in wet- en regelgeving. Het is belangrijk dat leraren zelf (als beroepsgroep) voortdurend het gesprek over professionele ruimte met elkaar voeren. Het spreekt voor zich dat de professionele ruimte van leraren op basis van nieuwe ontwikkelingen

om de zoveel jaren herijkt moet worden. Ten slotte is het in het kader van naleving van groot belang dat er op wordt toegezien dat de professionele ruimte van leraren inderdaad in scholen in voldoende mate aanwezig is. In dit kader is ook een belangrijke rol voor de beroepsgroep weggelegd. De beroepsgroep zou immers de belangrijkste gesprekspartners voor individuele professionals moeten worden waar het de professionele ruimte van leraren betreft. Leraren zouden bij de beroepsgroep kunnen aangeven wanneer hun ruimte wordt ingeperkt, zodat de beroepsgroep hierover met de betreffende besturen in gesprek kan gaan.

5. Conclusie

Algemeen, ook op grond van onderzoek, wordt erkend dat primair de kwaliteit van de professional, de leraar en het collectief van leraren, de kwaliteit van het geboden onderwijs bepalen. Deze algemene stelling gaat alleen op wanneer als uitgangspunt wordt genomen dat professionalisering in beginsel een eigen verantwoordelijkheid van de leraar is en het schoolbestuur daarbij ondersteunend dient te zijn. Wanneer de overheid en de politiek dit uitgangspunt onderschrijven zal dit beginsel, de professionele ruimte, nader worden uitgewerkt in wet- en regelgeving. De feitelijke invulling hiervan zal vele jaren in beslag nemen. Maar de weg is meer dan de moeite waard want uitgaande van de algemene stelling zal de kwaliteit van het onderwijs verbeteren.

Literatuur

Jeroen van An del en Sandra Roelofsen, 'Wettelijke borging van de professionele ruimte van de leraar: vragen en uitdagingen', *NTOR*, 2018/1, p. 27-38.

Frans Brekelmans en Marianne van Es, 'Wetsvoorstel Lerarenregister en registervoorportaal', *School en Wet* 2016 (september), p. 5-10.

Frans Brekelmans en Marianne van Es, 'De verzelfstandiging van de positie van de leraar in Nederland', *T.O.R.B.* 2015/5, p. 360-372.

Frans Brekelmans en Marianne van Es, 'Wetsvoorstel "Lerarenregister", professionals governance en professionele standaard', *NTOR* 2016/2, p. 102-109.

Frans Brekelmans en Marianne van Es, 'Professioneel statuut', *School en Wet* 2017 (december), p. 5-11.

Over de auteur

Mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans

Jurist en filosoof en verbonden aan Actis te Rotterdam.

De Lokaal Educatieve Agenda: over de grenzen van de schoolvrijheid

Hansko Broeksteeg

Sinds 2006 stellen steeds meer gemeenten een Lokaal Educatieve Agenda (LEA) op. Gemeenten maken samen met schoolbesturen, kinderopvang- en peuterspeelzaalorganisaties afspraken over lokale onderwijsthema's. Deze bijdrage onderzoekt wat deze Agenda zoal inhoudt en hoe hij zich verhoudt tot de autonomie van de scholen.

1. De grondslag van de Lokaal Educatieve Agenda

De Lokaal Educatieve Agenda kent zijn grondslag in een wettelijk voorgeschreven jaarlijks overleg over het onderwijsachterstandenbe-

leid.¹ Op 1 augustus 2006 trad namelijk de Wet onderwijsachterstandenbeleid in werking.² De wet schreef voor dat het gemeentebestuur overlegt met de schoolbesturen over een aantal in de wet genoemde onderwerpen (zie hierna). Zij voegde daartoe een nieuw artikel 167a aan de Wet op het primair onderwijs (WPO) toe. De overlegverplichting wordt ook wel het OOGO genoemd: Op Overeenstemming Gericht Overleg. Dat bestond weliswaar vóór 2006 in veel gemeenten al, maar kreeg door de Wet onderwijsachterstandenbeleid een verplicht karakter.³ Op 1 augustus 2010 trad vervolgens de Wet ontwikkelingskansen door kwaliteit en educatie (Wet OKE) in werking.⁴ Daarin is het jaarlijks overleg nader gespecificeerd en uitgebreid. De Wet OKE wijzigt artikel 167, waardoor ook daarin een jaarlijks overleg tussen gemeenten en schoolbesturen is vastgelegd. De artikelen 167 en 167a WPO zijn nog steeds de grondslag voor het overleg tussen het gemeentebestuur en de schoolbesturen.

Artikel 167 WPO betreft de voor- en vroegschoolse educatie. Lid 1 bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders, met het oog op een zo groot mogelijke deelname van het aantal kinderen aan voorschoolse educatie, ten minste jaarlijks overleg voert en afspraken maakt over: het vaststellen welke kinderen met een risico op achterstand in de Nederlandse taal in aanmerking komen voor voorschoolse educatie, de wijze waarop die kinderen worden toegeleid naar voorschoolse en vroegschoolse educatie, de organisatie van een doorlopende leerlijn van voorschoolse naar vroegschoolse educatie en de resultaten van de vroegschoolse educatie. Het tweede lid bepaalt dat het college het overleg voert en de afspraken maakt met de bevoegde gezagsorganen van scholen en de

1 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de geschiedenis van de Lokaal Educatieve Agenda: F. Studulski, 'De Lokaal Educatieve Agenda', *NTOR* 2017, p. 53-62.

2 *Stb.* 2006, 340.

3 Studulski 2017, p. 55.

4 *Stb.* 2010, 296.

houders van de kindcentra (peuterspeelzalen en kinderopvang).⁵ Het tweede lid voegt hier nog aan toe dat alle partijen meewerken aan de totstandkoming van de afspraken. Artikel 168 WPO geeft het college doorzettingsmacht. Indien namelijk niet binnen redelijke termijn met alle partijen afspraken zijn gemaakt, kan het college de werkingssfeer van de gemaakte afspraken, voor zover noodzakelijk voor een samenhangend onderwijsachterstandenbeleid, uitbreiden naar de partijen waarmee geen afspraken zijn gemaakt.

Artikel 167a WPO betreft, zoals gezegd, het onderwijsachterstandenbeleid. Het eerste lid bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders, de schoolbesturen en de kinderopvangorganisaties ten minste jaarlijks overleg voeren over het voorkómen van segregatie, het bevorderen van integratie en het bestrijden van onderwijsachterstanden, de afstemming over inschrijvings- en toelatingsprocedures en het uit het overleg voortvloeiende voorstel van de schoolbesturen om tot een evenwichtige verdeling van leerlingen met een onderwijsachterstand over de scholen te komen. Het eerste lid schrijft verder voor dat de afspraken zo veel mogelijk het karakter van meetbare doelen hebben. De Onderwijsinspectie rapporteert jaarlijks over de mate waarin die doelen worden bereikt. Het college kan echter de uitkomsten van het overleg omzetten in bindende afspraken over onder andere de te realiseren prestaties en inspanningen. Die moeten eerst aan de partijen worden voorgelegd. Indien het overleg, zo volgt nog steeds uit het eerste lid, niet tot overeenstemming leidt, schrijft het college een nieuw overleg uit, waarbij het initiatieven neemt tot het bereiken van een zo groot mogelijke consensus. Indien dat overleg evenmin tot overeenstem-

5 Voor het overleg over de resultaten van de vroegschoolse educatie zijn alleen de schoolbesturen aangewezen. Artikel 167 derde lid WPO betreft de verwerking van persoonsgegevens door de kindcentra ten behoeve van de basisscholen. De kindcentra blijven hierna buiten beschouwing.

ming leidt, geeft een geschillencommissie binnen vier weken een bindend advies.⁶

Artikel 167a WPO geeft, zoals hiervoor weergegeven, de Onderwijsinspectie een rol bij het onderwijsachterstandenbeleid. Het artikel geeft bovendien gemeenten een (beperkte) doorzettingsmacht. Beide elementen zijn het gevolg van amendementen; de Tweede Kamer meende dat de verplichting tot overleg anders te vrijblijvend zou zijn.⁷ Artikel 118a Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) is vrijwel gelijklopend; ik laat het voortgezet onderwijs verder buiten beschouwing. Hetzelfde geldt voor de kinderopvangorganisaties. Zij nemen ook deel aan dit overleg met de gemeente, maar ik laat hun positie hierna eveneens buiten beschouwing. Aan artikel 167a WPO is overigens een specifieke uitkering verbonden, op grond waarvan gemeenten de middelen ontvangen om het onderwijsachterstandenbeleid uit te voeren.⁸

De overlegverplichting is ook na 2010 nog uitgebreid. Inmiddels zijn ook passend onderwijs en, vanwege de decentralisatie daarvan aan gemeenten, de jeugdzorg verplichte onderwerpen van het jaarlijkse overleg tussen gemeentebestuur en schoolbesturen. Artikel 18a negende lid WPO bepaalt voor het passend onderwijs dat over het zogeheten ondersteuningsplan op overeenstemming gericht overleg plaatsheeft met onder meer het college van burgemeester en wethouders. Het overleg vindt plaats overeenkomstig een procedure, vastgesteld door het samenwerkingsverband en het college, en bevat een voorziening voor geschilbeslechting. Artikel 2.2 derde lid Jeugdwet schrijft voor dat de gemeenteraad een plan omtrent jeugdhulp c.a.

6 De leden twee tot en met vier van artikel 167a WPO betreffen de geschillencommissie. Uitgebreid over artikel 167a WPO: F. van der Zel, 'Lokale overlegverplichtingen: Een bestandsopname van artikel 167a Wpo', *NTOR* 2015, p. 38-51. Zie verder: Hof 's-Gravenhage 7 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI9947 (*Ibn Ghaldoun*).

7 *Kamerstukken II* 2005/06, 30131, nr. 31 en 32.

8 Artikel 168a WPO; *Stb.* 2018, 315.

vaststelt, maar dat eerst op overeenstemming gericht overleg moet plaatsvinden met de samenwerkingsverbanden, overeenkomstig een procedure, vastgesteld door het samenwerkingsverband en het college, inclusief een voorziening voor geschilbeslechting.

Deze door de verschillende wettelijke bepalingen voorgeschreven overleggen vormden de grondslag voor de Lokaal Educatieve Agenda. Het overleg tussen gemeenten en schoolbesturen vindt plaats op basis van gelijkwaardigheid en wederkerigheid.⁹ Hoe zich dat verhoudt tot de doorzettingmacht van de gemeente, zien wij hierna nog. Inmiddels kennen bijna alle gemeenten een LEA-overleg.¹⁰ Dit LEA-overleg is in de praktijk het OOGO, waarin de partijen echter meer onderwerpen behandelen, dan die door de wet zijn voorgeschreven – ik kom hierop terug. Het LEA-overleg is, anders gezegd, een uitgebreider OOGO. Ook het aantal overlegpartners kan groter zijn dan het aantal dat de wet voorschrijft. In het algemeen geldt dat hoe groter de gemeente is, hoe meer organisaties aanschuiven. Te denken valt aan de samenwerkingsverbanden, besturen van ROC's en mbo's, en welzijnsorganisaties (bijvoorbeeld kinder- en jeugdwerk).¹¹

Het is overigens niet duidelijk of gemeenten die geen LEA-overleg voeren, in de praktijk wel voldoen aan de verplichting van het (beperkte) OOGO, of dat er in het geheel geen overleg plaatsvindt. Van der Zel constateert daarnaast dat de wettelijk verplichte onderwerpen (zoals hiervoor genoemd) slechts beperkt aan bod komen in het LEA-overleg. Het voorkomen van segregatie en het bevorderen van integratie komen vaak wel expliciet aan bod.¹² Ook

de voor- en vroegschoolse educatie staat meestal op de agenda. Niettemin komt Van der Zel ten aanzien van artikel 167a WPO tot de conclusie dat het artikel in de praktijk niet wordt nageleefd.¹³ De reden daarvoor is vermoedelijk dat gemeentebesturen druk bezig zijn met hun verplichtingen op grond van artikel 167 WPO.

2. Naar een Regionaal Educatieve Agenda

In steeds meer regio's komt de Regionaal Educatieve Agenda (REA) van de grond. Deze ontwikkeling is in het huidige tijdgewricht niet onlogisch. Gemeenten regionaliseren steeds meer taken door deze onder te brengen in gemeenschappelijke regelingen. De regionalisering van passend onderwijs en van de jeugdzorg past in deze trend. Op de Regionaal Educatieve Agenda staan daarnaast onderwerpen als: krimp, aansluiting po-vo en vmbo-mbo, aansluiting op de arbeidsmarkt, voortijdig schoolverlaten, zorg in het voortgezet onderwijs, jeugd(zorg)voorzieningen, leerlingenstromingen en onderwijsaanbod.

Er zijn overigens ook provincies die eigen onderwijsbeleid voeren onder de noemer Educatieve Agenda, zie bijvoorbeeld de Educatieve Agenda Limburg.¹⁴ De Onderwijsraad merkt daarover vilein op: 'Overigens valt op dat provincies zich weinig bewust lijken te zijn van de wettelijke taken die zij op onderwijsgebied hebben (...).'¹⁵ Met betrekking tot het primair onderwijs ontbreken deze taken nagenoeg;¹⁶ met betrekking tot het voortgezet onderwijs

9 Studulski 2017, p. 56.

10 In 2012 had negentig procent van de gemeenten een LEA-overleg. Zie: *De lokale educatieve jaaragenda 2011/2012*, rapport Utrecht, juni 2012, delokaleeducatieveagenda.nl, geraadpleegd februari 2019.

11 Onderwijsraad, *Decentraal onderwijsbeleid bij de tijd*, Den Haag, Onderwijsraad 2017, p. 23.

12 Van der Zel 2015, p. 45-46.

13 Van der Zel 2015, p. 48.

14 educatieveagendalimburg.nl, geraadpleegd februari 2019.

15 Onderwijsraad 2017, p. 16.

16 Het betreft dan echt ondergeschikte bevoegdheden, die in de praktijk niet of nauwelijks toepassing zullen vinden: artikel 52 WPO (disciplinaire maatregel leraar tevens gemeenteraadslid); artikel 110 WPO (besluit over geschil gemeente en schoolbestuur over einde gebruik schoolgebouw); artikel 147 WPO (administratief beroep overschrijdingsbedrag).

hebben zij wel de belangrijke verplichting om te zorgen voor voldoende openbaar onderwijs.¹⁷ Voor het overige heeft het provinciebestuur weinig taken en bevoegdheden ten aanzien van het voortgezet onderwijs.¹⁸

3. Grondwettelijke grenzen: de inhoud van de Lokaal Educatieve Agenda

Zoals gezegd onderzoekt deze bijdrage de verenigbaarheid van de Lokaal Educatieve Agenda met de onderwijsvrijheid van artikel 23 Grondwet, in het bijzonder de vrijheid van inrichting. Ik ga in deze paragraaf in op de inhoud, in de volgende paragraaf op de procedure van het Lokaal Educatief Overleg. Vanzelfsprekend geldt hetgeen ik in deze paragrafen behandel voornamelijk voor scholen van bijzonder onderwijs. Voor hen geldt immers de vrijheid van inrichting. Voor scholen op openbare grondslag geldt echter evenzeer dat zij, nu zij in de regel op afstand van het gemeentebestuur zijn geplaatst, vrijheid hebben om de school in te richten. Immers, de bevoegdheden van het gemeentebestuur ten aanzien van schoolbesturen van openbaar onderwijs, zijn tot een minimum uitgekleed.¹⁹ Ik spreek hieronder daarom niet van de inrichtingsvrijheid, maar van de autonomie van de school, omdat dit begrip ook van toepassing is op openbaar onderwijs.

Met betrekking tot de inhoud van de Lokaal Educatieve Agenda wordt vaak een drieslag gemaakt, gebaseerd op de verdeling van bevoegdheden tussen gemeentebestuur en schoolbestuur.²⁰ De onderwerpen van het LEA-overleg zijn dan ingedeeld in bevoegdheden van

het schoolbestuur, van het gemeentebestuur en, ten slotte, van beide besturen, de gezamenlijke bevoegdheden derhalve.

Tot de bevoegdheden van het gemeentebestuur, besproken in het LEA-overleg, behoren: leerplicht en schoolverzuim, leerlingenvervoer, huisvesting, de brede school en integrale kindcentra, startgroepen, harmonisatie van voor-schoolse voorzieningen, (jeugd)zorg, jeugdbeleid, de veiligheid rond de school en de opvang van minderjarige asielzoekers en nieuwkomers. Hier heeft de gemeente wettelijke verplichtingen, op grond van de WPO en op grond van andere formele wetten. Zij kan die slechts waarmaken met medewerking van de schoolbesturen. Het gemeentebestuur zal ter zake van deze onderwerpen beleid ontwikkelen, maar daarbij de autonomie van de scholen moeten respecteren.

Tot de bevoegdheden van het schoolbestuur, besproken in het LEA-overleg, behoren: opbrengstgericht werken, taalbeleid (inclusief leesbevordering), stimulering van de taalontwikkeling, professionalisering van docenten en management, passend onderwijs, de spreiding van zorgleerlingen, kwaliteitsimpuls van zwakke scholen, ouderbetrokkenheid, duurzaamheid, veiligheid in de school, gezonde voeding en levensstijl en cultuureducatie. Alhoewel ik mij kan voorstellen dat de gemeente hier een inbreng in wil hebben, meen ik dat zij daar terughoudend in moet zijn. De inhoud van de hier genoemde onderwerpen hoort tot de autonomie van de school. Wel kan de gemeente scholen voor bepaalde projecten subsidiëren en kan zij 'partner' zijn in cultuureducatie, maar daarna komen de grenzen van de autonomie van de school in zicht.

Dan zijn er ten slotte de door het gemeentebestuur en het schoolbestuur gedeelde bevoegdheden, zoals de voorschoolse en vroegschoolse educatie in meest brede zin, waaronder de kwaliteit zorg daarvan, de resultaatafspraken daarvoor enzovoort, de schakelklassen, zomer- en vakantiescholen, buitenschoolse opvang, de zorg in en om de school, opvang van jeugdigen,

17 Artikel 66 eerste lid WVO.

18 Overigens uitgezonderd de provincie Friesland voor wat betreft de Friese taal. Zie voornamelijk artikel 9 zesde lid WPO.

19 Uitgebreid hierover: J.L.W. Broeksteeg, 'Over de verbijzondering van het bestuur van openbare scholen', in: M. Laemers (red.), *De houdbaarheid van het duale bestel*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2017, p. 17-29.

20 Ik baseer mij op de Onderwijsraad 2017, p. 87.

schoolmaatschappelijk werk, reboundvoorzieningen (time-out), segregatie en integratie en sport en beweging. Daarvoor geldt, mijns inziens, dat gemeente- en schoolbesturen hun bevoegdheden scherp op het netvlies moeten hebben, zodat het gemeentebestuur niet (al dan niet bewust) in de autonomie van het schoolbestuur treedt.

Deze lijst van LEA-onderwerpen is daarmee aanzienlijk uitgebreider dan de wettelijk verplichte gespreksonderwerpen. Zelfs onderwijsinhoudelijke thema's komen aan bod. Ik gaf al aan dat dit in het licht van de autonomie van de school bedenkelijk is. Dat neemt niet weg dat scholen baat kunnen hebben bij afspraken met de gemeente. Zolang zij de beperking van hun autonomie vrijwillig accepteren én de gemaakte afspraken die deze autonomie beperken, ook weer kunnen opzeggen, lijkt het mij dat de autonomie uiteindelijk niet in het geding is. Van der Zel komt tot een soortgelijke conclusie. Zij neemt als voorbeeld de afstemming van inschrijvings- en toelatingsprocedures.²¹ Bijzondere scholen mogen een eigen toelatingsbeleid voeren. Geven zij nu hun autonomie op dit gebied op door het maken van afspraken met het gemeentebestuur? Volgens Van der Zel is dat het geval. Zij wijst daarbij op de afspraken die in Nijmegen zijn gemaakt over spreidingsbeleid. Omdat dit binnen het overleg op vrijwillige basis gebeurde, hebben de schoolbesturen hun autonomie gedeeltelijk opgegeven. Indien dat inderdaad op vrijwillige basis is gebeurd, lijkt mij de conclusie van Van der Zel correct. Dan is immers, bijvoorbeeld met betrekking tot bijzondere scholen, sprake van invulling van de vrijheid van inrichting op de wijze van de uitkomsten van het overleg. Om die reden zijn ook de procedures van de Lokaal Educatieve Agenda van belang: in hoeverre kan het gemeentebestuur afspraken afdwingen?

4. Grondwettelijke grenzen: de procedures van de Lokaal Educatieve Agenda

Het afdwingen van afspraken in de Lokaal Educatieve Agenda is mogelijk. Voor wat betreft de voor- en vroegschoolse educatie geldt artikel 168 WPO: indien niet binnen redelijke termijn met alle partijen afspraken daarover zijn gemaakt, kan het college de werkingssfeer van de gemaakte afspraken, voor zover noodzakelijk voor een samenhangend onderwijsachterstandenbeleid, uitbreiden naar de partijen waarmee geen afspraken zijn gemaakt. Deze partijen wilden misschien geen afspraken maken, of wellicht andere afspraken, maar worden dan gebonden door de afspraken die andere partijen met de gemeente hebben gemaakt. Artikel 167a WPO bepaalt ten aanzien van het onderwijsachterstandenbeleid, dat het college de uitkomsten van het overleg kan omzetten in bindende afspraken. Het college kan, als dat nog niet tot resultaat leidt, een nieuw overleg uitschrijven, waarbij het initiatieven neemt tot het bereiken van een zo groot mogelijke consensus. Van vrijwillige afspraken is dan geen sprake meer.

Hetzelfde geldt indien schoolbesturen worden 'overstemd' in het lokaal overleg. De artikelen 167 en 167a WPO maken immers niet duidelijk op welke wijze overeenstemming moet worden bereikt. Zoontjens gaat voor deze procedure uit van unanieme overeenstemming, hetgeen mij in het licht van de onderwijsvrijheid logisch voorkomt.²² Hoewel consensus inderdaad voor de hand lijkt te liggen, sluiten de bepalingen besluitvorming bij meerderheid niet uit. Dat betekent dat het overleg bindende afspraken kan maken, tegen de opvatting van een minderheid in. Theoretisch is het zelfs mogelijk dat het college van burgemeester en wethouders deze minderheid is. Dat is echter moeilijk voorstel-

21 Van der Zel 2015, p. 43.

22 P.J.J. Zoontjens, 'Nieuwe contouren van onderwijsachterstandenbeleid', *School en Wet* 2007/4, p. 9.

baar, omdat het college de plicht heeft om tot de bindende afspraken te komen.²³

Ten slotte is er de geschillencommissie, niet alleen op grond van artikel 167a WPO, maar ook op grond van artikel 18a WPO en artikel 2.2 Jeugdwet, die bindend advies kan geven.²⁴ Ook met betrekking tot deze bindende adviezen geldt dat zij moeilijk verenigbaar zijn met de autonomie van de scholen. Daarbij ga ik ervan uit dat alle partijen van het lokaal overleg zijn gebonden aan het bindend advies en niet alleen het schoolbestuur dat de geschillencommissie heeft ingeroepen. Immers, de afspraken die ter discussie staan bij het overleg gelden voor alle partijen, het bindend advies heeft daarom ook gevolgen voor alle partijen. Dat betekent dat het bindend advies van de geschillencommissie tegen de zin van één of meer schoolbesturen kan zijn en daarmee de inrichtingsvrijheid van deze besturen beperkt.

Bij het voorgaande moet ik een belangrijke relativerende opmerking maken. Artikel 167 en 167a WPO, alsmede artikel 18a WPO en artikel 2.2 Jeugdwet betreffen slechts enkele onderwerpen van de Lokaal Educatieve Agenda, die, zoals hiervoor aan bod kwam, veel breder is dan alleen deze onderwerpen. Ten aanzien van alle andere onderwerpen geldt daarom dat afspraken alleen gebaseerd kunnen zijn op vrijwilligheid, dat de afspraken dientengevolge op consensus moeten berusten en dat schoolbesturen de afspraken, al dan niet volgens een afgesproken procedure, moeten kunnen opzeggen. Gemeentebesturen die afspraken trachten af te dwingen en daarmee buiten hun bevoegdheid reiken, gaan dus te ver. En hetzelfde geldt voor de wetgever, die de doorzettingsmacht van het gemeentebestuur niet zo vergaand mocht regelen.

Het onderwijsrecht lijkt soms een vakgebied in de verdrukking. Hoewel het voor de rechtspraak grote betekenis heeft, is deze discipline op

de universiteiten slechts beperkt vertegenwoordigd. Gelukkig kent het onderwijsrecht grote wetenschappers die zichtbaar zijn in het wetenschappelijke en maatschappelijke debat, met Paul Zoontjens als de primus inter pares. Zoals Paul weet, besteed ik veel aandacht aan het gemeenterecht. Ook dat is een vakgebied dat voor de rechtspraak weliswaar zeer relevant is, maar dat in de wetenschap weinig aandacht krijgt. In deze bijdrage heb ik geprobeerd de beide vakgebieden met elkaar te verknopen, in de hoop dat beide disciplines de wetenschappelijke aandacht krijgen die zij verdienen.

Over de auteur

Mr. J.L.W. Broeksteeg

Universitair hoofddocent staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Toekomstscenario's voor Recht en Beleid

Omtrent de ondraaglijke 'traagheid der dingen'

Jan De Groof

I am (...) not an advocate for frequent (...) changes in laws and constitutions.... But (...) laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths disclosed, and manners and opinions change with the change of circumstances, institutions must advance also, and keep pace with the times.¹

23 Van der Zel 2015, p. 43.

24 Volgens Van der Zel is de geschillencommissie nooit ingesteld: Van der Zel 2015, p. 44.

1 T. Jefferson, 'Letter to Samuel Kercheval, Monticello', 12 July 1816, in: M.D. Peterson (ed.), *Thomas Jefferson. Writings*, New York, Literary Classics of the United States, 1984, p. 1401.

1. Inleiding

Onderwijsrecht als vakgebied kan bestempeld worden als een der meest complexe én dynamische domeinen in de sociale wetenschappen, de klassieke indelingen van wetenschapsgebieden overschrijdend. Na enkele omzwervingen in zijn zoektocht naar een ‘nadere terreinaanduiding’, besloot Drop, toen reeds, dat het onderwijsrecht ‘zijn vorm nog moet vinden.’² Dit blijft zijn bestendige opdracht, temeer daar de complexiteit van de samenleving, van het recht en van de rechten van de burger – na weldra een halve eeuw (publicatie van zijn ‘*Algemene Inleiding*’) – enkel drastisch zal toenemen. Meer nog: vanuit een *meer gelaagdheid* van zorg en bestuur behoeft het onderwijsrecht bestendig een nieuwe articulatie en verfijning.

Daarbij is het zaak om te vermijden dat rechtsleer en regelgeving elkaar negeren doch onderling de dialoog onderhouden, in het respect van het recht, van de aanspraken van behoorlijk beleid, van het evenwicht voor de onderlinge rechten der onderwijsbetrokkenen en van het belang van de gedegen reflectie.

Meer nog: ‘Beleid en Recht’, de beide weerszijden van eenzelfde maatschappelijke opdracht, dienen hun intrinsieke samenhang na te streven: ‘*Governments must be sensitive to the fact that the goals will not be achieved simply by changing legislation.*’³ Dit alles maakt dat de onderwijsjurist niet noodzakelijkerwijze de meest populaire maar wel een der meest onontbeerlijke *professionals* wordt in de vormgeving van het toekomstige maatschappijbestel.

2. Recht op onderwijs als de ‘moeder van alle duurzaamheidsdoelen’

Onderwijsjuristen behoren aandacht te besteden aan de *Sustainable Development Goals*

2 H. Drop, *Algemene inleiding Onderwijsrecht*, Zwolle, 1985, p. 18.

3 Bergen, 19-20 May 2005, *Trends IV: European Universities Implementing Bologna*.

(SDG’s), goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de UN.⁴ Zij gelden als opvolger van de ‘*Millennium Goals*’, waarvan het vrijblijvend karakter het zwak resultaat van het programma ‘*Education for All*’ (EFA) en van de zogenoemde ‘*Dakar Declaration*’ verklaarde.

Alle aandacht gaat naar *SDG4*: ‘Verzeker gelijke toegang tot kwaliteitsvol onderwijs en bevorder levenslang leren voor iedereen’, en de ‘beginsele’ en ‘tools’ die het beginsel articuleren en (verhopen te) sanctioneren. Goal 17 en het monitoringssysteem moet de invoering van de SDG’s onderscheiden van de vorige generatie algemene ontwikkelingsdoelen. Doel 16 focust onder meer op de ‘*Rule of Law*’. Maar ook vervulling van de andere duurzaamheidsdoelen komt in het vizier *door middel van* onderwijs. Slechts schoorvoetend is de impact en voorwaardelijke doorwerking erkend van het recht op onderwijs op de implementatie van een trits andere doelen, ofschoon internationale rapporten zich verspreid opstellen.⁵

De prominente plaats die het recht op onderwijs opeist in de hiërarchie van rechten en vrijheden strookt met de specifieke en vrij unieke juridische kwalificatie van het recht (op onderwijs) onder de rechten en vrijheden.⁶ Anderzijds dateren de meeste internationale rechts-

4 De zeventien *Sustainable Development Goals (SDG’s)* van de *Agenda 2030 voor duurzame ontwikkeling* aangenomen door wereldleiders tijdens een historische VN-top op het UN-hoofdkwartier in New York van 25-27 september 2015. *Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1*, 21 October 2015.

5 K. Vladimirova & D. Le Blanc, ‘How well are the links between education and other sustainable development goals covered in UN flagship reports? A contribution to the study of the science-policy interface on education in the UN system’, *DESA Working paper*, no. 146, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, October 2015; Education and the SDG’s, *Educate a Child – Occasional Paper # 2*, 2016.

6 J. De Groof, ‘Let us not be afraid. Let us be ambitious’, in: J. De Groof, G. Lauwers & K. Singh, *The Right to Edu-*

normen inzake onderwijs van zowat vijftig jaar geleden, het *Verdrag voor de Rechten van het Kind*⁷ uitgezonderd. Het herschrijven van de overigens verspreide internationale voorschriften, evenals de geldende commentaren dient bovenaan de toekomstagenda te prijken.⁸

Ofschoon binnen het instrumentarium van de SDG's expliciet aandacht besteed wordt aan het implementatieschema, stellen we vast dat de *juridische* dimensie ontbreekt. Nochtans blijkt uit internationaal vergelijkend onderzoek dat relevante en geschikte onderwijswetgeving een onontbeerlijke schakel is bij de vervulling van het recht op onderwijs.

De geloofwaardigheid van een gans onderwijsbestel staat of valt met het ontwerpen, uitvoeren en afdwingen van onderwijswetten.

De doorwerking van onderwijsrechten geschiedt eveneens vanuit het kader van het internationaal onderwijsrecht.⁹ En zodoende staat – op termijn – ook de geloofwaardigheid van de rechtsstaat op de helling, gezien de verwevenheid van recht op onderwijs met (zowat) alle andere rechten en vrijheden.

Er is dus een stringente reden voorhanden om het juridisch luik toe te voegen aan de monitoring van SDG4, in het verlengde van wat onderwijsjuristen met terechte verbetering (behoren te) stellen, met name dat SDG4 als het ware de 'moeder' is van alle andere duurzaamheidsdoelen.

cation and Rights in Education, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2006, p. 151-176.

7 In het bijzonder de artikelen 23, 24, 28, 29, 32, 33, 40.

8 Onder meer General comments: CRC *General Comment* 1: The Aims of Education; CESCR *General Comment* 11: Plans of Action for Primary Education; CESCR *General Comment* 13: The Right to Education; CRPDC *General Comment* No. 4 on the right to inclusive education.

9 J. De Groof, 'On the Implementation and Justiciability of the Right to Education', in: A. Raffaeiner (ed.), *Stets den Idealen der Rechtsstaatlichkeit treu geblieben – Festschrift für Peter Pernthaler zum 80. Geburtstag*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2015, p. 67-84.

3. De enige zekerheid: de volkomen onzekerheid over het toekomstig onderwijsbestel – edoch: relatieve zekerheid over de prangende onderwijsprioriteiten

Wat een paradox: er bestaat zekerheid over de toekomstagenda voor het onderwijsrecht en -beleid, ofschoon de leeromgeving hoogst onzeker zal blijken. In de kern dringt, telkens opnieuw, zich de vertaling op van 'Vrijheid, Gelijkheid en Recht' naar de continue wijzigende context, zowel in hoofde van de Wetgever als van de Rechter.¹⁰ Herijken, weliswaar zonder de wil van de Constituanten te verloochenen. 'Nova et Vetera'. Zeker in een tijd waarin de toekomst gekenmerkt wordt door een term die in de US opgang maakte, met name 'VUCA', vergt deze agenda een 'loyaal én kritische' interpretatie. 'VUCA' staat dan voor: 'volatile, uncertain, complex and ambiguous'. De toekomst is volatiel, onzeker, complex en ambigu. De enige constante is de verandering, die voortdurend versnelt. Een batterij aan internationale onderzoeken doet de echo weergalmen van deze evidentie. Bijvoorbeeld: meer dan zeventig procent van de kinderen die zich nu in het voorschools onderwijs inschrijven zullen – hopelijk – een job uitoefenen, maar een job die nu nog niet bestaat, de technologie onder de knie krijgen waarvan men nu nog geen hoogte heeft, om problemen te ontrafelen die vooralsnog ongekend zijn. Negentig procent van de jobs in de toekomst vereisen digitale *skills*, en zowat de helft van de Europese burgers tussen 16 en 64 jaar beschikt daar niet over.

Zulks vergt een ontleding van onderwijsdoelen en pedagogiek. Sterker dan in het huidige regime, komt de klemtoon op creatief en kritisch leren¹¹

10 Naar aanleiding van twintig jaar *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid* publiceerde TORB een bijzonder volumineus nummer met als algemeen thema: 'Recht op en Rechten in het Onderwijs onder de Hoede van de Rechter', 2006-2007, nr. 2-3-4, p. 99-539.

11 Bijvoorbeeld N. Davidson, *The New Education: How to Revolutionize the University to Prepare Students for a*

eerder dan op de accumulatie van kennis. De betekenis van de informatie ontrafelen, de *essentialia* te onderscheiden, de veelvuldigheid aan informatie te integreren in een samenhangende visie op mens en samenleving; zulks wordt de opgave, zo verschillend van het verleden.¹²

Kritische reviews, internationaal of op Europees niveau, wijzen, keer op keer, op de zwakheden in onderwijsbeleid: (1) het lage niveau aan kennis van wetenschappen en wiskunde bij een te groot segment van jongeren; (2) de behoefte aan gelijke onderwijskansen; (3) de zich wijzigende kerncompetenties; (4) talenkennis; (5) te geringe keuze voor STEM-richtingen; (6) de lerarenopleiding, enzovoort.

Althans voor Vlaanderen kun je er als onontkoombare problemen nog gerust aan toevoegen (1) inclusief onderwijs; (2) integratie en interculturaliteit; (3) vroegtijdige schoolverlaters. Haast nergens is afkomst zo'n goede voorspeller voor de schoolcarrière. Laaggeschoolde gezinnen leveren slechts 5,75 procent van de studenten maar maken achttien procent uit van de bevolking. De kans dat een kind van hoogopgeleide ouders ook zélf hoogopgeleid wordt, is in Vlaanderen driemaal groter dan de kans dat een kind van laagopgeleide ouders een hoger-onderwijsdiploma behaalt. In Nederland blijkt die kans slechts twee keer groter. De democratisering in België kende een stroomversnelling in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw, maar kent sinds twintig jaar een terugval.

Volgens de internationale comparatieve indicatoren, scoort Nederland meer dan behoorlijk: binnen de top tien (op 140 landen) inzake kwaliteit van onderwijs en nog beter wat wetenschappelijk hoger onderwijs betreft en de verwevenheid van universiteit met de private sector, althans volgens het Rapport 2016-

2017.¹³ Het Rapport 2018 legt een nog betere 'prestatie' neer, al zou best een kritische toets gehanteerd worden ten aanzien van de conclusie: '*A final contributing factor to the country's openness comes in terms of the mindset fostered among students. The quality of education offered is very high (84,5, 6th) and, evidently, encourages critical thinking, where the Netherlands ranks 7th globally (70,9).*'¹⁴ 'Rankings' behoren inderdaad argwanend te worden gelezen, stellig vanuit het gebezigd denkkader en de gehanteerde vergelijkende parameters.

Education at a Glance focust eveneens op de betere kenmerken¹⁵ evenals de *Adult Learning Statistics*.¹⁶ Twintig jaar *TIMSS* (exacte vakken in het basisonderwijs) wijst er daarentegen op dat de internationale positie 'aanmerkelijk verslechterd' is¹⁷ en dat geldt ook voor *PIRLS* (leesvaardigheid).¹⁸ Resultaten van *PISA-2015* (natuurwetenschappen, leesvaardigheid en wiskunde) stipuleerden: 'De tijd zal leren of deze neerwaartse trend een incidenteel karak-

World in Flux, New York, 2017.

12 Historisch perspectief bijvoorbeeld bij Y.N. Harari, *21 Lessons for the 21st Century*, Vintage Publishing, 2018, Hoofdstuk 'Education'.

13 K. Schwab (ed.), *Global Competitiveness Report*, Geneva: World Economic Forum, 2016-2017, p. 26 en p. 276 e.v.

14 K. Schwab (ed.), *Global Competitiveness Report*, Geneva, World Economic Forum, 2018, p. 29 en 423 e.v.

15 *Education at a Glance 2018*, <http://gpseducation.oecd.org/Content/EAGCountryNotes/NLD.pdf>

16 Beduidend beter dan België en ('zelfs') Vlaanderen: *Adult learning statistics – characteristics of education and training*, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Adult_learning_statistics_-_characteristics_of_education_and_training

17 Zie M. Meelissen & A. Punter, *Twintig jaar TIMSS. Ontwikkelingen in leerlingprestaties in de exacte vakken in het basisonderwijs 1995-2015*, Universiteit Twente, 2016. <https://ris.utwente.nl/ws/portalfiles/portal/5136442/Twintig+jaar+TIMSS+23-11-2016.pdf>

18 J. Gubbels, A. Netten & L. Verhoeven, *Vijftien jaar leesprestaties in Nederland. PIRLS-2016*, Nijmegen, Expertisecentrum Nederlands, Radboud Universiteit, Behavioural Science Institute, 2017. <https://zoek.officieelbekendmakingen.nl/blg-825780.pdf>

ter heeft dan wel zich structureel doorzet in de periode na 2015.¹⁹

Onderwijsbeleid wordt dus gevat door een ‘*sence of urgency*’ voor kwaliteitszorg op een moment waar het bestel zelf bevroegd wordt.

4. ‘Innovating Education – Educating for innovation

‘*Sustainability, lifelong learning, inclusive education, diversity, innovation*’ bepalen mede het toekomstbeeld. Over de prangende nood aan structurele hervormingen bestaat eensgezindheid. Hieronder ressorteert alvast de investering in het levenslang leren en de ruimte voor innovatie, mede door digitalisering en (onderwijs) technologie.

Men beseft nauwelijks de nakende transformatie van het bestaand onderwijsconcept als gevolg van de onvermijdelijke ‘*personalised learning environment*’. Deze zal een ware schokgolf veroorzaken, zowel wat leerprocessen en -concepten als wat de organisatie betreft. De kritiek luidt dat de kloof tussen curriculum en *learning outcomes* te groot is en dat het curriculum daarenboven overgedetailleerd is. Studenten kunnen dan eerder begeleid worden in het ontwikkelen van het eigen leerproces. Studenten zullen niet meer opteren voor een traditioneel traject van de bestaande wetenschappelijke disciplines maar eerder voor het thematisch studieprofiel: gezondheid, mobiliteit, wonen, zorg, cultuur, internationaal burgerschap, aeronautics, materialen...²⁰

Studenten zullen daarenboven hun eigen ritme bepalen en zich aandienen voor een kwaliteits-toets als ze voortgang maakten en formele *credits* willen behalen. Het aandeel van deeltijdse studenten zal drastisch verhogen en program-

ma’s worden in hoofdzaak nog modulair samengesteld. Zo zullen ze doen, *levenslang*. Bedrijven, hospitals, laboratoria van ondernemingen zullen de klassieke campus aanvullen en een partnerschap met het hoger onderwijs aangaan. Hoe dan ook wordt de mededinging in het onderwijs een onontkoombaar gegeven: de onderwijsinstelling verliest verder haar monopolie.²¹

Dit alles werpt boeiende juridische vragen op, niet enkel naar de toepassing van het economisch recht op onderwijs maar alvast ook naar de gevolgen van ‘multimediale onderwijsverstrekkers’, bijvoorbeeld inzake accreditatie en kwaliteitszorg, mobiliteit, leerlingen- en studentenrechten, privacy en auteursrecht.

Enkel de innoverende²² en flexibele onderwijsverstrekkers maken kans te overleven.

De impact die digitalisering, ICT, *blended learning* en afstandsonderwijs zullen uitoefenen op het toekomstig onderwijsbestel vergt als het ware een ‘actieplan’.²³ Onderwijs moet kunnen bogen op de betrokkenheid van de ‘innovatieve industrie’ als bron voor verbetering van kwaliteit en onderwijskansen, efficiëntie en effectiviteit, onderwijsresultaten en ontwikkeling.

Het gaat in beide richtingen: ‘*Innovating Education*’ én ‘*Educating for Innovation*’.²⁴ Onderwijsbesturen zullen erop afgerekend worden en het is belangrijk dat zij daarop inzoomen voor een 2020-perspectief. 2030 is te laat... De overheid dient daartoe wettelijke kaders te creëren, op elk

19 Resultaten PISA-2015 in vogelvlucht. Praktische kennis en vaardigheden van 15-jarigen, CITO, Arnhem, 2016, p. 6.

20 B. van der Zwaan, *Haalt de universiteit 2040? Een Europees perspectief op wereldwijde kansen en bedreigingen*, Amsterdam University Press, 2016.

21 Commerciële onderwijsverstrekkers verkopen nu reeds SPOOCS (‘special open online courses’).

22 Vergelijk J. De Groof, ‘On the “Innovative University”. A few Challenging Reflections’, in: *European Review*, 2018, Vol. 26, nr. 1, p. 114-123.

23 Zie COM(2018) 22 final, 17.1.2018.

24 Vergelijk de onderwijs-juridische dimensie in de G-STIC (*Global Sustainable Technology & Innovation Conference*), zie <https://2018.gstic.org/themes/education/programme/education-rights>.

onderwijsniveau en mits ruimte voor autonoom initiatief.²⁵

5. Hoe het onderwijs te 'regelen', en te besturen?

De vraag naar een 'bijtijds' regelgevingstechniek in onderwijs ontsnapt niet aan de omwenteling waar het onderwijsbestel zich voor geplaatst weet. De verleiding bestaat dat steeds nieuwe wijzigingen aan de alsmareeds gewijzigde wetgeving de regel blijft ... *'L' erreur sur le caractère dynamique du droit vient de la succession rapide des lois.'*²⁶

Voorheen beijerden Nederlandstalige onderwijsjuristen uit Noord en Zuid zich reeds om concepten voor te stellen die kern- of kaderbepalingen veiligstellen maar tevens de ruimte laten aan het dynamisme van de onderwijsinstellingen en hun partners.²⁷ Het terugdringen van de regeldrift van overheidswege gaat dan gepaard met een nieuwe generatie aan 'raamwetgeving' enerzijds en met een houding van 'trust' ten aanzien van de lokale onderwijsgemeenschap anderzijds. De naleving van *'Beginselen van Goed Bestuur'* kan daartoe een bijdrage leveren, met inbegrip van het *'comply or*

explain'-patroon.²⁸ Vertrouwen moet je echter 'verdienen' en verantwoording dient blijvend afgelegd ten aanzien van bekostiging en erkenning van het civiel effect van diploma's.

Traditionele verhoudingen tussen overheidsgezag en onderwijsverantwoordelijken kunnen evenwel wankelen en vergen een beduidend hogere autonomie van de onderwijsinrichters en -gebruikers. De deugdelijkheid van de onderwijswetgeving dient (ook) daarop geëvalueerd te worden en het verdient aanbeveling indien de onderwijsjuristen uitgedaagd worden om een model voor een monitoring van wetsevaluatie uit te werken.²⁹

Ook traditionele onderwijsstructuren zullen in vraag worden gesteld. Hoeft bijvoorbeeld het wantrouwen ten aanzien van thuisonderwijs gehandhaafd, nu de meeste Europese Lidstaten voorschriften uitvaardigen die kond doen aan wederzijdse verplichtingen (overheid versus ouders en kinderen). Monopolies dienen steeds bekampt, dus ook van één concept, met name onderwijsverstrekking door 'instellingen'. *In casu* een 'schoolplicht' versus de 'leerplicht'.³⁰ Leerdoelen kunnen op alternatieve wijze worden bereikt en de overheid kan ruimte laten aan een waaier aan initiatieven.

25 Bijvoorbeeld: *'One aspect of the context of the innovative university should be clear: it should not be left to the state (...). Equally clear is that it should not be left to the existing academic community (...). Yet, the "market" is only attractive if it is well regulated.'*; in: J. Ritzen, *A Chance for European Universities*, Amsterdam, 2010, p. 169.

26 G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Parijs, 1955, p. 133.

27 Zie de *Preadviezen* van Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht <https://nvor.nl/leden/activiteiten/publicaties/preadviezen/>. Zie ook het bijzonder nummer van *TORB: 50 jaar Schoolpactwet, Onderwijscontentieux*, 2009-2010, nr. 1-2; J. De Groof, 'Onderwijs en regelgeving: Enkele notities', Lezing in de Commissie 'Onderwijs' van de Vlaamse Raad op 22 januari 1997, *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, 1996-1997, nr. 4, p. 201-208.

28 Vergelijk wat hoger onderwijs betreft mijn *Beginselen van goed bestuur voor universiteiten, hogescholen en wetenschappelijke instellingen in de Vlaamse gemeenschap, Proeve van aanbevelingen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, p. 116.

29 Zie mijn Rapport als 'Chargé de Mission to Unesco for the Right to Education' aan de DG van UNESCO, *Fulfilling the Right to Education*, Parijs, 2010, p. 33-58.

30 Ook het recente arrest van het EHRM, dat de ban in Duitsland van thuisonderwijs bevestigt, in naam van de *'margin of appreciation'*. Met name het arrest *Wunderlich v. Germany* van 10 januari 2019, is weerom niet overtuigend: geldt het argument van de *'parallel societies'* in elk dossier en kan sociale vorming niet bereikt worden via alternatieven (dan louter schoolbezoek)?

6. Hoe 'nationaal' is het onderwijsbeleid nog en hoe reëel is de Europese dimensie? Wijzigende patronen. Het primaat van de 'multilevel governance'

Nu reeds is van een louter nationaal onderwijsbeleid geen sprake meer gezien de doorwerking van *hard* en *soft law*. Het communautair recht zal nog meer indringend doorwerken, in het bijzonder inzake non-discriminatie en mobiliteit, hoe kritisch de rechtspraak van het EHJ ook beoordeeld wordt.³¹ Natuurlijk behoudt elke Staat zijn verantwoordelijkheid, onderrichten de scholen nationale geschiedenis, aardrijkskunde, talen, cultuur, ..., en blijven zij het belangrijkste draagvlak voor socialisatie. Geschiedenis en context van elk land beïnvloeden recht en beleid wezenlijk. Anderzijds mag opgeworpen worden dat de 'Europese dimensie' ook naar de toekomst verder diepgang zal verwerven, bijvoorbeeld inzake kerncompetenties, digitale vaardigheden, de opdracht om 'gemeenschappelijke waarden te bevorderen' (na de Sociale Top van Göteborg³²) alsook het burgerschap en de naleving van rechten en vrijheden.³³ Wat staat inmiddels vast: de natiestaten falen op vele punten inzake de vervulling van onderwijsrechten. De onderlinge verschillen binnen de EU blijken immens, bijvoorbeeld inzake leerprestaties, drop-out, levenslang leren, ... Hoe kan men gewagen van een 'Unie' of een 'Gemeen-

schap' met dergelijke ongelijkheden en ongerijmdheden?

Er is behoefte aan een nieuwe adem, niet enkel voor het 'Bologna proces' overigens. De convergentie- en coherentieverplichting vergt een andere interpretatie van de gangbare bevoegdheidsverdeling. De regel van de *subsidiariteit* kan zich weerom doen gelden: de Europese dimensie dient zich af te dwingen. 'Soft law' volstaat daartoe niet meer.

Indien men de – juridische – voorrang van de Europese kernnormen van non-discriminatie, mobiliteit en van de onderlinge *trust* (op basis van bewezen kwaliteit) wenst te respecteren lijkt een herdenken van de beperking aan Europese regelgeving onafwendbaar.

Het in het vooruitzicht gestelde 'Sorbonne proces' inzake erkenning van studiebewijzen voor het niet hoger onderwijs op EU-niveau,³⁴ maar ook het 'Europees constitutioneel onderwijsrecht' geïnspireerd door het EHRM en bijvoorbeeld de twintig '*competences for democratic culture*', ...,³⁵ nopen tot een andere invulling van de louter nationale soevereiniteitsregel. Een andere lezing van artikel 165 en 166 van het Europees Verdrag kan leiden tot een *Kader Richtlijn* of tot het bedenken van andere legislatieve technieken, indien de in het vooruitzicht gestelde voorrang voor onderwijs voor de toekomst van Europa en zijn internationale competitiviteitspositie geen ordinaire '*lip service*' wil blijven.

Opdat de publieke opinie weerom vrede kan nemen met de Europese 'Unie' en de Europese roeping van elke lidstaat dienen verder initiatieven ontwikkeld die concrete resultaten opleveren en een voedingsbodem bieden voor verdieping van de Europese idee, allicht meer dan verbreding.

31 J. De Groof & F. Comandé, 'Juridification, judicialisation and judicial activism in higher education: views from the CJEU', in: C. Sin, O. Tavares, S. Cardoso & M. Rosa (eds.), *European Higher Education and the Internal Market – Tensions between European Policy and National Sovereignty*, Palgrave MacMillan, 2018, p. 73-126.

32 Europese Commissie, *Nieuwe maatregelen ter bevordering van kerncompetenties, digitale vaardigheden en de Europese dimensie van het onderwijs*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-102_nl.pdf

33 Goed voorbeeld zijn de *Competences for Democratic Culture – Living together as equals in culturally diverse democratic societies*, bewerkstelligd door EU en Raad van Europa in maart 2016.

34 https://ec.europa.eu/commission/news/towards-european-education-area-2025-2017-nov-14_en.

35 Council of Europe, *Competences for Democratic Culture – Living together as equals in culturally diverse democratic societies*, 2016.

In dat geval grijpen de staatsleiders best terug naar de uitspraak van de *Founding Fathers* – alvast Jean Monnet – die na een zekere tijd verzuchtten: ‘Als we de Gemeenschap opnieuw zouden ontwerpen, we zouden niet meer starten met Kolen en Staal, maar met Onderwijs’: ‘*Si c’était à refaire, il faudrait commencer par l’enseignement*’. De meningen lopen uiteen of nu wel ‘cultuur’ dan wel ‘onderwijs’ bedoeld was, maar er zijn gegronde redenen voorhanden dat de stichters wel degelijk ‘onderwijs’ op het oog hadden.³⁶ ‘Onderwijs’ blijft hoge ogen scoren in de *Eurobarometer*, uitgesproken het meest prominent in Nederland.³⁷

De relevantie van Europa voor de jongere generaties weerspiegelt meteen ook een prioriteit, met name investeer in Onderwijs en Opleiding, Onderzoek en Innovatie, Kunst en Cultuur, zowel op nationaal als op communautair vlak.³⁸

Ik kom op voor de aanspraak op een *Erasmus ‘Dubbel Plus’*, met name een sterk verhoogd percentage van studenten (*sensu lato*) en docenten die een internationale ervaring, veelal binnen Europa, opzoeken.³⁹ Deze strategie

dient ontwikkeld complementair te zijn aan een ingrijpende en inhoudelijke toets van nationale onderwijssystemen op hun ‘*Europese dimensie*’. Een significante verbreding en verdieping – na de dertigste verjaardag van de Erasmusprogramma’s – zal de internationale belangstelling van leerlingen en studenten ook effectief ter harte nemen en in zekere mate de bodem leggen voor een doorstart van de Unie door middel van de doorwerking van het (Europees geïnspireerd) onderwijs.

Tezelfdertijd zou aandacht kunnen gehecht worden aan enkele andere ‘werven’ voor een Europese aanpak, met name (1) de regionale verankering van Europa, (2) de verankering van transnationale samenwerkingsverbanden, (3) de solide bijdrage van *civil society* in een levende democratie.

In zijn ‘*Pacificatielezing*’ 2016,⁴⁰ Gent, schetste prof. Wim van de Donk enkele boeiende beleidslijnen: ‘... het met elkaar verzoenen van een sterk lokaal en regionaal bewustzijn, en het kunnen opereren in een steeds meer mondiale economische orde, waarin territorio, zeggingskracht en rechten. (...) Een sterk en decentraal georiënteerd netwerk van regio’s en steden draagt feitelijk meer dan nationale economieën onze welvaart en ontwikkeling, en verdient volgens velen een meer prominente positie in de “governance” van Europa.’⁴¹

De regionale draagvlakken werken ook door op onderwijsvlak.⁴² Transnationale initiatieven,

36 Mijn goede collega aan het Europacollege te Brugge, wijlen Prof. Robert Picht (‘Die “Kulturkompetenz” durchbrechen’, *EA* 1987, p. 279) betoogde dat eenzelfde uitspraak opgemerkt werd met betrekking tot cultuur, aldus dr. Machteld Verbruggen in voetnoot 1 van haar proefschrift *Tussen subsidiariteit en harmonisatie. Een onderzoek naar de instrumenten voor het voeren van een Europees onderwijsbeleid*, KU Leuven, 2001, p. 13.

37 *Standard Eurobarometer 88 – Public Opinion in the European Union*, November 2017, p. T26.

38 De Europese aanhankelijkheid, ook van de Nederlandse studenten, blijft hoog, ofschoon er merkbaar verschil bespeurd wordt tussen het ‘Europees gevoelen’ en ‘zich lid weten van de EU’: ‘Young People’s Perceptions of Europe in a Time of Change’, IEA, *ICCS Study 2016*, 2017, p. 10.

39 Zonder blind te zijn voor de mankementen van het Erasmusprogramma. Erasmus+ dekt voor 2015 een totaal van € 2.080.612.050 aan ‘EU commitments’ (Annex I, Erasmus+ Programme, Annual Report 2015, Statistical Annex, p. 3. <https://ec.europa.eu/program->

[mes/erasmusplus/sites/erasmusplus/files/erasmusplus-annual-report-2015-annex-1_en.pdf](https://ec.europa.eu/program-)) met 1,4 miljoen deelnemers en 69.000 betrokkenorganisaties.

40 33e Pacificatielezing gehouden in de Pacificatiezaal van het stadhuis in Gent door Wim van de Donk, *Patronen van Pacificatie: Aanmoedigende aantekeningen bij een aarzelend Europa*, 12 november 2016.

41 W. van de Donk, *Patronen van Pacificatie: Aanmoedigende aantekeningen bij een aarzelend Europa*, p. 27.

42 J. De Groof, ‘Thoughts on Autonomy in Policy and Law within the European Higher Education Space’, in: L. Bekemans (ed.), *Intercultural Dialogue and Multi-*

bijvoorbeeld inzake interuniversitaire samenwerking, blijven onbekend en onbemand.⁴³ Het beroep op ‘dragers van onderwijs’,⁴⁴ en de pluri-formiteit aan erkende onderwijsinrichters in de meeste landen van de Europese Unie (en ver daarbuiten) houdt een beweging in van ‘gemeenschappelijke verantwoordelijkheid’ en *ownership* welke funderend blijken of blijven voor een democratische samenleving. De vraag zal zich meer prangend opwerpen hoe de civiele maatschappij medeverantwoordelijkheid opneemt en hoe de diversiteit in de samenleving ook – natuurlijkerwijze – zijn weerslag kent op intern en extern pluralisme van het onderwijsbestel.⁴⁵ In bepaalde landen geldt daarentegen nog steeds een centralistisch en monopolistisch geïnspireerd onderwijsbeleid.

Het verdient aanbeveling dat rondom dergelijke aanspraken een maatschappelijke consensus wordt gezocht, onder jeugdig leiderschap weliswaar. Een hernieuwde invulling van het begrip ‘*subsidiariteit*’ als het ware. Europese mobiliteit en (bewezen) *trust* in elkaars onderwijsbestel, regionale en transnationale structurering van onderwijsverbanden en een beroep op het middenveld behoren tot de gemeenschappelijke *European Constitutional Principles*.

Het kan tevens verwacht worden dat, zoals ook de patronen van ‘privaat *versus* openbaar’ en van ‘*profit vs. non profit*’ achterhaald zijn, traditionele grenzen in de actieradius van de lokale, de

regionale, de nationale en internationale dimensie zullen schuiven. Transnationale patronen dienen zich aan. Spijts de veelvuldige mankementen en de behoefte aan een grondige evaluatie, kan het concept van een NVAO als ‘model’ gelden. Naar aanleiding van de screening van de werkzaamheid van de transnationale Universiteit Limburg,⁴⁶ werd de mogelijkheid geopend van de toepasbaarheid van een ‘*European Grouping of Territorial Cooperation*’ (EGTC).⁴⁷ Regelgeving, beleid en bestuur zal gekenmerkt worden door een meer gelaagdheid,⁴⁸ wat weerom een andere kijk vergt op regelgeving.

7. Het Vlaams-Nederlands draagvlak

Meermaals werd de opportuniteit van een gemeenschappelijk Vlaams-Nederlands initiatief aangehaald in het domein van onderwijs en wetenschap. Ik pleitte voorheen voor één *Gemeenschappelijke Wetenschaps- en Hoger Onderwijsruimte*.⁴⁹ Van zodra de kwaliteitszorg

level Governance in Europe, A Human Rights Based Approach, Brussels, Peter Lang, 2012, p. 81-140.

43 J. De Groof, ‘On Transnational Education. Some Options and Questions’, in: I. Govaere and D. Hanf (eds.), *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law/Les dimensions internes et externes du droit européen à l’épreuve, Liber Amicorum Paul Demaret*, Vol. I, Brussels, P.I.E. Peter Lang, 2013, p. 29-38.

44 Treffend verwoord in A. Daelemans, ‘Schoolpactbegin-selen en opties voor een toekomstig onderwijsbeleid’, in: *Liber Amicorum Robert Houben*, 1980, p. 134-176.

45 Vergelijk Ch. Glenn & J. De Groof, *Balancing Freedom, Autonomy, and Accountability in Education*, 4 Volumes, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.

46 Ook de vergelijking van de jurisprudentie is een uitdaging: vergelijk J. De Groof, ‘Het onderwijs is vrij (art. 24 § 1, al. 1 G.W.), Zienswijzen van het Arbitragehof en van de Raad van State omtrent de onderwijsvrijheid’, in: *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, Die Keure, 2006-2007, nr. 2-3-4, p. 124-167; J. De Groof & K. Willems, ‘Onderwijsvrijheid en het artikel 24 § 1 Belgische Grondwet – 30 jaar interpretatie door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State’, in: *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, Die Keure, 2017-2018, nr. 1-2, p. 5-52.

47 Assessment of the application of EGTC regulation Final report – 20.04.2018. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/assess_egtc_applic_en.pdf

48 J. De Groof, ‘Thoughts on Autonomy in Policy and Law within the European Higher Education Space’, in: L. Bekemans (ed.), *Intercultural Dialogue and Multi-level Governance in Europe, A Human Rights Based Approach*, Brussels, Peter Lang, 2012, p. 81-140.

49 J. De Groof, ‘Recht en beleid ten behoeve van een gemeenschappelijke (hogere) onderwijsruimte der Lage Landen?’, in: P. Zootjes & H. Peters (eds.), *Getuigend*

en accreditatie eenvormig geregeld wordt en de uitwisseling van docenten en studenten actief wordt bevorderd, mag ervan worden uitgegaan dat ook op andere vlakken de gemeenschappelijke benadering nagestreefd wordt.

Hoewel er scheurtjes te bespeuren vallen in de oorspronkelijke Vlaams-Nederlandse ambities en de ontwikkeling *pari passu* in beider bestel aarzelingen kent, kunnen bestaande akkoorden en afspraken op regeringsniveau een ambitie schragen voor een grotere coherentie en convergentie, een Europese voorloper als het ware. De gelijklopende constitutionele concepten in artikel 23 en artikel 24 van respectievelijk de Nederlandse en Belgische Grondwet maken zulks mogelijk.⁵⁰ Ook het onderwijs-juridisch gestoeld landschap is aan elkaar gewaagd. Zulks opent perspectieven, evenals het onderwijs-*'acquis commun'*. De onderlinge mobiliteit en valorisatie van diploma's kunnen in het verlengde van de *Benelux Richtlijnen* verder worden ontwikkeld.⁵¹ Gezien de vrij uniforme

onderwijsagenda, de verwevenheid met het juridisch bestel en het vergelijkbaar onderwijslandschap, mag verwacht worden dat inzichten op een structurele wijze vorm krijgen.

'*Om al deze redenen*' mag de creatie van een Vlaams-Nederlandse Onderzoeksschool voor Onderwijsrecht aanbevolen worden. Zowel de te ontwerpen regelgevingstechnieken, de vergelijking van het onderwijscontentieux, -bestuur en de onderwijspraktijk nopen tot gemeenschappelijk onderzoek en uitwisseling van *best practices*. Het advies van de Onderwijsraad, uitgebracht aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, '*Ruim baan voor leraren*', formuleert een strategisch advies op lange termijn en geldt nu reeds als inspiratiebron voor het Vlaams beleid.⁵² Gemeenschappelijke experimenten kunnen worden opgezet en eenzelfde standpunt voorbereid op de komende Europese en internationale debatten.

Hoezeer blijft het gezegde van Drop correct: 'Van de onderwijsjurist wordt inlevingsvermogen verwacht in de onderwijskundige, maatschappelijke en staatkundige ontwikkelingen, het vermogen deze te plaatsen in historisch perspectief: terugblikkend en vooruitziend.'⁵³

Staatsrecht; Liber Amicorum A.K. Koekoek, Nijmegen, Wolf Legal Publishers 2005; J. De Groof, *Een culturele unie tussen Vlaanderen en Nederland?*, Toespraak ledenvergadering van het ANV-Vlaanderen op 26 februari 2011.

50 Vergelijk bijvoorbeeld Nederlandse Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Advies, 2012; J. De Groof, 'Het onderwijs is vrij (art. 24 § 1 n al. 1 G.W.). Zienwijzen van het Arbitragehof en van de Raad van State omtrent de onderwijsvrijheid', in: *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, 2006-2007, nr. 2-3-4, p. 124-167; J. De Groof & K. Willems, 'Onderwijsvrijheid en het artikel 24 § 1 Belgische Grondwet – 30 jaar interpretatie door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State', in: *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, Die Keure, 2017-2018, nr. 1-2, p. 5-52; J. Lievens, *De vrijheid van onderwijs. Een onderzoek naar de betekenis van de vrijheid van richting en de doorwerking ervan in het Vlaamse onderwijsbeleid*, Doctoraal Proefschrift, KULeuven, 2018.

51 Met name *Beschikking van het Benelux Comité van Ministers tot aanvulling van beschikking M(2015)3 betreffende de automatische wederzijdse generieke*

Over de auteur

Prof. dr. J. De Groof

Onder meer hoogleraar aan het Europacollege (Brugge), National Research University – High School of Economics (Moscow) en North-West University (SA).

niveauserkenning van diploma's hoger onderwijs, M(2018)1, 26 januari 2018. http://www.benelux.int/files/6715/1721/2145/M20181_NL_.docx.pdf

52 Nederlandse Onderwijsraad, *Ruim baan voor Leraren. Een nieuw perspectief op het leraarschap*, Advies, 2018.

53 H. Drop, *op.cit.*, p. 19.

Leerrechten, recht op onderwijs nieuwe stijl

Pieter Huisman

De oratie van Paul Zoontjens in 2003 droeg de titel Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling. Daarin sprak hij onder meer over het leerrecht, in het kader van het recht op onderwijs voor kinderen met een handicap. Met Paul mocht ik mij in een rapport voor het Ministerie van OCW buigen over dat onderwerp. De minister voor primair en voortgezet onderwijs heeft aangekondigd nader onderzoek te doen naar verdere verankering van het leerrecht.¹ Een mooi onderwerp dus voor deze NTOR-special ter gelegenheid van het afscheid van Paul Zoontjens.

Misschien is het leerrecht wel hét voorbeeld van de beweeglijkheid van het recht op onderwijs, waarbij tegelijk wordt gezocht naar ankerpunten. Want wat moet onder het leerrecht worden verstaan? Zijn er ankerpunten te benoemen? Deze beknopte bijdrage probeert dat lastige begrip wat nader af te bakenen en inhoud te geven.

1. Leerrecht en recht op onderwijs: over beweeglijk recht gesproken!

In onze studie voor het Ministerie van OCW, *Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving*, is het begrip 'leerrecht' juridisch verkend.² Een eerste analyse was de begripsduiding; waar

komt het vandaan en is het te vereenzelvigen met het recht op onderwijs? Als we naar de Nederlandse parlementaire geschiedenis kijken, was het begrip leerrechten tot halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw verweven met het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs. Leerrechten waren 'vouchers': mee te nemen (financiële) rechten om (door) te leren. In de nota *Blijven leren* uit 1993 werd het leerrecht omschreven als 'het geheel van aanspraken op overheidssubsidies dat burgers ten behoeve van onderwijsdeelname kunnen verwezenlijken'.³ Daarna wordt het begrip gehanteerd in het kader van de leerlinggebonden financiering voor leerlingen met een handicap. Op een vraag van de PvdA-fractie of het niet wenselijk is om ten aanzien van de toelating van zmlk-leerlingen voorzieningen te treffen, antwoordt de minister dat het leerrecht voor deze leerlingen zo snel mogelijk moet worden vastgelegd. Het leerrecht wordt hier dus sterk verbonden met het recht op toegang.⁴ Het leerrecht blijft in de jaren daarna verbonden met deze categorie leerlingen, of breder: kinderen met een handicap. De Kinderombudsman brengt het leerrecht in 2013 op de beleids- en de onderwijs-juridische agenda, waarbij hij (uiteraard zou ik zeggen) een verbinding legt met het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK). Passend onderwijs zou pas echt ontstaan wanneer verwezenlijking plaatsvindt van 'het recht van een kind om toegang te hebben tot onderwijs dat is gericht op een zo volledig mogelijke ontplooiing van zijn persoonlijkheid, zijn talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens'.⁵

1 *Kamerstukken II* 2018/19, 26695, nr. 123.

2 P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, *Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving*, Rotterdam/Tilburg, NCOR 2016. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 31497, nr. 221. Zie ook mijn eerdere beschouwing in: P.W.A. Huisman, *Leerplicht in het kader van het leerrecht* (Schimmelpennincklezing 2016), Ingrado 2016.

3 Zie hierover M.J. Cohen, *Leerrechten: een containerbegrip met verstrekkende gevolgen*, (NVOR-leadvis), Tilburg 1994.

4 *Kamerstukken II* 1997/98, 25409, nr. 6, p. 16.

5 Kinderombudsman, *Van leerplicht naar leerrecht. Adviesrapport over waarborging van het recht op onderwijs naar aanleiding van het onderzoek naar thuiszitters*, Den Haag, Kinderombudsman 2013, p. 39.

Is leerrecht nu hetzelfde als het recht op onderwijs? Het recht op onderwijs bestaat – als we de VN-publicaties daarover als uitgangspunt nemen – uit vier onderdelen, de vier A's: *accessibility* (aanbod), *acceptability* (toegankelijkheid, non-discriminatie), *adaptability* (keuzevrijheid en minimale kwaliteit) en *availability* (onderwijs voor specifieke doelgroepen, maatwerk).⁶ Een interpretatie is dat het leerrecht (volledig) overlapt met het recht op onderwijs. Het recht op onderwijs is in beginsel ook ruim te interpreteren voor wat betreft dragerschap, immers 'niemand' mag het recht op onderwijs worden ontzegd.⁷

Er is ook een ruimere interpretatie mogelijk van het leerrecht, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag wie drager is. Het gaat in deze redenering niet alleen om de rechten van 'leerplichtigen' of studenten in een onderwijssetting, het strekt zich uit tot die categorie van personen die in staat zijn om te leren, dus vanaf zeer jonge leeftijd ('leven lang leren'), tot vroegtijdig schoolverlaters, carrièreswitchers, en senioren die een cursus klassieke talen gaan volgen. Specifiek in het kader van de aansluiting tussen voorschoolse voorzieningen en het basisonderwijs wordt wel gesproken van 'ontwikkelrecht'.⁸ Leren is daarbij niet strikt gebonden aan een 'schoolse' setting, er is immers ook sprake van 'non-formeel' (bijvoorbeeld een bedrijfskursus) of 'informeel' leren ('spontaan' leren door een activiteit te verrichten).⁹

6 Katarina Tomaševski, *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*, Right to education primers no. 3, Gothenburg 2001.

7 Artikel 2 EP EVRM. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor gevangenen, EHRM 27 mei 2014 no. 16032/07 (*Velyo Velev*).

8 Dit gaat feitelijk over door de overheid betaalde dagen voor opvang; zie VNG, *Alternatief scenario gemeenten: ontwikkelrecht voor alle peuters*, Den Haag, VNG 2013.

9 Zie daarover de nog altijd instructieve studie van de Onderwijsraad *Leren in een kennissamenleving*, Den Haag, Onderwijsraad 2002.

Het leerrecht is in bovenstaande zin op te vatten als een individueel, levenslang en algemeen recht en is dus ook niet gekoppeld aan specifieke kenmerken van de lerende, zoals chronische ziekte, gender of etniciteit; 'eenieder' bezit leerrechten. Daarmee sluit het aan bij de eerdergenoemde definiëring van leerrecht als 'levenslang voucher'. Maar vervolgens is dan de vraag wat de materiële inhoud en waarde is van een dergelijke 'voucher'; wat houdt het recht in, anders dan het recht op onderwijs? In verdragsrechtelijke of wettelijke zin zijn voor die brede definitie nagenoeg geen aanknopingspunten. Ultiem is het te zien als een recht of beginsel op maatwerk, op een aanspraak jegens de overheid (in eerste instantie) om te waarborgen dat overheden, bedrijven en instellingen gehouden zijn het leren in elke zin levenslang te faciliteren.

Het leerrecht wordt zo een begrip dat op gelijke hoogte komt met hooggestemde idealen, zoals de rechten op 'volledige ontplooiing' in de internationale verdragen zoals het EVRM.¹⁰ De vraag is of een dergelijke verbreding noodzakelijk is, en of dit het begrip juridisch niet oeverloos en daarmee onhanteerbaar, of in ieder geval weinig tastbaar maakt.¹¹

Het is ook duidelijk dat een dergelijk onbegrensd individueel recht niet uitgeoefend kan worden zonder in conflict te komen met rechten van andere individuen en collectiviteiten. Evenzo zal een noodzakelijke, praktische begrenzing liggen in de beperkte middelen, zowel privaats als publiek. Een eerste stap is dus het begrip 'leerrecht' nader te begrenzen, voor wat betreft doelgroep (voor wie), inhoud (welke

10 Zie daarover de kritiek van P.J.J. Zoontjens en B.P. Vermeulen, 'Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid', in: *Getuigend staatsrecht*, Liber amicorum A.K. Koekoek, Nijmegen, Wolf Legal Publishers 2005, p. 431-468.

11 Vergelijk de redenering over het 'oeverloos' worden van de vrijheid van het geweten, B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten: een fundamenteel rechtsprobleem* (diss. EUR), Arnhem, Gouda Quint 1989.

dwingende kernaanspraken vloeien nu voort uit het leerrecht) en in tijd en plaats (tot wanneer en waar te effectueren) en door wie aan te bieden/faciliteren.

2. Inkleuring van het leerrecht

Zoals Paul Zoontjens en ik in ons rapport aangaven overlapt het leerrecht in belangrijke mate met het recht op onderwijs, maar tegelijk is het leerrecht breder (bijvoorbeeld in de doelgroep, maar ook in de locatie) en (nog) meer vanuit het perspectief van de vrager, en met garanties dat het onderwijs ook een zekere kwaliteit heeft.¹² De verbreding en verdieping van het leerrecht zit juridisch voorts in de verbinding van het recht op onderwijs met de rechten van het kind. Het leerrecht is te zien als spiegel van de leerplicht¹³ en de kwalificatieplicht.¹⁴ Het kabinet heeft aangekondigd de kwalificatieplicht te verlengen naar 21 jaar.¹⁵ Daaraan toegevoegd het recht op voorschoolse voorzieningen (artikel 166 en 167 WPO) is de primaire doelgroep af te bakenen, namelijk in de categorie 2 tot ongeveer 21 jaar.

Bij de bepaling van de inhoud lijkt het – volgens de Kinderombudsman – voor de hand te liggen om als juridische basis voor het leerrecht te nemen de rechten van het kind. Het leerrecht strekt zich immers breder uit dan het recht op onderwijs, terwijl het individuele belang van het kind het uitgangspunt is. Als basisprincipe geldt artikel 3 lid 1 van het IVRK. Het artikel stelt dat bij ‘alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuur-

lijke autoriteiten of wetgevende lichamen, [...] de belangen van het kind de eerste overweging [vormen]’. Het VN-Kinderrechtencomité heeft bij de uitleg van dit artikel ook de samenhang aangegeven met het recht op onderwijs.¹⁶ Materieële elementen die genoemd worden zijn toegang tot kwalitatief hoogwaardige voorschoolse opvang en onderwijs, en het omvat tevens een zorgplicht voor de kwaliteit van docenten. Toegang tot onderwijs en ontwikkeling en (minimale) kwaliteit van dat onderwijs zijn aldus kernelementen. Bij de inkleuring van het leerrecht kan wellicht ‘geschiktheid’ een belangrijke concrete toetssteen zijn, analoog aan de toets in de Wet gelijke behandeling handicap of chronische ziekte: ‘Geschikt is die aanpassing die belemmeringen van welke aard dan ook kan wegnemen en die de zelfstandigheid en volwaardige participatie en integratie van de gehandicapte of chronisch zieke kan bevorderen. [...] Daarnaast moet worden nagegaan of de gevraagde voorziening ook noodzakelijk is, in die zin dat mogelijk met een andere (mogelijk minder kostbare) voorziening hetzelfde doel bereikt zou kunnen worden.’¹⁷

Als het gaat om het wegnemen van belemmeringen ‘van welke aard dan ook’, gaat dit verder dan alleen de ‘availability’ van een bepaald type onderwijs. Het gaat ook over de meest geschikte setting. Hiermee zijn we aanbeland bij de regulering van het ‘onderwijs op een andere locatie dan de school’.¹⁸ Vanuit het belang van het kind kan het best zo zijn dat een combinatie van ‘leerplaatsen’ (bekostigde school, niet-bekostigde school, thuis, zorginstelling) aangewezen is.

Hoe werken de rechten van het kind dan door in concrete situaties die raken aan het leerrecht?

12 Huisman & Zoontjens, 2016, *a.w.*, p. 11.

13 Vanuit de gedachte dat een overheidsplicht jegens burgers ook een recht schept ten opzichte van die overheid om die plicht te kunnen vervullen.

14 Deze is gericht op het verwerven van een startkwalificatie: een havo- of vwo-diploma of een mbo-diploma vanaf niveau 2.

15 *Kamerstukken II* 2017/18, 31524, nr. 371.

16 General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, nr. 79.

17 *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 25.

18 Voor een praktische en juridische verkenning: P.W.A. Huisman, S. van Geel & R. van der Aa. *Onderwijs op een andere locatie dan de school*, Rotterdam, Ecorys 2015.

In de belangenafweging is het volgens het Kinderrechtencomité allereerst nodig om uit te gaan van een ‘case by case’-benadering; de persoonlijke context, situatie en behoefte spelen daarin een rol.¹⁹ Bij afweging van alle belangen zou volgens het comité het individuele belang van het kind een zwaarder gewicht moeten worden toegekend. De Afdeling heeft overwogen dat onder de woorden ‘de eerste overweging’ opgenomen in artikel 3 eerste lid van het IVRK, het belang van het kind een eerste overweging is, maar ruimte geeft voor het zwaarder laten wegen van andere belangen.²⁰ ‘Wat betreft het gewicht dat aan het belang van het kind moet worden toegekend bevat deze verdragsbepaling, gelet op haar formulering, geen norm die vatbaar is voor rechtstreekse toepassing door de rechter, aangezien zij daarvoor niet voldoende concreet is en derhalve nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving behoeft’, aldus de Afdeling. De norm is dus niet eenieder verbindend.

Die nadere uitwerking heeft met name plaatsgevonden in het familierecht.²¹ In het onderwijs is daarnaast te noemen artikel 39 lid 2 WEC, waarin de inspecteur in het belang van het kind kan besluiten dat een kind eerder wordt toegelaten tot een school voor speciaal onderwijs dan met de leeftijd van vier jaar. Het belang van het kind is een krachtig argument voor overheidsinstanties om maatregelen te nemen tegen ouders, bijvoorbeeld om ervoor te zorgen dat de school(bezoek)plicht wordt afgedwongen. Het handhaven van de *leerplicht* wordt dan ingezet als instrument voor het effectueren van het *leerrecht* van kinderen. In de *Wunderlich*-uitspraak van het Europees Hof komt naar voren dat autoriteiten in dit kader

een grote mate van discretionaire bevoegdheid hebben.²²

In de casus waarbij sprake is van een impasse tussen ouders en school is te zien dat de rechter zowel ouders als het bevoegd gezag aanspreekt. Het bevoegd gezag moet zorgvuldig, maar ook voortvarend handelen, bijvoorbeeld door een verwijderingsbesluit niet te laten ‘zweven’, maar uit te voeren. Ouders zullen aan de andere kant moeten accepteren dat in sommige situaties terugkeer of herstel van de relatie niet meer mogelijk is, en het aanbod van het bevoegd gezag moeten accepteren of een andere school zoeken.²³

Het belang van het kind is aldus nooit een afgescheiden en exclusief belang, maar is altijd af te wegen tegen andere belangen, zoals die van andere leerlingen.

3. Rechtsbescherming: nadere doordenking over doorzettingsmacht voor het leerrecht

Voor het effectueren van het leerrecht is een eenduidige en laagdrempelige voorziening in de rechtsbescherming nodig, waarbij deskundigheid, zorgvuldigheid en snelheid van procedures van belang zijn.²⁴ Het gaat om de regeling van doorzettingsmacht voor die situaties waarbij in het kader van een geschikte en noodzakelijke aanpassing, in het belang van het kind een passend arrangement aangewezen is. De discussie speelt op dit moment in het kader van passend onderwijs en de taak van de samenwerkingsverbanden. Paul Zoontjens heeft

19 General Comment, *a.w.*, nr. 32.

20 Bijvoorbeeld in de uitspraak ABRvS 15 februari 2007 in zaak nr. 200604499/1, AB 2007/118.

21 Zie bijvoorbeeld artikel 251a lid 1 onder b Boek 1 BW over het ouderlijk gezag aan 1 ouder.

22 EHRM 10 januari 2019, 18925/15 (*Wunderlich*). Het niet beschikbaar hebben van voldoende informatie over het onderwijs kan de gemeente in redelijkheid aanleiding geven tot zorg over de ontwikkeling van de kinderen. Een melding is dan aangewezen en détournement de pouvoir levert dat niet op. Zie ook Rb. Rotterdam 26 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3381.

23 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden Nederland 28 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6581.

24 Vgl. Rb. Rotterdam 24 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4379.

gesteld dat de Geschillencommissie passend onderwijs (GPO) hierin een taak zou kunnen vervullen.²⁵ Het oordeel van de GPO zou dan een bindend karakter moeten krijgen, hetgeen een herbezinning van de rechtsbescherming bij passend onderwijs noodzakelijk maakt. Het regelen van doorzettingsmacht ten behoeve van het leerrecht vergt nadere doordenking. Wie krijgt de doorzettingsmacht, op welk niveau wordt deze ingezet (bij een impasse tussen verschillende schoolbesturen over de plaatsing of ondersteuning van de leerling en/of tussen de 'ondersteuners' en de ouders) en met welke dwingende bevoegdheid jegens wie? Doorzettingsmacht ten behoeve van het kind, maar tegen de wil van de ouders geldt nu in extreme situaties, waarbij bijvoorbeeld jeugdzorg wordt ingeschakeld, maar een 'onderwijsmaatregel' in de vorm van verplichte inschrijving op een bepaalde school of traject lijkt zich moeilijk te verhouden met de (opvoedings)vrijheid van ouders en de rechten van het kind.

Paul heeft ten aanzien van het recht op onderwijs opgemerkt dat het een recht is 'tot het doen van inspanningen en het zich getroosten van opofferingen met het oog op het bereiken van een in de tijd verwijderd doel. De effecten van onderwijs realiseren zich immers pas substantieel in de toekomst. De kern van de rechten die met het recht op onderwijs gemoeid zijn, bepalen de marsroute naar die toekomst: keuze van, toegang tot, deelname aan en gekwalificeerde afronding van onderwijs'.²⁶

Waar het recht op onderwijs geprojecteerd is op de toekomst, is het leerrecht misschien gefocust op het hier en nu; een aanspraak van een brede groep kinderen/jongvolwassenen op een voortvarende beslissing voor een geschikt 'op maat'-arrangement, dat ook kwalitatief aan de maat is. In deze interpretatie loopt het leerrecht in belangrijke mate parallel met het recht op

onderwijs, maar krijgt het een andere dimensie, waarbij misschien een vijfde 'A' centraal staat: die van 'appropriateness' (geschiktheid). Dat zou ook beter aansluiten bij het door de Kinderombudsman – in het perspectief van het in het IVKR verankerde recht op onderwijs – aangedragen element van 'adaptability': onderwijs aansluitend op de 'capaciteiten van een kind en waarbij aandacht is voor zowel de cognitieve ontwikkeling als de ontplooiing van andere talenten'.²⁷ Dat heeft consequenties bijvoorbeeld voor de vraag waar onderwijs wordt verzorgd (niet alleen in de school, maar ook op andere locaties). Met genoemde definitie zijn uiteraard niet alle problemen uit de wereld, want wat behelst dan die aanspraak? Een onderzoeksplicht naar een doeltreffend arrangement zou een minimum zijn, maar belangrijker is de vraag: wie heeft dan die plicht en wie moet voortvarend handelen? In de huidige constellatie van verdeling van verantwoordelijkheden over onderwijs over verschillende sectoren, zorg, opvang en welzijn wordt het nog lastig om dat te regelen. De verbreding van het recht op onderwijs naar het leerrecht maakt het complexer om tot effectueering ervan te komen.

Het leerrecht kan niet absoluut gelden, omdat het altijd in relatie staat tot andere dragers van leerrechten, en samenloopt met rechten van ouders, docenten en belangen van de samenleving, zoals tot uitdrukking gebracht door de wetgever. Paul heeft in een presentatie gewezen op de mogelijke voor- maar ook nadelen van het individuele karakter van het leerrecht, zoals de overvraging van scholen.²⁸ Hopelijk blijft hij ook na zijn emeritaat nadenken over de beweeglijke rechten in het onderwijs.

25 P.J.J. Zoontjens, 'Toelating en verwijdering bij passend onderwijs. Stoeien met de wettekst', *School en Wet*, december 2014, p. 14-18.

26 P.J.J. Zoontjens, 2003, *a.w.*, p. 14.

27 Kinderombudsman, 'Van leerplicht naar leerrecht', *a.w.*, p. 5.

28 <http://varo-onderwijsrecht.nl/library/Leerrechten.pdf>.

Over de auteur*Prof. mr. P.W.A. Huisman*Lid van de redactie van *NTOR* en bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de Erasmus School of Law.

Ad astra per aspera: de onmogelijkheid van een risicovrije procedure voor schoolstichting

Miek Laemers

*In 2016 schreven Paul Zoontjens en ik het preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht (NVOR) over de constitutionele haken en ogen van het (concept)wetsvoorstel 'Meer Ruimte voor Nieuwe Scholen' (MRNS).¹ Dit preadvies droeg de – in de geschiedenis van de preadviezen van de NVOR niet eerder voorgekomen – intrigerende en enigszins exotisch aandoende titel *Magnificently unprepared for the long littleness of life*?*

Deze titel kwam geheel voor rekening van Paul Zoontjens. Hij leverde de twee dichtregels als titel aan zonder toelichting of verheldering. Enig spuurwerk van mijn kant leverde op dat het een gedicht betreft van de hand van Frances Cornford, kleindochter van Charles Darwin, geboren in Cambridge in 1886, waar ze ook stierf in 1960. Het gedicht, dat een ode was aan de knappe Rupert Brooke, luidt:
*A young Apollo, golden-haired,
Stands dreaming on the verge of strife,
Magnificently unprepared
for the long littleness of life.*

1 Miek Laemers & Paul Zoontjens, 'Magnificently unprepared for the long littleness of life', in: M. Laemers (red.) *Symposiumbundel NVOR 2016*, Den Haag, Sdu 2016.

De laatste twee zinnen zijn opmerkelijk ontwapenend: er staat heel veel moois en groots te gebeuren in het leven van een jongeling, maar er zullen ook veel praktische, hem nog onbekende, soms triviale obstakels op zijn weg komen. Waren dat de obstakels waarnaar Zoontjens wilde verwijzen en waarvoor hij de verantwoordelijke bewindspersoon, toenmalig staatssecretaris Dekker, wilde waarschuwen? We hebben dit nooit uitgediept, maar dat er nogal wat onderwijs-juridische hindernissen genomen moesten worden voordat het wetsvoorstel MRNS via Dekkers opvolger, de huidige onderwijsminister Slob, in de Tweede Kamer belandde, moge duidelijk zijn. De titel van deze bijdrage, 'Door de doornen naar de sterren' in de Latijnse vertaling, verwijst met enige ironie eveneens naar de pijnlijke problemen op de 'ruimtereis' naar een gewijzigd bekostigingssysteem voor nieuwe scholen.

Het voorstel van de Wet meer ruimte voor nieuwe scholen is op 2 oktober 2018 bij de Tweede Kamer ingediend.² Enkele constitutionele knelpunten die door een eerdere versie van het wetsvoorstel werden opgeroepen zijn in het voornoemde preadvies besproken. Ook juristen van het Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht,³ de Onderwijsraad⁴ en de Raad van State⁵ hebben bedenkingen geuit. Die (en andere) bedenkingen hebben tot aanpassingen geleid. De nieuwe versie is op 6 decem-

2 *Kamerstukken II 2018/19*, 35050, nr. 2.

3 M.T.A.B. Laemers, S. Philipsen & P.J.J. Zoontjens, *Het concept-wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' in het licht van artikel 23 Grondwet*, mei 2016. Eerder verscheen: P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink & P.J.J. Zoontjens, *De vrijheid van stichting: Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*. Eindrapport 2011.

4 Onderwijsraad, *Advies Conceptwetsvoorstel meer ruimte voor nieuwe scholen*, 3 juni 2016 <https://www.onderwijsraad.nl/upload/documents/publicaties/volledig/VERSTUURD-Advies-nieuwe-scholen.pdf>.

5 *Kamerstukken II 2018/19*, 35050, nr. 4.

ber 2018 in een rondetafelgesprek met leden van de Tweede Kamer besproken. De vele genodigden (en de organisaties die zij vertegenwoordigen) voor dit gesprek waren in het algemeen positief over het uiteindelijk ingediende wetsvoorstel. De kritiek die er natuurlijk ook was, betrof de geringe garantie voor deugdelijkheid biedende toetsing vooraf, de belangstellingsmeting, de teruggedrongen positie van de gemeente en de risico's van segregatie.

De richtingvrije planning die is uitgewerkt in het wetsvoorstel wordt door twee belangrijke, kenmerken bepaald: er wordt uitgegaan van prognoses die gebaseerd worden op ouderverklaringen of marktonderzoek en er is sprake van een (kwaliteits)toetsing vooraf. Tot dusverre werd een toetsing vooraf niet uitgevoerd: schoolstichting op basis van een erkende richting bood kennelijk al voldoende waarborg om een school met voldoende leerlingen van start te laten gaan. Nu de markt zal worden opengemaakt is er behoefte aan een instrument dat ervoor kan zorgen dat initiatieven niet alleen kwalitatief geborgd zijn, maar dat er ook geen de rechtsstaat ondermijnende initiatieven worden gehonoreerd. Op dit laatste aspect van het wetsvoorstel zal ik me in het navolgende richten: hoe zit het met het risico dat er scholen komen met problematische ideologieën? Hoe is dat vooraf te toetsen? Aan de hand van reacties op (reeds bestaande) scholen met een dergelijke verwerpelijke ideologie is vast te stellen of, en zo ja, hoe voorkomen had kunnen worden dat het zo ver kwam. Op het moment van schrijven van deze bijdrage is een dergelijk voorbeeld voorhanden: het islamitisch Cornelius Haga Lyceum in Amsterdam ligt onder vuur vanwege (al dan niet vermeende) banden met jihadistische organisaties en er gaan luide stemmen op om deze school onmiddellijk te sluiten.⁶ De Amsterdam-

se burgemeester Femke Halsema stelde dat ze bereid is alles te doen wat ze kan, maar dat de gemeente uiteindelijk beschikt over een beperkt bestuurlijk en juridisch instrumentarium.⁷ Wat natuurlijk ook zo is, omdat het allereerst aan de minister is om zo nodig maatregelen (opschorting of stopzetting van bekostiging al dan niet gedeeltelijk) te nemen.

Het is interessant om na te gaan of een toestand zoals bij het Haga Lyceum voorkomen had kunnen worden wanneer ter zake van de oprichting eisen hadden gegolden zoals nu voorgesteld in het wetsvoorstel MRNS of in het wetsvoorstel burgerschapsvorming.⁷

Ingrijpen in bestaande scholen

In de media wordt regelmatig – zoals ook nu weer in de Haga-kwestie – gewag gemaakt van het feit dat de overheid amper middelen heeft een school te sluiten die leerlingen geen respect voor democratische kernwaarden bijbrengt.⁸ Dat geldt in het algemeen voor de lokale overheid, omdat het gemeentebestuur niet de (hoofd)geldkraan bedient. De minister heeft wel middelen: naast bekostigingssancties, wanneer de school niet aan de wettelijke voorschriften voldoet of de kwaliteit beneden de maat blijkt, heeft hij/zij nog een instrument tot zijn of haar beschikking om in te grijpen wanneer bestuurders van schoolorganisaties zich misdragen: de ministeriële aanwijzingsbevoegd-

met salafistische lesstof. Ook zouden medewerkers van de school contact hebben gehad met een Tsjetsjeense terreurbeweging die verantwoordelijk wordt gehouden voor aanslagen in Moskou en deelname aan de strijd in Syrië.

7 Het schrappen van de onderwijsvrijheid is een veelgehoorde remedie, maar die zal hier onbesproken blijven. Onderwijsvrijheid is mijns inziens niet debet aan ideologische uitwassen in scholen: onderwijsvrijheid wordt uitgeoefend binnen wettelijke grenzen en verschaft geen vrijbrief voor scholen om in strijd te komen met de beginselen van de rechtsstaat.

8 Zie NRC 11 maart 2019.

6 Een greep uit de vele media-uitingen: *de Volkskrant* 9 maart 2019; *De Limburger* 11 maart 2019; NOS: *Met het Oog op Morgen* 12 maart 2019. De nationaal coördinator terrorismebestrijding en veiligheid waarschuwde dat leerlingen op die school zouden worden beïnvloed

heid die het mogelijk maakt om in een rechtspersoon in te grijpen bij (bestuurlijk) wanbeheer.⁹ Daaronder wordt volgens artikel 163b lid 2 onder e WPO en artikel 103 g lid 2 onder e WVO ook verstaan ‘ernstige nalatigheid’ bij de bewaking van de kwaliteit van het onderwijs en het ‘in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisaties, waaronder wordt verstaan intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder’. Of onder ‘intimidatie en bedreiging’ alle discriminatoire en politiek-ideologisch gemotiveerde handelingen, zoals thans mogelijk aan de orde zijn bij het Haga Lyceum, vallen is nog niet door de rechter getoetst. Op het moment van schrijven van deze bijdrage is ook geen strafvervolg ingesteld tegen verdachte bestuurders, noch is het oordeel gevraagd van het College voor de Rechten van de Mens.¹⁰

Wellicht dat een artikel als het recent ingevoerde artikel 1.3 vijfde lid WHW, dat inhoudelijk ruimer is, adequater kan werken in dit opzicht.¹¹ Het voorschrift dat instellingen voor hoger

onderwijs ‘mede aandacht schenken aan de bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef’ is een bepaling die vooralsnog in het primair en voortgezet onderwijs ontbreekt.¹² Scholen zijn weliswaar verplicht om leerlingen burgerschapsonderwijs te bieden, maar tot dusverre is niet precies vastgelegd aan welke eisen dat burgerschapsonderwijs moet voldoen.¹³ Uit de totstandkomingsgeschiedenis leidt de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State af dat artikel 8 derde lid aanhef en onder b WPO aan scholen een grote vrijheid laat bij het vormgeven aan de doelstellingen van burgerschapsvorming en integratie, en het bevoegd gezag daarmee alleen in strijd handelt indien het *op geen enkele wijze* gestalte heeft gegeven aan onderwijs dat mede is gericht op het bevorderen van actief burgerschap en sociale integratie. Met andere woorden: een schoolstichting die laat zien dat er geen sprake van is dat ze ‘op geen enkele wijze gestalte heeft gegeven aan onderwijs dat mede is gericht op het bevorderen van actief burgerschap en sociale integratie’ kan daarmee weggelaten worden.¹⁴ Dat betekent niet dat daarmee ook alle zorgen over het ontbreken van integratie-inspanningen meteen van de baan zijn. Zes jaar na de uitspraak van de Afdeling inzake *As-Siddieq* moest toenmalig onderwijs wethouder Kukenheim (Amsterdam) van enkele raadsleden onderzoeken wat *As-Siddieq* doet op het gebied van burgerschap en integratie.¹⁵ Aanleiding was een verslag in *Het Parool* van een

9 Zie artikel 163b WPO en 103g WVO; Laemers & Zoon-tjens 2016, p. 42 en 43.

10 Bij aangetoonde terroristische banden en gebruik van gelden voor ondersteuning daarvan is er ook nog artikel 6 Wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding en is (op die grond) intrekking bekostiging mogelijk.

11 Artikel 1.3 lid 4 WHW luidt: ‘De instellingen voor hoger onderwijs schenken mede aandacht aan de persoonlijke ontplooiing van hun studenten en de bevordering van hun maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef. De bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef houdt ten minste in dat de instellingen, met inbegrip van degenen die hen formeel of informeel vertegenwoordigen, zich onthouden van discriminatoire gedragingen en uitlatingen. De instellingen richten zich in het kader van hun werkzaamheden op het gebied van het onderwijs wat betreft Nederlandstalige studenten mede op de bevordering van de uitdrukkingsvaardigheid in het Nederlands.’

12 Artikel 1.2.1. lid 2 WEB bevat een vergelijkbare bepaling: ‘Het beroepsonderwijs bevordert tevens de algemene vorming en de persoonlijke ontplooiing van de deelnemers en draagt bij tot een maatschappelijk functioneren.’

13 Ingevolge artikel 8, derde lid aanhef en onder b van de WPO is het onderwijs mede gericht op het bevorderen van actief burgerschap en sociale integratie.

14 RaadvanState3maart2011,ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (*As Siddieq*).

15 <https://www.parool.nl/amsterdam/voldoet-school-as-siddieq-aan-ondergrens-integratie~a4495078/>.

debatwedstrijd voor basisschoolleerlingen in De Balie, waaraan ook As-Siddieq deelnam. De leerlingen van de school verlieten de zaal voordat een optreden van *streetdancers* begon omdat ze volgens hun geloof hier niet naar mochten kijken. Wat volgde, was een debat over de vraag of het vertrek van de leerlingen een vorm van integratie was – ze waren er tenslotte wel bij – of juist een voorbeeld van segregatie nu de school zich onttrok aan een voorstelling die in Nederland volstrekt normaal is. Tot een bekostigingsmaatregel kwam het toen overigens niet, wellicht om dezelfde reden als de Afdeling eerder hanteerde in de eerder genoemde uitspraak.

Wetsvoorstel burgerschapsonderwijs

Omdat thans niet duidelijk in de wet staat wat er van scholen wordt verwacht op het gebied van burgerschapsonderwijs heeft Minister Slob voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media een wetsvoorstel voorbereid dat scholen meer duidelijkheid moet geven. Zijn streven is het wetsvoorstel in het voorjaar van 2019 aan de Tweede Kamer te zenden.¹⁶ Burgerschap gaat over de manier waarop mensen deelnemen aan de maatschappij. In Nederland is dat met respect voor elkaar, voor de democratie en de rechtsstaat en voor de vrijheden die iedereen heeft. In het wetsvoorstel staat dat scholen leerlingen kennis en respect bijbrengen over de basiswaarden van de democratische rechtsstaat. Ook is de school een oefenplaats, waar leerlingen met verschillende achtergronden actief kunnen oefenen met de vaardigheden die ze later nodig hebben om deel te kunnen nemen aan onze samenleving. Ten slotte staat in het wetsvoorstel dat de school een plek is waar leerlingen het goede voorbeeld horen te krijgen.¹⁷ Door deze

wet krijgt de Inspectie – anders dan voorheen – ook de mogelijkheid inhoudelijk met de scholen in gesprek te gaan over hun burgerschapsonderwijs. Belangrijk om op te merken is, dat het burgerschapsonderwijs in alle scholen moet worden gegeven, ongeacht of er sprake is van overheidsbekostiging, teneinde te kunnen gelden als school in de zin van de Leerplichtwet. Artikel 1a1 Leerplichtwet bepaalt immers dat een school ‘wat de inrichting van het basisonderwijs betreft moet voldoen aan de criteria, bedoeld in de artikelen 8, eerste, tweede, derde, vierde, achtste lid, onderdeel a, negende en tiende lid, 9 en 10, eerste volzin van de WPO, [...]’.¹⁸ Overigens zal het niet blijven bij (periodiek of incidenteel) toezicht van de Onderwijsinspectie op de uitvoering. Minister Slob wil een stelselmonitor invoeren, waarmee goed in kaart kan worden gebracht wat er in het primair en voortgezet onderwijs rond burgerschapsonderwijs gebeurt.¹⁹ Of inderdaad de nodige duidelijkheid zal worden verschaft met de voorgenoemen wetswijziging is de vraag. In reactie op opmerkingen gemaakt tijdens de consultatiefase antwoordde de minister dat de onderhavige, algemene burgerschapsopdracht aan scholen bewust een algemeen karakter heeft en waarborgt dat het onderwijs op scholen zich in elk geval richt op ‘een minimale gemeenschappelijke kern’. Het gaat dan ‘om de ontwikkeling van respect voor en kennis van de basiswaarden van de democratische rechtsstaat en de mensenrechten en het bijbrengen van de sociale en maatschappelijke competenties die leerlingen in staat stellen om deel uit te maken van en bij te dragen aan de samenleving’. Falen van de school in dit opzicht kan tot een pittig gesprek met de

voorstel-burgerschapsonderwijs.

18 Aangezien het burgerschapsonderwijs is opgenomen in artikel 8 lid 3 WPO valt het hieronder. Zie ook artikel 17 WVO.

19 Dit stelde de minister naar aanleiding van de uitkomsten van de International Civic and Citizenship Education Study (ICCS), een internationaal vergelijkend onderzoek naar burgerschapscompetenties van vo-leerlingen.

16 Het – eventueel aangepaste – wetsvoorstel wordt naar de Eerste en Tweede Kamer gestuurd; wordt de wet aangenomen, dan gaat deze het daaropvolgende schooljaar (mogelijk het schooljaar 2019-2020) in.

17 <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/12/21/ministerraad-stemt-in-met-wets->

Inspectie en zelfs tot sancties leiden, maar of de nieuwe wettelijke regeling ook houvast kan bieden bij het beoordelen van initiatieven tot schoolstichting – ex ante dus – moet nog blijken.

Burgerschapsonderwijs en schoolstichting in het wetsvoorstel MRNS

Ten aanzien van rechtspersonen die als bevoegd gezag zullen optreden van nieuwe scholen gaat in het wetsvoorstel een preventieve toets gelden. Het is immers de taak van de overheid om specifiek de voorwaarden te scheppen voor onderwijs dat zich richt op – in de terminologie van artikel 29 Kinderrechtenverdrag – het bijbrengen van eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en voor de in het Handvest van de Verenigde Naties vastgelegde beginselen. Het is de taak van de overheid, zo volgt uit de aard van dit mensenrecht, om een dergelijke open schoolorganisatie mogelijk te maken en krachten die daartegen ingaan te bestrijden. Schreven we in ons preadvies in 2016 nog dat er op dit moment geen normen in de onderwijswetgeving aanwezig zijn, die invulling kunnen geven aan de verantwoordelijkheid van de overheid om een schoolorganisatie die voldoet aan de hiervoor genoemde kenmerken vooraf of tijdens het functioneren daarvan te garanderen, thans lijkt daar – naast de mogelijk positieve werking van een nieuwe Wet burgerschap in het onderwijs – verandering in te kunnen komen doordat het wetsvoorstel MRNS in een aantal preventieve maatregelen voorziet ten aanzien van (nieuwe) schoolbestuurders.

De ex ante kwaliteitstoets

Er bestaat een kans dat in het nieuwe bekostigingsstelsel méér dan thans, nieuwe, onervaren of zelfs 'ongewenste' initiatiefnemers op het toneel verschijnen. In het preadvies is ingegaan op het in het wetsvoorstel voorziene instrument van het verrichten van een ex ante kwaliteits-

toets door de Inspectie van het Onderwijs: de te hanteren kwaliteitseisen moeten voldoende duidelijk zijn, maar ook de initiatiefnemers moeten een helder beeld hebben van het onderwijs dat zij voorstaan en daarover de nodige gegevens documenteren. Daarenboven stelden we voor om de rechtsstatelijkheid bij de oprichting van scholen te toetsen aan de hand van een integriteitstoets. Dat kan volgens de onderwijsjuristen op verschillende manieren, zoals het vooraf toetsen van rechtspersonen, het toetsen van de persoon van de bestuurder (al dan niet via de Verklaring omtrent het Gedrag), controle door de minister van het functioneren van de rechtspersoon en selectie van geschikte kandidaten. Waar de onderwijsvrijheid van artikel 23 lid 2 Gw ('Het geven van onderwijs is vrij') noopt tot terughoudendheid van de wetgever, ware een dergelijke toets alleen in te voeren wanneer het om objectieve, kenbare, criteria gaat die in de wet zijn vastgelegd, proportioneel en noodzakelijk zijn, aldus de geformuleerde eisen.

In het thans aanhangige wetsvoorstel is afgezien van toetsing van het doel van de rechtspersoon door middel van een verklaring van geen bezwaar, omdat dit aanpassing zou vergen van het rechtspersonenrecht.²⁰ Het stellen van integriteitseisen aan individuele bestuurders van rechtspersonen vraagt volgens de regering om een veel bredere beschouwing van alle bestuurders van alle rechtspersonen in het onderwijs. Een dergelijke eis valt daarom ook buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel.²¹ De regering heeft wel een drietal andere maatregelen genomen om bestuurders in een aantal gevallen uit te sluiten van het starten van nieuwe scholen: ten eerste dienen bestuurders en toezichthouders die een nieuwe school willen starten een VOG te overleggen;²² ten tweede kan een eer-

²⁰ *Kamerstukken II 2018/19*, 35050, nr. 3, p. 70.

²¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35050, nr. 3, p. 70.

²² Bij een VOG-aanvraag voor, in dit geval, het risicoprofiel onderwijs, wordt onderzoek gedaan naar het justitiële verleden van een natuurlijke persoon. Daarbij wordt

dere onherroepelijke aanwijzing voor een bestuurder, toezichthouder of rechtspersoon een grond zijn om een nieuwe school niet te bekostigen;²³ ten derde kan sluiting van een school wegens zeer zwakke kwaliteit eveneens reden zijn om een bestuurder, toezichthouder of rechtspersoon tijdelijk uit te sluiten van het starten van nieuwe scholen.

De hiervoor beschreven ministeriële aanwijzingsbevoegdheid hoort thuis in het pakket middelen die de overheid ten dienste staan om *na de start* van de school een bekostigingssanctie te treffen. Vóór de start heeft de minister tot slot ook nog de mogelijkheid om artikel 4:35 Awb (weigeringsgronden subsidieverlening) toe te passen. De regering licht dat als volgt toe: 'In gevallen waarin geen aanwijzing is gegeven en het bevoegd gezag geen zeer zwakke scholen in stand houdt, kan er niettemin behoefte bestaan aan een preventieve weigering van de bekostiging in situaties dat er bijvoorbeeld een gegronde reden is om aan te nemen dat aan de bekostiging verbonden verplichtingen niet zullen worden nageleefd. Of sprake is van een dergelijke situatie bepaalt de Minister. Uiteraard kan een dergelijk besluit leiden tot een bezwaaren beroepsprocedure. Voor dat doel is opgenomen dat artikel 4:35 van de Awb onverminderd van toepassing is.'²⁴ Aangetekend zij dat blijkens een uitspraak van de Afdeling ter zake van de

bekostiging van het Cornelius Haga Lyceum (!) streng geoordeeld wordt aangaande de aanwezigheid van een gegronde reden om bekostiging te weigeren: 'Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling volgt dat het bestuursorgaan, om op grond van het eerste lid een subsidie te kunnen weigeren zal [...] moeten beschikken over concrete, op de individuele subsidie-ontvanger betrekking hebbende aanwijzingen, die het oordeel kunnen dragen dat zich waarschijnlijk ("misschien" is niet voldoende) een intrekingsgrond zal voordoen.'²⁵

Tot slot

De wens om het systeem van schoolstichting en bekostiging volledig te vrijwaren van initiatieven die in strijd zijn met de beginselen van de rechtsstaat zal nooit ten volle vervuld kunnen worden. Ook de regering is zich ervan bewust dat de voorgenomen maatregelen niet alle problemen en risico's ten aanzien van falende bestuurders kunnen voorkomen.²⁶ Totale beheersing en controle van het systeem zou slechts een schijnbare veiligheid creëren en kwaadwillende initiatiefnemers uitnodigen om nog slimmere manieren te bedenken om aan de systeemeisen te ontsnappen. Als het mis gaat – zoals het geval lijkt bij Haga – gaan allerlei gezagsdragers, journalisten en al dan niet rechtstreeks betrokken burgers onmiddellijk na naar wie de beschuldigende vinger kan wijzen. In paniek worden door hen diverse oplossingen gesuggereerd: de vrijheid van onderwijs schrappen, de Inspectie van het Onderwijs (nog) meer zaken vóór de start van de school laten beoordelen, de minister (nog) meer ruimte geven om bestuurders weg te sturen, de burgerschapsopdracht nog preciezer formuleren en tot slot (nog) strengere eisen stellen aan bestuurders en leerkrachten. Voormalig Nationale ombudsman, Brenninkmeijer, verwoordde zijn visie op dergelijke reacties zo: 'Het systeem moet klop-

het belang van de aanvrager afgewogen tegen het risico voor de samenleving in het licht van het doel van de aanvraag.

23 *Kamerstukken II* 2018/19, 35050, nr. 3, p. 46: 'Wanneer een aanvraag voor een nieuwe school wordt ingediend door een rechtspersoon (niet de gemeente) die al één of meer scholen in stand houdt of heeft gehouden en die rechtspersoon (in de afgelopen vijf jaar) een aanwijzing heeft ontvangen, kan de Minister deze aanvraag afwijzen. Dit geldt eveneens wanneer een aanvraag voor bekostiging van een nieuwe school wordt ingediend door een nieuwe rechtspersoon die voor het eerst een nieuwe school wil starten (voorkomen draaideurconstructie).'

24 *Kamerstukken II* 2018/19, 35050, nr. 3, p. 76.

25 ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1979.

26 *Kamerstukken II* 2018/19, 35050, nr. 3, p. 76.

pen. Vergelijk het met smetvrees. In onze samenleving ontwikkelen we ook een soort smetvrees doordat het politiek-mediacomplex een vergrootglas zet op alles wat niet goed gaat. Het [systeem] kan niet accepteren dat de werkelijkheid soms gewoon niet anders is.²⁷ Een mijns inziens terechte relativering, die echter overheid noch burger ontslaat van de plicht om op te komen tegen de rechtsstaat ondermijnende activiteiten binnen het onderwijs en daarbuiten. Dat dit ook voor onderwijsjuristen een pad kan zijn vol doornen, daarop zijn we mede dankzij Pauls creativiteit niet langer *unprepared*.²⁸

Over de auteur

Prof. mr. dr. M.T.A.B. Laemers

Als hoogleraar onderwijsrecht verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam en lid van de redactie van *NTOR*.

Het karakter van de openbare school en bekostiging van godsdienst- en levensbeschouwelijk onderwijs

Dick Mentink

Onderwijsrecht is een vakgebied met nogal wat mogelijkheden tot specialisatie. Voor hoogleraren onderwijsrecht geldt in elk geval dat zij zich in meerdere of mindere mate dienen te specialiseren in de ins en outs van het befaamde grondwetsartikel over onderwijs, waarmee in 1917 de politieke schoolstrijd over de financiële gelijkstelling van (funderend) openbaar en bijzonder onderwijs werd beslecht.

seren in de ins en outs van het befaamde grondwetsartikel over onderwijs, waarmee in 1917 de politieke schoolstrijd over de financiële gelijkstelling van (funderend) openbaar en bijzonder onderwijs werd beslecht.

1. Inleiding

Ook Paul Zoontjens kon aan artikel 23 Grondwet niet ontkomen. Soms was hij er zelfs intensief mee bezig, zoals in 2012 toen hij als lid van de Onderwijsraad nauw betrokken was bij het uitgebrachte raadsadvies over een actuele, gezaghebbende interpretatie van artikel 23 Grondwet.¹ Verder trok hij bijvoorbeeld de kar bij het advies over de vrijheid van stichting dat we als hoogleraren onderwijsrecht op verzoek van de Tweede Kamer in 2011 uitbrachten.²

Ter gelegenheid van 100 jaar Pacificatie in 2017 verscheen de lezenswaardige VU-publicatie *De houdbaarheid van het duale bestel*. Hierin wordt onder meer beschreven hoe het onderscheid tussen het openbaar en bijzonder onderwijs aan het vervagen is, met name ook als het gaat om de bestuurlijke onderwijsorganisatie met de recente varianten van de stichting als bestuur van de openbare school, het samenwerkingsbestuur en de samenwerkingschool.³ Daarbij tekent zich in de huidige situatie van terugloop van leerlingen een ontwikkeling af waarbij nogal wat openbare scholen moeten fuseren of

1 Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief. Nieuwe richtingen aan de vrijheid van onderwijs*. Advies, Den Haag april 2012.

2 P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink & P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van richting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*, Rotterdam/Amsterdam/Schoonhoven/Tilburg 14 juni 2011. *Kamerstukken II 2010/11, 32500 VIII*, nr. 184

3 M.T.A.B. Laemers e.a. (red.), *De houdbaarheid van het duale bestel. Overeenkomsten en verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs 100 jaar na de Pacificatie*, Den Haag, Sdu 2017.

27 *De Groene Amsterdammer* 5 augustus 2015 (interview met A. Brenninkmeijer).

28 Deze bijdrage is afgerond op 12 maart 2019 en geeft dus niet de stand van zaken rond het Haga Lyceum weer zoals die is op het moment van publicatie.

gedwongen worden te sluiten. Wat in de politieke discussie daarover opvalt, is het nagenoeg ontbreken van een fundamenteel debat over de in artikel 23 Grondwet verankerde garantiefunctie van het openbaar onderwijs. Ook in de literatuur blijft de aandacht voor het openbaar onderwijs, in vergelijking met het bijzonder onderwijs en het kernthema van de vrijheid van onderwijs, aan de magere kant.⁴

In deze bijdrage staat centraal een parlementair debat over het openbaar onderwijs dat de politieke gemoederen tot op de dag van vandaag bezighoudt: de wettelijke regeling van de bekostiging van het godsdienst- en levensbeschouwend onderwijs op openbare basisscholen (verder gvo/hvo).⁵ Het betreft een debat dat in de kern gerelateerd is aan hetgeen in artikel 23 Grondwet is neergelegd over het karakter van de openbare school.

In het navolgende schets ik allereerst het complexe karakter van de openbare school, inclusief de directe voorgeschiedenis van het initiatiefwetsvoorstel (par. 2). In paragraaf 3 komt de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel aan de orde. Duidelijk wordt dat de onderhavige materie geen dagelijkse politieke kost is en dat het wetsvoorstel directe aanleiding gaf tot een debat dat veel verder reikte dan de bedoeling van de initiatiefnemers was. Of, zoals de voorzitter in de Eerste Kamer tijdens de mondelinge behandeling ervan opmerkte: 'Honderd jaar na de schoolstrijd is dit toch wel een spannende discussie.'⁶ En daar bleef het niet bij, zoals in paragraaf 4 wordt geschetst. Bij de afronding

van deze bijdrage is er nog steeds geen algemene maatregel van bestuur. Wat is de strekking en inhoud van 'bekostiging' waarover de wet spreekt? Kan wel gesproken worden van 'bekostiging' in de zin van artikel 23 Grondwet? De hobbelige weg naar een gelijkwaardige structurele bekostiging van gvo/hvo conform de gebruikelijke bekostigingssystematiek is nog (lang niet?) gelopen. De cirkel is nog niet rond.

2. Het grondwettelijk primaat van het openbaar funderend onderwijs

2.1 Twee zijden van dezelfde medaille: alomtegenwoordigheid en karakter

Zoals eerder gezegd denken velen bij artikel 23 Grondwet vooral aan de vrijheid van onderwijs en niet aan het openbaar onderwijs. Meer dan tekenend is het voornoemde advies van de Onderwijsraad uit 2012 waar de door de Tweede Kamer gevraagde 'gezaghebbende interpretatie' van dit grondwettelijk artikel zich nagenoeg geheel richtte op de vrijheid van onderwijs en op de zorgplicht van de rijksoverheid voor de kwaliteit ofwel deugdelijkheid van het onderwijs. Slechts terzijde kwam de (positie van de) openbare school ter sprake⁷ – en dat niet zonder kritiek.⁸

Deze bijzondere belangstelling is opmerkelijk daar in het grondwettelijk artikel een bijzondere zorgplicht van de overheid voor het openbaar onderwijs is neergelegd, niet gelijk aan die van het bijzonder onderwijs. Totstandkomingsgeschiedenis en tekst van artikel 23 Grondwet laten zien dat het primaat bij het openbaar onderwijs ligt, als basisvoorziening voor alle leerlingen. Het zijn het derde en vierde artikellid die tot uitdrukking brengen dat het openbaar onderwijs als overheidsvoorziening voor eenie-

4 In de voornoemde VU-publicatie treffen we overigens een fraaie bijdrage aan over de vrijheden van het openbaar onderwijs in vergelijking met de drie bekende vrijheden van het bijzonder onderwijs. Zie P.A. Huisman, 'De vrijheden van het openbaar onderwijs', *a.w.* (noot 3), p. 31-49.

5 Wet van 6 juni 2017, *Stb.* 2017, 289. Volledigheidshalve: het betreft hier ook een wijziging van de Wet op de expertisecentra.

6 *Handelingen I* 2016/17, item 8, p. 17.

7 *A.w.* (noot 1), p. 46.

8 Zie het kritisch commentaar van Th. Storimans, 'Advies Onderwijsraad over artikel 23 Grondwet', *School en Wet* 2012/4, p. 10-15.

der in beginsel aanwezig, toegankelijk en levensbeschouwelijk neutraal moet zijn.⁹

2.2 *Het duale karakter van het onderwijs binnen de openbare school*

Uitgaande van de nauwe band tussen opvoeding en onderwijs kan een volstrekt geestelijke neutraliteit van het onderwijs op de openbare school botsen met de garantiefunctie van het openbaar onderwijs als algemene basisvoorziening. Ouders moeten immers niet gedwongen kunnen worden een keuze voor een bijzondere school te moeten maken omdat binnen de openbare school als het ware de directe band met de godsdienstige of levensbeschouwelijke gezinssituatie is doorgesneden. Dat vereist een opvatting over de positie van de openbare school waarbij binnen deze school ouders in de gelegenheid worden gesteld geestelijk onderwijs voor hun kinderen te ontvangen.

Deze opvatting is geen theorie. Al spoedig na de grondwetsherziening van 1848 – die het huidige duale bestel van openbaar en bijzonder onderwijs vestigde – was dat wetgevingspraktijk. Het was de wetgever van 1878, ten tijde van het links-liberale kabinet-Kappelyne van de Coppello, die regelde dat het godsdienstonderwijs binnen de gewone schooluren moest worden gegeven. Sindsdien heeft dit ‘gekleurd’ onderwijs, stap voor stap, een steeds vastere plek in het curriculum van de openbare school gekregen.¹⁰ Voor het huidige basisonderwijs gelden de artikelen 50 en 51 van de Wet op het primair onderwijs, met zowel de regeling van het maximum aantal uren voor dit onderwijs per schooljaar, als de regeling dat dit onderwijs door bekwame leraren moet worden gegeven. Zij vallen echter niet onder de verantwoorde-

lijkheid van het bevoegd gezag van de openbare school, gezien de scheiding van kerk en staat. Momenteel treedt het Dienstencentrum HVO en GVO als werkgever en zendende organisatie op.

2.3 *De strijd om een structurele financiering*

Deze ontwikkeling van gvo/hvo als wezenlijk bestanddeel van de identiteit van de openbare school is de helft van het verhaal. De andere helft betreft de politieke strijd over de omzetting van de rijkssubsidie ervan in een op een wettelijke grondslag gebaseerde structurele bekostiging door de rijksoverheid.¹¹ Het is een verhaal dat het beeld oproept van de situatie voorafgaande aan de onderwijsapificatie van 1917 toen vanuit de confessionele politiek gestreden werd om de bekostiging van het bijzonder funderend onderwijs naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs (artikel 23 lid 7 Gw). Tot op heden wil het ministerie niet verder gaan dan het verstrekken van een jaarlijkse subsidie, als bijdrage aan salariskosten van de leraren gvo/hvo.

In 2013 dreigde die subsidie zelfs geheel en al te worden ingetrokken met het argument dat ouders die ‘toch wensen dat hun kind onderwijs krijgt op basis van een levensbeschouwelijke grondslag’, terecht kunnen in het bijzonder onderwijs.¹² Daar van regeringszijde geen verdere actie viel te verwachten, werd vanuit de Tweede Kamer in 2015 het initiatief genomen tot indiening van een wetvoorstel, inhoudende een wijziging van de Wet op het primair onderwijs en de Wet op de expertisecentra ‘ten einde levensbeschouwelijk onderwijs en godsdienstonderwijs op openbare scholen te bekostigen’.¹³ Dit initiatiefwetsvoorstel-Ypma/Voordewind/

9 Volstaan wordt met te verwijzen naar D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag 2011, p. 17-26 en p. 83-96.

10 Zie voor deze geschiedenis D. Mentink, ‘Het karakter van de openbare school en bidden in een leeg lokaal’, *School en Wet* 2000/2, p. 20-24.

11 Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2015/16, 34246, nr. 5, p. 2.

12 *Kamerstukken II* 2012/13, 33650, nr. 1 (bijlage 1). Teruggedraaid bij motie-Voordewind c.s., *Kamerstukken II* 2012/13, 33650, nr. 5.

13 *Kamerstukken II* 2014/15, 34246, nr. 1-3.

Rog bereikte op 14 februari 2017 de eindstreep in de Eerste Kamer.¹⁴ Bij de behandeling werd aangedrongen op een snelle nadere regeling door de regering. In een aangenomen motie werd verzocht om 'voor 1 augustus 2017 met een algemene maatregel van bestuur te komen die conform artikel 50 WPO een structurele bekostiging regelt, zodat voldaan kan worden aan de vraag van ouders om HVO/GVO-onderwijs binnen het openbaar onderwijs'.¹⁵ In antwoord daarop liet toenmalig staatssecretaris Dekker bij brief van 8 mei van dat jaar weten ernaar te streven nog voor de zomer van dat jaar het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur aan de beide Kamers van de Staten-Generaal te overleggen.¹⁶

Inmiddels zijn we twee jaar verder en is er begin 2019 nog steeds geen AMvB met bijbehorende ministeriële regeling. Wat is er gebeurd? Eerst in juni 2018, onder het nieuw aangetreden kabinet-Rutte III, presenteerde verantwoordelijke minister Slob een ontwerpbesluit met regels en voorwaarden voor bekostiging door middel van subsidie.¹⁷ Maar is dat wel de bedoeling? Is deze opzet wel in overeenstemming met de wettelijke regeling die tot doel heeft het tot stand brengen van een structurele (rijks)bekostiging van gvo/hvo gelijkwaardig aan de reguliere bekostigings-systematiek?

Deze kwestie zou verklaard kunnen worden uitgaande van de geringe juridische kwaliteit van de wet. Deze reikt namelijk niet verder dan het regelen van een bekostigingsgrondslag en het regelen van de procedure die leidt tot het verstrekken van bekostiging van gvo/hvo aan de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het geven van dit onderwijs (in dit geval de Stichting Dienstencentrum GVO en HVO). Met andere woorden, het betreft hier een zogeheten 'blan-

co'-wet zonder dat deze de voornaamste duurzame normen bevat zoals dat het geval is bij de bekostiging van de personele kosten en de materiële instandhouding van scholen in de sectorwetten. Op deze wijze is een vorm van horizontale delegatie ontstaan, waarbij het primaat van de wetgever als het ware bij de regering ligt. De gedelegeerde regelgever treedt dan zélf als ontwerper van de wettelijke hoofdlijnen en van de naar buiten toe werkende voorschriften op. Het risico is dan groot dat de regeling zich tot een instrument van bestuursbeleid ontwikkelt.¹⁸

De gang van zaken bij de voorhangprocedure van de ontwerp-amvb laat voornoemd risico zien. Er is sprake van een aanhoudende politieke discussie over de constructie van (bijzonder) levensbeschouwelijk onderwijs binnen de muren van de openbare school. Kan en dient dit onderwijs op dezelfde voet en naar dezelfde maatstaf structureel van rijkswege te worden bekostigd als bedoeld in artikel 23 lid 7 Grondwet?

3. Naar een wettelijke regeling: een opmerkelijk parlementair debat

3.1 Twee observaties

Voorstelbaar is dat bij de behandeling van een wetsvoorstel niet direct met het onderwerp verbonden zaken aan de orde worden gesteld. In het onderhavige geval was er meer aan de hand: het betrof een opmerkelijk wetgevingsdebat over het openbaar onderwijs in het licht van de onderwijspacificatie van 1917. Twee observaties.

Een belangrijk deel van de aan de orde zijnde kwesties raakte niet het doel waarvoor het initiatiefwetsvoorstel was geschreven: structurele bekostiging van gvo/hvo. Hoe dat kon gebeuren, laat zich niet moeilijk raden aan de hand van de Kamerstukken en de Handelingen. Het in wet-

14 Wet van 6 juni 2017, *Stb.* 2017, nr. 289.

15 *Kamerstukken I* 2016/17, 24246, nr. C.

16 *Kamerstukken II* 2016/17, 34246, nr. 17.

17 *Kamerstukken II* 2017/18, 31293, nr. 292; *Kamerstukken I* 2018/19, 34246, nr. F.

18 Een bekend fenomeen in de wetgevingsliteratuur. Zie daarover al onder andere D.W.P. Ruiters, *Kloven in het bestuursrecht*, inaugurale rede T.H. Twente, Enschede 1978, p. 21.

geving uitgewerkte duale karakter van de ‘gemengde’ openbare school met tevens de constructie van facultatief levensbeschouwelijk onderwijs, bleek voor verschillende Kamerleden een weinig betreden politiek aandachtsgebied te zijn. Dat leidde tot nogal wat vragen naar de al bekende (wettelijk geregelde) weg.¹⁹ Daarnaast was er nog veel meer. Het wetsvoorstel vormde de directe opmaat voor een fel politiek-ideologisch debat over de (on)wenselijkheid van het geven van gvo/hvo op de openbare school in ons duale onderwijsbestel met de twee takken van openbaar en bijzonder onderwijs. Over beide observaties het volgende.

3.2 ‘Vergeeten’ onderwijsrecht

De aangesneden kwesties over de positie van gvo/hvo zijn al sinds jaar en dag wettelijk beslecht (de huidige artikelen 50 en 51 Wpo); de vragen over de bekwaamheid van de docenten gvo/hvo zijn al geruime tijd in het kader van de Wet op de beroepen in het onderwijs (de zogeheten BIO-wet) beantwoord;²⁰ de kwestie over de ‘waterscheiding’ tussen het facultatieve levensbeschouwelijk onderwijs (artikel 50 Wpo) en het kennisgebied geestelijke stromingen dat voor alle leerlingen geldt (artikel 9 lid 2

onder e Wpo, met het systeem van kerndoelen), kent al jaren een heldere wettelijke regeling.

Uit dit debat slechts enkele opvallende voorbeelden. ‘Waarom beperkt het wetsvoorstel zich tot het openbaar onderwijs?’²¹ ‘Welke waarborgen gelden voor de bevoegdheid en bekwaamheid van de GVO- en HVO-docenten en wordt dit onderwijs ook aan het inspectietoezicht onderworpen?’²² ‘Hoe kan de school verantwoordelijkheid nemen voor de kwaliteit van het onderwijs dat door een derde wordt aangeboden?’²³ ‘Dat is dus niet samen. Dat is een klikje, een groepje kinderen dat uit de schoolklas gaat en dan apart onderwijs over die ene godsdienst krijgt.’²⁴ ‘Wat de VVD betreft, is openbaar ook echt openbaar. Daar wordt met dit wetsvoorstel aan gemorrelt.’²⁵

3.3 Een politiek-ideologisch debat

Voorstelbaar is dat het in de Grondwet neergelegde initiatiefrecht inzake wetgeving op weinig steun van de regering als medewetgever kan rekenen. Het betreft immers een vorm van politieke machtsuitoefening ter bereiking van een doel waar de regering om haar moverende redenen niet toe geneigd is. In het onderhavige geval waren het de beide fracties van de VVD en de staatssecretaris van VVD-huize die de voorgestelde bekostiging om politiek-ideologische redenen afwezen. Hun belangrijkste bezwaar kwam erop neer dat een financiële versterking van het gvo/hvo als facultatief bijzonder onderwijs binnen de muren van de openbare school politiek niet wenselijk was, daar deze constructie op gespannen voet zou staan met het in artikel 23 Grondwet neergelegde duale stelsel van openbaar en bijzonder onderwijs.

19 Dat gebeurt overigens vaker, zoals onlangs bij de behandeling van de Onderwijsbegroting 2019. In een door meerdere fracties ondertekende motie was het verzoek aan de regering ‘de wettelijke regeling zodanig aan te passen dat in het openbaar onderwijs op verzoek van ouders vrijstelling verleend wordt van deelname aan religieuze handelingen die ingaan tegen hun overtuiging, zoals knielen in een moskee’. *Kamerstukken II 2018/19, 35000 VIII, nr. 79*. Een overbodige motie gezien de levensbeschouwelijke neutraliteit van het openbaar onderwijs (artikel 46 lid 3 Wpo). Bidden is daarentegen, als eigen keuze, wel binnen de openbare school toegestaan. Zie daarover D. Mentink, ‘Het karakter van de openbare school en bidden in een leeg lokaal’, *School en Wet 2000/2*, p. 20-24.

20 Zie verder Mentink & Vermeulen, *a.w.* (noot 9), p. 79-81 en p. 85-87.

21 *Kamerstukken II 2015/16, 34216, nr. 8, p. 5 (SP)*.

22 *Idem*, p. 6 en *Handelingen I 2016/17, 17, item 8, p. 14 (PvdA)*.

23 *Handelingen II 2016/17, 20, item 9, p. 2 (VVD)*.

24 *Idem*, p. 4 (SP) en verder p. 6 (VVD).

25 *Idem*, p. 5.

Met deze stellingname bleef de staatssecretaris trouw aan zijn voorstel uit 2013 om de gehele subsidie voor gvo/hvo te schrappen (zie par. 2.3). Of zoals hij stelde: het recht dat artikel 50 Wpo aan ouders geeft, impliceert niet automatisch de plicht van de Staat om dat onderwijs vervolgens te bekostigen. 'Ik besteed het geld liever aan de verbetering van de kwaliteit van het onderwijs' en: 'Ik ben nog steeds van mening dat kinderen voor onderwijs op levensbeschouwelijke grondslag bij bijzondere scholen terecht kunnen. Stel dat ze op een openbare school zitten, dan kunnen kinderen dit type onderwijs ook krijgen via een andere weg, bijvoorbeeld via een kerkelijke weg zoals catechisatie, of via een humanistische organisatie.'²⁶ Geheel conform deze opvatting was de inbreng van de VVD-fracties in beide Kamers, die in de Tweede Kamer uitmondde in een (verworpen) amendement, om artikel 50 Wpo aldus te wijzigen dat gvo/hvo niet langer *onder* de schooltijd, maar *buiten* schooltijden wordt georganiseerd.²⁷

Al met al een zeer opmerkelijk amendement, en niet alleen omdat de strekking van dit wijzigingsvoorstel tegengesteld was aan die van het wetsvoorstel (een zogeheten ontoelaatbaar amendement)²⁸ – en dat komt weinig voor. Vooral opmerkelijk is dit amendement als we de lange wetsgeschiedenis van dit dossier erbij betrekken. Immers, de voorgestelde wijze van organiseren van gvo/hvo zou een terugval van ruim 150 jaar in de tijd betekenen: een constructie die we kennen uit de tijd van de schoolwet-Van der Bruggen van 1857. Daar blijft het niet bij. Een dergelijke regeling 'buiten schooltijden' staat haaks op de liberale visie ten tijde van de onderwijsapificatie en is evenzeer in strijd met de bedoeling van de grondwetgever van 1917. Zijn (ruimere) opvatting over het karakter van de openbare school lag in lijn met de schoolwet

van 1878, ten tijde van het links-liberale kabinet-Kappeyne van de Coppello. In dat jaar werd wettelijk geregeld dat het geven van godsdienst-onderwijs binnen de gewone schooluren plaats moest vinden! Na de onderwijsapificatie van 1917 ging de Lager-onderwijswet van 1920 nog een stap verder door te regelen dat het godsdienstonderwijs onderdeel van het lesrooster moest zijn.

Aan de andere kant leverde de parlementaire behandeling met het (aangenomen) amendement-Bisschop (SGP) een steviger verankering van gvo/hvo in de openbare school op. Het bestuur van de openbare school heeft ingevolge artikel 50 Wpo tot taak ouders op de mogelijkheid van gvo/hvo te wijzen. De praktijk kan echter anders zijn. Het amendement regelt nu, aanvullend op dit artikel, dat het bevoegd gezag verplicht is de ouders in de schoolgids te informeren over de mogelijkheden van dit onderwijs.²⁹ Dat vereist een actieve rol van het bevoegd gezag, met de schoolinterne controle daarop via het instemmingsrecht van de oudergeleding van de medezeggenschapsraad.³⁰

4. De voorhangprocedure: het debat voortgezet

De wet regelt een directe parlementaire inbreng bij de door de regering vast te stellen algemene maatregel van bestuur. Het betreft de figuur van gecontroleerde delegatie, waarbij de beide Kamers van de Staten-Generaal in de gelegenheid worden gesteld opmerkingen over het

26 *Handelingen II* 2016/17, 33, item 47, p. 9 en *Handelingen I* 2016/17, 17, item 8, p. 31.

27 *Kamerstukken II* 2016/17, 34246, nr. 13 (gewijzigd amendement-Straus).

28 *Reglement van Orde van de Tweede Kamer*, artikel 97.

29 *Kamerstukken II* 2016/17, 34246, nr. 14.

30 Er is nog meer, maar dan in het kader van de nieuwe 'Wet samen sterker door vereenvoudiging samenwerkingsschool' (*Stb.* 2017, nr. 327). Bij amendement-Ypma is wettelijk geregeld dat gvo/hvo tevens op de samenwerkingsschool mogelijk wordt. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34512, nr. 23. De betekenis van deze bijzondere constructie (bijvoorbeeld inzake de werkwijze van de identiteitscommissie van de samenwerkingsschool) is een afzonderlijke analyse waard.

voorontwerp te maken.³¹ Deze procedure is in het onderhavige geval vooral van belang daar – zoals eerder in paragraaf 2.3 verwoord – de wet slechts de grondslag voor de beoogde regeling legt, zonder materiële normering.

De ontwerp-AMvB die het ministerie aan de beide Kamers op 8 juni 2017 voorlegde, kon op weinig positief onthaal rekenen. Het ministerie legde de wettelijke regeling uit als jaarlijks aan het Dienstencentrum GVO en HVO te verstrekken financiële middelen voor dekking van de personele kosten, aan te merken als subsidie in de zin van artikel 4:21 eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht. Vanuit de vaste Commissies voor OCenW in de Tweede en Eerste Kamer leidde dat tot nogal wat kritische opmerkingen en vragen van de zijde van de fracties die het wetsvoorstel hadden gesteund. Het waren kernvragen als: in hoeverre komt de keuze voor een bijzondere vorm van structurele subsidie overeen met het doel van de wet om te bekostigen naar dezelfde maatstaf als het reguliere onderwijs? Het begrip (grondwettelijke) ‘bekostiging’ heeft toch een specifiek onderwijsrechtelijke betekenis en inhoud, met extra waarborgen? Heeft de wetgever niet reeds eerder (bij de voormalige Wet op de Onderwijsverzorging) de bekostigingssystematiek uit de sectorwetten toegepast op niet-onderwijsinstellingen als de pedagogische centra en schoolbegeleidingsdiensten?

Met een uitgebreide beantwoording trachtte de verantwoordelijke minister Slob de vragenstellers van zijn keuze te overtuigen.³² Zo zou geen sprake kunnen zijn van ‘bekostiging’ in de zin van artikel 23 Grondwet daar het een verstrekking betreft aan een andere rechtspersoon dan een onderwijsinstelling. Daarnaast beklemtoonde hij dat de toenmalige visie van de wetgever over bekostiging van de schoolbegeleiding als ‘basisvoorziening’ in de Wet op de

onderwijsverzorging inmiddels is verlaten. Er is sprake van een ander wetgevingsbeleid.³³ Voor de Eerste Kamer bevredigde deze beantwoording niet, noch de beantwoording van de aanvullende vragen in tweede instantie,³⁴ die op haar beurt een derde ronde vragen en antwoorden opleverde!³⁵ En nu?

5. Ter afsluiting: een aanhoudende ‘schoolstrijd’ om financiële gelijkstelling

Het voornoemde schriftelijk gevoerde debat over de bedoeling en uitwerking van de wettelijke regeling leidde in feite tot een patstelling over de politieke uitleg van het in de initiatiefwet vastgelegde begrip ‘bekostiging’. De strijd concentreert zich op een regeling met juridische waarborgen die van hetzelfde niveau en bereik zijn als die gelden voor het reguliere bekostigde onderwijs. De fracties die vóór de wet stemden, doelen daarbij op een ‘bekostiging’ die gelijkwaardig is aan de wijze waarop de wetgever tot op heden artikel 23 lid 7 Grondwet (over de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs) heeft uitgelegd.

In de geschiedenis van de onderwijswetgeving is moeilijk een dossier te vinden waarover zich een dergelijk parlementair debat heeft voorgedaan, met dit soort meningsverschillen over nadere regeling op basis van totstandkomingsgeschiedenis, tekst en bedoeling van de wettelijke regeling. Het zal me niet verbazen als in de verdere procedure het advies van de Raad van State over de ontwerp-amvb doorslaggevend zal blijken te zijn. Zal het precedent van de voormalige Wet op de onderwijsverzorging een overweging zijn? Is de omstandigheid van een gewijzigd wetgevingsbeleid een staatsrechtelijk valide argument? Is het niet zo dat de wetgever in het Nederlands rechtssysteem de exclusieve

31 Artikel 184b lid 2 en Wpo.

32 *Kamerstukken II* 2018/19, 31293, nr. 412 (Verslag van 3 oktober 2018) en *Kamerstukken I* 2018/19, 34246, nr. C (Verslag van 5 oktober 2018).

33 *Idem* (*Kamerstukken II*), p. 8-9; *Kamerstukken I*, p. 4-8.

34 *Kamerstukken I* 2018/19, 34246, G (Verslag van 6 december 2018).

35 *Kamerstukken I* 2018/19, 34246, H (Verslag van 8 februari 2019).

bevoegdheid heeft grondwetsbepalingen uit te leggen, dus ook de toepasselijkheid van 'bekostiging' op de beoogde structurele financiering van hvo/gvo?

Hoe relevant ook dit soort vragen, in breder verband gezien is aan de orde de politieke uitleg van het (duale) karakter van de openbare school als algemene overheidsvoorziening. Een uitleg, die steun zou moeten kunnen vinden in een 'gezaghebbende interpretatie' van de leden 3 en 4 van artikel 23 Grondwet, waaruit het grondwettelijk primaat van deze tak van onderwijs spreekt. Dat roept de vraag op of hiervoor – in het huidige tijdsgewricht en wijzigende beleidsomstandigheden – geen nadere adviesrol voor de Onderwijsraad is weggelegd. Zoals in paragraaf 2.1. opgemerkt, besteedde de Onderwijsraad in zijn advies uit 2012 over artikel 23 Grondwet nauwelijks aandacht aan het openbaar onderwijs. En in 2019 zal hetzelfde gebeuren. In het Werkprogramma 2019 grijpt de Raad het honderdjarig bestaan van het grondwetsartikel aan om 'een verkenning uit te brengen naar een moderne en bestendige betekenis van de vrijheid van onderwijs, passend bij de huidige samenleving en hoe die zich ontwikkelt'.³⁶ Wordt het niet de hoogste tijd om ook aan het openbaar onderwijs een zogeheten verkenning uit eigen beweging uit te brengen? Om het met de woorden uit de (co)publicatie van Paul Zoontjens over artikel 23 Grondwet en de onderwijsvrijheid te zeggen: 'Wat is de betekenis en toekomst van het openbaar onderwijs? Staat deze tak van onderwijs "op de tocht?"'³⁷

36 Onderwijsraad, *Werkprogramma 2019*, Den Haag, Onderwijsraad september 2018, p. 20-22.

37 B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid', in: *Getuigend staatsrecht* (liber amicorum A.K. Koekoek), Nijmegen 2005, p. 431-468.

Over de auteur

Prof. mr. D. Mentink

Emeritus hoogleraar onderwijsrecht Erasmus Universiteit Rotterdam, oud-voorzitter Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht en voorzitter van het Expertisecentrum van Stichting Onderwijsgeschillen.

Het Nederlandse duale bestel – parallellen met de ontwikkeling van onderwijsgaranties voor minderheden in de Volkenbondperiode

Adriaan Overbeeke

Het Nederlandse duale onderwijsbestel geeft ruimte aan minderheden.¹ De Onderwijsraad stelt in zijn advies Vaste grond onder de voeten (2002): 'In de huidige tekst van artikel 23 Grondwet herkent men de grondgedachte dat Nederland een land is van minderheden met uiteenlopende opvattingen over onderwijs en opvoeding.'² Paul Zoontjens legde in datzelfde jaar de band tussen artikel 23 Gw, het verdragenrecht en minderheden: 'Scholen worden gezien als een bepalende factor bij het streven naar de individuele en maat-

- 1 Zie B. Wallet, 'Onderwijs, burgerschap en religieuze vorming: Nederlandse joden tussen openbaar en bijzonder onderwijs', in: M. Laemers e.a. (Ed.), *De houdbaarheid van het duale stelstel: Overeenkomsten en verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs 100 jaar na de Pacificatie*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2017, p. 199-212.
- 2 Onderwijsraad, *Verkenning Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet*, uitgebracht aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, Den Haag, 2002, p. 15.

schappelijke ontplooiing van leden van minderheidsgroepen en de integratie tussen autochtonen en allochtonen.

‘...minorities shall have their fair share of the public funds for educational (...) purposes’.

T.S. Woolsey (1920)³

1. Inleiding

Dit besef is wijdverbreid en vindt naast de Nederlandse Grondwet en de onderwijswetgeving ook uitdrukking in internationale verdragen.⁴ Zoontjens werkt dit vervolgens uit voor enkele verdragen in de sfeer van de Raad van Europa en de Verenigde Naties. Mentink, Vermeulen en Zoontjens constateren in hun gezamenlijke commentaar bij artikel 23 Gw met betrekking tot de verhouding van die bepaling tot de verdragsrechtelijke bescherming: ‘Er zijn echter ook punten waarop de bescherming van artikel 23 Grondwet sterker moet worden geacht. Een duaal bestel van openbaar en bijzonder *bekostigd* onderwijs is volgens het verdragsrecht niet vereist, ook het principe van gelijke bekostiging van openbaar en bijzonder [onderwijs] is er onbekend.’⁵ Dat laatste is juist, maar in een historisch perspectief valt er meer over te zeggen. Het bekostigingsaspect is niet in alle verdragen een genegeerde kwestie.

Hoe dan ook is artikel 23 Grondwet, zo blijkt, geen eenzame grondwetsbepaling meer; het is tegenwoordig ingebed in het internationaal

recht. De eerste aandacht gaat dan naar het (Eerste) Protocol bij het EVRM (1952),⁶ maar er kan ook worden gedacht aan bepalingen in het IVESCR (1966),⁷ het IVRK (1989),⁸ het Verdrag nopens de bestrijding van discriminatie in het onderwijs (1960)⁹ en ook aan het in het kader van de Raad van Europa gesloten *Minderhedenkaderverdrag* (1995),¹⁰ dat in artikel 13 het recht op het bestaan van bijzondere scholen (voor nationale minderheden) verankert, maar daarbij expliciet *geen* recht op overheidsfinanciering voorziet:

‘1 Binnen het kader van hun onderwijsstelsels erkennen de Partijen dat personen die tot een nationale minderheid behoren het recht hebben hun eigen particuliere onderwijs- en opleidingsinstellingen op te richten en te beheren.

2 De uitoefening van dit recht brengt geen financiële verplichtingen voor de Partijen met zich mee.’¹¹

Is het Nederlandse grondwetsartikel uit 1917 een vroege uitwerking van elementen die pas na de Tweede Wereldoorlog hun plaats vonden in het internationale recht? Was Nederland –

6 Artikel 2 Eerste Protocol bij het EVRM.

7 Artikel 13 eerste, derde en vierde lid IVESCR.

8 Artikel 28 en 29 IVRK.

9 Artikel 2 Verdrag 14 december 1960 nopens de bestrijding van discriminatie in het onderwijs.

10 Artikel 12-14 Kaderverdrag voor de bescherming van nationale minderheden.

11 Artikel 13 Kaderverdrag voor de bescherming van nationale minderheden. Vergelijk Principle 32.2 in Document of the Copenhagen Meeting of Representatives of the Participating States of the Conference on the Human Dimension of the Conference on Security and Co-operation in Europe (1990), waarin het recht van nationale minderheden is verwoord: ‘– to establish and maintain their own educational, cultural and religious institutions, organizations or associations, which can seek voluntary financial and other contributions as well as public assistance, in conformity with national legislation.’

3 T.S. Woolsey, ‘The Rights Under the Treaty With Poland’, *The American Journal of International Law*, vol. 14:3, 1920, 394.

4 P.J.J. Zoontjens, “‘Vrijheid van’ en ‘recht op’ onderwijs”, in: *Migratie en Integratie*, losbladige bundel Sdu, Den Haag 2003.

5 D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Commentaar op artikel 23 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2017 (www.Nederlandrechtsstaat.nl), § 15 (mijn cursivering).

anders dan bij het grondwettelijk verankeren van de onderwijsvrijheid in 1848¹² – *gidsland*, (een term die terug te vinden is op de website van *Verus*, de protestants-katholieke scholenkoepel¹³) met als toefje op de grondrechtentaart *à l'hollandaise*: stevige garanties voor een betekenisvolle overheidsfinanciering?

Het uit 1920 stammende citaat van de Amerikaanse rechtswetenschapper Woolsey maakt gewag van een ‘fair share of the public funds’ als het gaat om bijzondere onderwijsinstellingen in het naoorlogse Europa, maar hij heeft het daarbij niet over de dan net gesloten Nederlandse Pacificatie. Tussen de door Woolsey besproken naoorlogse regelingen in Europa en de Nederlandse Pacificatie is geen verband van oorzaak en gevolg. Maar omdat de gehanteerde concepten vergelijkbaar zijn – beide scheppen ruimte voor een duaal stelsel en voorzien daarbij (in bepaalde omstandigheden) in staatsfinanciering – is het de moeite waard om de ontwikke-

lingen in het buitenland kort voor het voetlicht te halen. Ook in literatuur over de minderhedenverdragen uit de Volkenbondperiode zien we dat de vergelijking met verzuild Nederland niet uit de weg is gegaan.¹⁴

2. Nederland: Pacificatie in oorlogstijd (1917)

Artikel 23 Grondwet lijkt in 1916-1917 te zijn ontwikkeld in een vacuüm. Nederland bleef het geweld van de Eerste Wereldoorlog bespaard. Het land was neutraal, hoewel geheel omgeven door oorlogvoerende staten. Het interne politieke leven werd daarom – afgezien van de mobilisatie, een haperende economie en vergelijkbare ongemakken – bepaald door andere besognes dan die van de buurstaten. De term *Pacificatie* wijst weliswaar op een context van conflict, maar zonder dat er militairen aan te pas kwamen: de Pacificatie is het product van polderen, niet van het spitten van loopgraven.¹⁵ Ook als men zou kunnen betogen dat het vaststellen van het nieuwe onderwijsartikel een product van nationale isolatie is, inhoudelijk past het verbazingwekkend goed in bredere internationale ontwikkelingen.

De onderwijsrechtelijke kant van de oer-Hollandse transactie van 1917 is vergelijkbaar met elementen die terug te vinden zijn in een model van internationaalrechtelijke minderhedenbescherming dat zich prompt na de Eerste Wereldoorlog (en in de context van de na dat conflict door de overwinnaars geschapen staatsorde) ontwikkelde.¹⁶ Daarin zijn onderwijsrechten als instrument van minderhedenbe-

12 Pas in 1848 werd de onderwijsvrijheid in de Grondwet opgenomen (artikel 194 vierde lid Gw 1848): ‘Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen.’ Vergelijk artikel 17 (nu: 24) Belgische Grondwet 1831: ‘Het onderwijs is vrij; elke preventieve maatregel is verboden; de bestraffing van de misdrijven wordt alleen bij de wet geregeld. Het openbaar onderwijs, op 's Lands kosten gegeven, wordt eveneens bij de wet geregeld.’ Zie voor een vergelijking van beide stelsels: J. De Groof & C.J. Noorlander, ‘Nieuwe contouren van de vrijheid van onderwijs. De vrijheid van onderwijs in de dynamische 21e eeuw’, *TvCR* 2012, p. 54-85.

13 Citaat: ‘dat er vrijwel geen congres in het buitenland over dit onderwerp plaatsvindt zonder dat een spreker uit “gidsland” Nederland het woord voert, geeft wel aan dat onze onderwijsvrijheid toch echt “wereldberoemd” is.’ (<https://www.verus.nl/100-jaar-artikel-23/vrijheid-van-onderwijs-bestaat-100-jaar-maar-is-actueler-dan-ooit>)

14 Zo bijvoorbeeld C. Weisbrod, ‘Minorities and Diversities: The Remarkable Experiment of the League of Nations’, *Connecticut Journal of International Law* Vol. 8, 1993, p. 382-384.

15 De kwestie betrof een transactie die een langdurende politiek-maatschappelijk conflict beëindigde, dat wel.

16 Ik laat hier de vraag liggen of het gelijktijdig wijzigen van het kiesstelsel (evenredige vertegenwoordiging) als

scherming prominent aanwezig, *inclusief* de financieringscomponent (overheidsbekostiging van bijzondere minderheidsscholen), het *pièce de résistance* van de Nederlandse onderwijsplacatie. Een typisch voorbeeld hiervan vormt het in 1919 met Polen gesloten Verdrag van Versailles. Van de daarin neergelegde garanties kwam uiteindelijk weinig terecht. Mogelijk ligt het aan de volstrekt andere omstandigheden waarin het concept van een duaal onderwijsbestel in Polen werd geïntroduceerd.

3. Minderhedenverdragen na de Eerste Wereldoorlog

Het einde van de Eerste Wereldoorlog veroorzaakte in met name Europa ingrijpende grenswijzigingen en (zowel verplichte¹⁷ als vrijwillige) bevolkingsruil¹⁸ die demografisch

homogenere, soms nieuwe staten¹⁹ opleverden, vooral ten gevolge van het uiteenvallen van de Oostenrijks-Hongaarse dubbelmonarchie en het Ottomaanse Rijk. Tegelijkertijd leverden dezelfde grenswijzigingen veel nieuwe minderheden op. Het voor Nederland geografisch meest nabije voorbeeld daarvan is dat van de Duitstalige minderheid in België, ontstaan door het aanhechten van de voormalig Pruisische zogenoemde Oostkantons.²⁰

Dit fenomeen riep de vraag op naar het scheppen van garanties en beschermingsmechanismen ten behoeve van wie deel uitmaakte van dergelijke minderheden. Taal en religie waren daarbij de twee belangrijke aanknopingspunten. De behoefte aan minderhedengaranties was overigens niet zozeer ingegeven door de wens grondrechten serieus te nemen, maar was in de allereerste plaats een – uiteindelijk mislukte – poging om binnen het verband van een nieuwe statenorganisatie, de Volkenbond, politieke conflicten in qua bevolking pluriforme staten te voorkomen of te beslechten. De bepalingen met betrekking tot minderheden behoorden in de verdragsteksten tot de categorie van de *politieke* bepalingen.

Diverse uit de beginjaren van de Volkenbondperiode stammende multilaterale²¹ en bilate-

onderdeel van de Pacificatie ook geen boeiende oefening in minderhedenbescherming is.

17 Artikel 1 Convention between Greece and Turkey concerning the exchange of Greek and Turkish populations (Lausanne, 30 januari 1923): ‘As from the 1st May, 1923, there shall take place a compulsory exchange of Turkish nationals of the Greek Orthodox religion established in Turkish territory, and of Greek nationals of the Moslem religion established in Greek territory. These persons shall not return to live in Turkey or Greece respectively without the authorisation of the Turkish Government or of the Greek Government respectively.’

18 Zie bijvoorbeeld artikel 45 Treaty Between the Allied and Associated Powers and Bulgaria (...) (Neuilly-sur-Seine, 27 november 1919): ‘Within a period of two years from the coming into force of the present Treaty, Bulgarian nationals over 18 years of age and habitually resident in the territories assigned to Greece in accordance with the present Treaty will be entitled to opt for Bulgarian nationality. (...) Persons who have exercised the above right to opt must within the succeeding twelve months transfer their place of residence to the State for which they have opted. (...)’

19 In Europa: Oostenrijk, Tsjechoslovakije, Hongarije, Polen, Roemenië, Joegoslavië, Estland, Letland, Litouwen.

20 Zie artikel 27, 1° en 34 e.v. Vredesverdrag met Duitsland (Versailles, 28 juni 1919).

21 Verdrag tussen de belangrijkste geallieerde en de verbonden staten en Polen (Versailles, 28 juni 1919, artikel 8-9-10), idem en Tsjechoslovakije (Saint Germain-en-Laye, 10 september 1919, artikel 8-9); idem en het Koninkrijk van Serven, Kroaten en Slovenen (Saint Germain-en-Laye, 10 september 1919, artikel 8-9); idem en Bulgarije (Neuilly-sur-Seine, 27 november 1919, artikel 54-55) idem en Turkije (Sèvres, 10 augustus 1920, artikel 147-148) idem en Griekenland (Sèvres, 10 augustus 1920, artikel 8-9); idem en Roemenië (Parijs, 9 Decem-

rale²² verdragen en unilaterale verklaringen²³ bevatten garanties die uiteindelijk neerkomen op het introduceren van *duale onderwijsstelsels*. Het ging daarbij vrijwel zonder uitzondering om het regelen van de positie van minderheden in landen die gekenmerkt werden door een soms door de omstandigheden *zeer plots* gegroeide pluraliteit.²⁴ Dat laatste vormt een belangrijk verschil met de situatie zoals die zich in Nederland langzaamaan ontwikkeld had. In 1917 ging het erom een door de twee christelijke hoofdstromingen lang gewenste financiële gelijkberechtiging te realiseren, waarbij één hoofdstroming, het rooms-katholicisme, pas na 1848 werkelijk begon mee te tellen.²⁵ Samen vormden deze een meerderheid. Het idee dat bij de financiële gelijkstelling minderheidsrechten in het geding waren, speelde toen niet of amper.²⁶ Een ander onderscheid is de wijze waarop de garanties gevestigd zijn. In de minderhedenverdragen gaat het om de van overwonnen en nieuwe staten (door de overwinnaar-staten) afgedwongen garanties, in Nederland ging het

om de bezonnen keuze van de Grondwetgever, die daarbij niet onder externe druk handelde.

Helemaal vreemd is het procedé van externe internationaalrechtelijke dwang niet. De Nederlandse grondwetgever moest zelf al in 1815, bij het wijzigen van de Grondwet van 1814, rekening houden met door de vier toenmalige Grootmachten vastgestelde afspraken die grondrechten raakten, een soort minderhedenverdrag.²⁷ Het ging toen om het bieden van grondrechtengaranties aan de Belgische bevolking, demografisch weliswaar de *meerderheid* in Willem I's nieuwe Koninkrijk der Nederlanden. Vrij snel bleek dat de van buitenaf opgelegde verplichting niet met enthousiasme werd nageleefd.

4. Een duaal stelsel voor Polen (Verdrag van Versailles 1919)

Het 'moederverdrag' in de hier besproken categorie van minderhedenverdragen is het zogenoemde 'Klein Versailles', het verdrag met Polen dat in Versailles gesloten is op dezelfde dag als het bekendere vredesverdrag met Duitsland, 28

ber 1919, artikel 9-10). In dezelfde zin: het Verdrag met Turkije na de Grieks-Turkse oorlog (Lausanne, 24 juli 1923, artikel 39-45).

22 Verdrag 15 mei 1922 tussen Duitsland en Polen, over (voormalig Pruisisch) Oost-Silezië.

23 'Declaration' door de regering van Albanië (Genève, 2 oktober 1921, artikel 5-6), Litouwen (Genève, 12 mei 1922, artikel 5-6-7), Bulgarije en Griekenland (29 september 1924), beide laatste naar aanleiding van Bulgaars-Griekse conflicten.

24 Dit geldt ook voor buurland België, dat door de aanhechting van Eupen-Malmédy een drietalig land werd.

25 Zie: P.Th.F.M. Boekholt, 'De schoolstrijd van de katholieken', in: T.J. van der Ploeg e.a. (red.), *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht, Lemma, 2000, p. 17-34.

26 Zie B. Wallet, 'Onderwijs, burgerschap en religieuze vorming: Nederlandse joden tussen openbaar en bijzonder onderwijs', in: M. Laemers e.a. (eds.), *De houdbaarheid van het duale stelstel: Overeenkomsten en verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs 100 jaar na de Pacificatie*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2017, p. 199-212.

27 *De Acht Artikelen van het Protocol van Londen* (op 21 juni 1814 gesloten door Oostenrijk-Hongarije, Pruisen, het Verenigd Koninkrijk en Rusland) bepalen (voor zover relevant voor deze bijdrage): 'Art. 1 The union shall be intimate and complete, so that the two countries shall form only a single state to be governed by the Fundamental Law already established in Holland, which by mutual consent shall be modified according to the circumstances. Art. 2 There shall be no change in those articles of the Fundamental Law, which assure to all religious cults equal protection and privileges, and guarantee the admissibility of all citizens, whatever be their religious creed, to public offices and dignities. (...) Art. 4 All the inhabitants of the Netherlands thus having equal constitutional rights, they shall have equal claim to all commercial and other rights of which their circumstances allow, without any hindrance or obstruction being imposed on any to the profit of others.'

juni 1919.²⁸ Dit verdrag met Polen vormde een sluitstuk in het herscheppen van het land als onafhankelijke staat, een constructie die precies twintig jaar stand zou houden; in september 1939 werd het Poolse grondgebied alweer opgedeeld tussen Rusland en Duitsland.

In het nieuwe Polen werden diverse minderheden samengebracht, waarvan de opvallendste (en bijzonder grote, het ging om zo'n drie miljoen burgers) werd gevormd door de joodse gemeenschappen. Deze joodse minderheden verkregen onder het verdrag een ruimere bescherming dan de andere minderheden.

In het verdrag vinden we in artikel 8 een voorziening terug die de belichaming vormt van de vrijheid (voor specifieke minderheden, weliswaar) om er eigen scholen op na te houden:

'Polish nationals who belong to racial, religious or linguistic minorities shall enjoy the same treatment and security in law and in fact as the other Polish nationals. In particular they shall have an equal right to establish, manage and control at their own expense charitable, religious and social institutions, schools and other educational establishments, with the right to use their own language and to exercise their religion freely therein.'

Deze bepaling heeft, zo blijkt uit artikel 1 van het verdrag, een zo fundamenteel karakter dat de Poolse wetgever er niet van kon afwijken.²⁹ De daarin verwoorde vrijheidsgarantie is beperkt, in die zin dat de burgers die tot de te beschermen minderheden behoren in beginsel

zelf in moeten staan voor de bekostiging van het onderwijs. Ruimere bescherming biedt echter het tweede lid van artikel 9, en dit ten behoeve van diezelfde etnische, religieuze of taalminderheden, op voorwaarde dat die een zekere omvang hebben:

*'In towns and districts where there is a considerable proportion of Polish nationals belonging to racial, religious or linguistic minorities, these minorities shall be assured an equitable share in the enjoyment and application of the sums which may be provided out of public funds under the State, municipal or other budget, for educational, religious or charitable purposes.'*³⁰

De joodse gemeenschappen werden in artikel 10 eerste lid van het verdrag eigen lokale instanties toegezegd die in zouden moeten staan, zij het onder staatstoezicht, voor enerzijds de organisatie en het bestuur van joodse scholen en anderzijds de verdeling van subsidies aan deze instellingen:

'Educational Committees appointed locally by the Jewish communities of Poland will, subject to the general control of the State, provide for the distribution of the proportional share of public funds allocated to Jewish schools in accordance with Article 9, and for the organisation and management of these schools (...).'

Artikel 9 en 10 van het verdrag ontberen het fundamentele karakter dat de vrijheidsbepaling in artikel 8 heeft. De speelruimte voor de Poolse overheid is daarmee ruimer.

In haar recente dissertatie over joods onderwijs in Polen schrijft Hanna Schmidt Holländer: 'These regulations enabled a Jewish school system based on either religious or secular

28 Minderhedenverdrag met Polen, Versailles 28 juni 1919 (tekst via: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1919Parisv13/ch29>)

29 'Poland undertakes that the stipulations contained in Articles 2 to 8 of this Chapter shall be recognised as fundamental laws, and that no law, regulation or official action shall conflict or interfere with these stipulations, nor shall any law, regulation or official action prevail over them.'

30 Met een beperking voor Duitstalige minderheden: 'The provisions of this Article shall apply to Polish citizens of German speech only in that part of Poland which was German territory on August 1, 1914.'

grounds.³¹ Dit betekende echter niet dat er sprake was van een royale invulling van de verdragsverplichtingen door de Poolse staat, integendeel. Het ging tenslotte om opgelegde verplichtingen. De verdragsbepalingen werden – net als de in 1815 aan de Nederlandse Koning opgelegde verplichtingen jegens de Zuid-Nederlandse onderdanen – zuinig uitgelegd. Schmidt Holländer beschrijft de niet eens zo listige wegen die daartoe bewandeld werden. Het blijkt uiteindelijk een zaak van meer of minder kwaadwillig interpreteren. Als het verdrag een recht op onderwijsinstelling toekent aan ‘a considerable proportion of Polish nationals belonging to racial, religious or linguistic minorities’ (artikel 9 tweede lid Verdrag), moet dan niet bepaald worden wat een ‘considerable proportion’ is? En dat gebeurde ook.

Deze exercitie viel ongunstig uit voor de Poolse joodse minderheid, zelfs al maakte die in sommige gebieden een aanzienlijk deel van de lokale bevolking uit.³² Uiteindelijk blijkt er van een ‘an equitable share’ in overheidsbudget niets terecht te komen. Artikel 9 tweede lid van het Verdrag van Versailles blijft na 1919 een dode letter. En na 1935 is, onder invloed van een groeiend Pools nationalisme, de deur opengezet naar een ongelijke behandeling van joden op alle mogelijke terreinen, gaande van de boycot van joodse ondernemingen tot het belemmeren van de positie van joodse studenten in het universitaire onderwijs: ‘The most important centres of antisemitic violence were universities and university cities, which were controlled by the nationalist right. At universities, with the support of their authorities, the “ghetto benches” (special pews for Jews) were introduced, and the number of Jewish students reduced. Those who remained were regularly harassed and beaten.’³³ Hier

31 H. Schmidt Holländer, *Ghetto Schools. Jewish Education in Nazi-Occupied Poland*, dissertatie Fakultät für Geisteswissenschaften der Universität Hamburg, 2014, p. 20.

32 H. Schmidt Holländer, *o.c.*, p. 22.

33 Przemysław Wielgosz, ‘Poland’s nationalists are burying their antisemitic past – this is dangerous’, *The Guardian*,

doemt een minder prettige vorm van een duaal systeem op, namelijk een van uitsluiten en apart zetten, een fenomeen dat zich ook in Nederland in het onderwijs voordeed, in bezettingstijd.³⁴

5. De onvergelykbaarheid van de Haagse Pacificatie en die van Versailles

De in het kader van de Parijse vredesonderhandelingen in 1919 in het Poolse minderhedenverdrag neergelegde oplossing voor het samenleven van meerdere bevolkingsgroepen in één staat – met name het samenleven met minderheden – is in technische zin vergelijkbaar met wat in het Nederlandse onderwijsbestel gebeurde in 1917. Net zomin als de Poolse overheid na 1919 juridisch kon worden aangesproken op een mankerend beleid voor wat betreft het bestaan van joodse onderwijsinstellingen, hoefde de Nederlandse wetgever zich na 1917 zich (zie het toenmalige artikel 121 Grondwet) niets gelegen te laten liggen aan de nieuwe grondwetsbepaling. Het voor Polen bedachte en in het Minderhedenverdrag van Versailles vastgestelde model mislukte; het Haagsche compromis, leidend tot het nieuwe onderwijsartikel in de grondwet, slaagde. Artikel 23 Gw is daarmee

6 maart 2018 (via: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/mar/06/poland-antisemitism-nationalism-holocaust>). Zie ook H. Schmidt Holländer, *o.c.*, p. 21 e.v.

34 De uitsluiting uit openbaar (en protestants-christelijk en rooms-katholiek) onderwijs, die de joodse leerplichtige kinderen in 1941 in bezet Nederland overkwam, zorgde in ons land van de weeromstuit voor een groei van een ‘onvrij’ duaal stelsel: overal ontstonden joodse scholen, tot in het kamp Westerbork toe. Een gedetailleerde beschrijving in J. Presser, *Ondergang. De vervolging en verdelging van het Nederlandse jodendom 1940-1945*, I, Staatsuitgeverij, Den Haag, 1985, p. 135-144. Andere segregerende maatregelen uit diezelfde periode betroffen invoering van een *numerus clausus* in het onderwijs (februari 1941), weren uit de universiteit (februari 1941) en een studieverbod voor joodse studenten (september 1942).

niet tot een onaantastbare bepaling uitgegroeid. Integendeel, de bepaling blijft voorwerp van voortdurende zorg.³⁵ Artikel 23 Grondwet is, anders dan het minderhedenverdrag van Versailles, geen geschiedenis. In de internationaal-rechtelijke bepalingen met betrekking tot de vrijheid van onderwijs is een bekostigingsstelsel dat een 'fair share' van het onderwijsbudget inhoudt, niet meer terug te vinden. Het Nederlandse stelsel blijft – *bijna*, overigens – uniek.³⁶

Over de auteur

Dr. lic. A.J. Overbeek

Universitair docent Staatsrecht VU, onderzoeker Universiteit Antwerpen en Interuniversitair Centrum Onderwijsrecht.

See you in court!

Arno Overmars¹

De afgelopen jaren is er door de overheid en onderwijsinstellingen veel geïnvesteerd in het bevorderen van de mondigheid en betrokkenheid van studenten. Keerzijde daarvan is dat studenten in toenemende mate onderwijsinstellingen aansprakelijk stellen wanneer zij schade lijden door het handelen van die instellingen. Rechtbanken kennen met enige regelmaat een schadevergoeding toe aan (oud-)studenten, wegens schending van de zorgplicht door de onderwijsinstellingen. Wat houdt de zorgplicht precies in en tot hoever reikt deze? In dit artikel geef ik antwoord op deze vragen over de juridificering

35 Vgl. Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief. Nieuwe richtingen aan de vrijheid van onderwijs*, Den Haag, 2012; Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten. Verkenning*, Den Haag, 2002.

36 Buurland België kent een vergelijkbaar duaal onderwijsbestel, ook teruggaand op een 'pacificatie', het Schoolpact van 1958. Zie beknopt: De Groof & Noorlander, o.c., p. 58-60.

1 Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

van de relatie tussen onderwijsinstelling en student, aan de hand van de problematiek van de bacheloropleiding Medisch Hulpverlener.

1. Bacheloropleiding Medisch Hulpverlener

In 2006 benaderde Ambulancezorg Nederland de Hogeschool Arnhem en Nijmegen (HAN) met de vraag na te willen denken over een nieuwe opleiding. Er was sprake van een vergrijzend personeelsbestand en voorspelde tekorten, en omdat het gemiddeld tien jaar duurt voordat een verpleegkundige op de ambulance kan werken, was er behoefte aan een kortere – vierjarige – bacheloropleiding voor medisch ondersteuners. De HAN besloot gezamenlijk met de Hogeschool Utrecht (HU) de hulpvraag te verkennen en schakelde daartoe het Kenniscentrum Beroepsonderwijs Arbeidsmarkt (KBA) in. Het KBA deed onderzoek in 2007² en vervolgonderzoek in 2009.³ Hieruit bleek dat er inderdaad behoefte was aan medisch hulpverleners, maar dat zij na vier jaar studie wel erg jong zouden zijn om op een ambulance te werken. Ook moest het beroep van Medisch Hulpverlener worden opgenomen in het openbare register Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (BIG).⁴ Die registratie dient als keurmerk, zodat de kwaliteit van de zorg aan patiënten gegarandeerd kan worden. Mede op basis van de rapporten van het KBA bracht de Commissie Doelmatigheid Hoger Onderwijs (CDHO) begin 2010 een positief advies uit aan de Staatssecretaris van Onderwijs. Ook voor de CDHO speelden de verwachte tekorten in de zorg een grote rol. En ook

2 *Arbeidsmarktonderzoek naar de behoefte aan een hbo-opleiding Medische Hulpverlening*, Nijmegen september 2007, raadpleegbaar via <https://www.kbanijmegen.nl/doc/pdf/medische-hulpverlening.pdf>.

3 *Macrodoelmatigheid van de bacheloropleiding Medische Hulpverlening*, Nijmegen december 2009, raadpleegbaar via <https://www.kbanijmegen.nl/doc/pdf/MHV.pdf>.

4 Zie: <https://www.bigregister.nl/zoek-zorgverlener>.

volgens de CDHO was voor een aantal functies waarvoor wordt opgeleid een BIG-registratie noodzakelijk. De hogescholen gaven in reactie daarop aan ‘de weg die hiertoe bewandeld moet worden verder te onderzoeken’. In mei 2010 stemde de staatssecretaris in met het voorneemen om de hbo-bachelor medisch hulpverlener (BMH) als bekostigde opleiding te verzorgen. Hierbij werden de onderwijsinstellingen opnieuw verzocht nader onderzoek te doen naar de noodzaak en/of wenselijkheid van een BIG-registratie. In september 2010 ging bij de HAN en de HU de BMH-opleiding van start, met respectievelijk 37 en 72 eerstejaars studenten. De Hogeschool Rotterdam volgde twee jaar later.

2. Problemen

De personeelstekorten die werden verwacht hebben zich inderdaad, met vertraging, voorgedaan. Echter, als gevolg van de economische crisis gingen meer parttimers in de zorg fulltime werken en ontwikkelden ziekenhuizen hun eigen in-service opleidingen. Daarmee verdween de prikkel om een nieuwe BMH-opleiding te ontwikkelen en het aantal stageplaatsen voor deze studenten uit te breiden. Ook speelde onduidelijkheid over de noodzaak van de BIG-registratie een rol. De kwestie leidde begin 2014 tot Kamervragen.⁵

Ambulancezorg Nederland stelde dat de BIG-registratie noodzakelijk was om – ook als stagiair – te kunnen werken binnen de ambulancezorg. De hogescholen waren met de nieuwe opleiding gestart, ervan uitgaande dat de administratieve procedure voor de BIG-registratie spoedig doorlopen zou zijn. Maar het duurde langer dan verwacht, met als gevolg dat het beroepenveld nauwelijks stageplaatsen ter beschikking stelde voor de BMH-studenten.

⁵ *Kamerstukken II 2013/14, Aanhangsel van de Handelingen 2765.*

3. Juridisering

Enkele studenten die in 2010 en 2011 met de BMH-opleiding waren begonnen liepen door het tekort aan stageplaatsen (forse) studievertraging op. Dat bracht niet alleen extra studiekosten met zich mee maar zorgde er ook voor dat de studenten pas later aan hun professionele carrière konden beginnen. De studenten stelden de HU (2015) en de HAN (2016) aansprakelijk voor de gevolgen van de onduidelijkheid over de BIG-registratie. Ook studenten van de Hogeschool Rotterdam kondigden een rechtszaak aan.⁶ Waarom hadden de hogescholen onderwijs aangeboden, terwijl ruim vijf jaar na de start van de vierjarige opleiding nog altijd onduidelijk was of de studenten aan het werk konden in het beroep waarvoor ze werden opgeleid? Voor dat laatste was immers een BIG-registratie van het beroep van medisch hulpverlener vereist, zo stelden de studenten. De hogescholen verweerden zich. Een BIG-registratie was helemaal niet of slechts beperkt noodzakelijk voor het kunnen uitvoeren van een stage en het vinden van een passende baan. Ook stelden de hogescholen niet verantwoordelijk te zijn voor de BIG-registratie, omdat die door het beroepenveld moet worden aangevraagd. Bovendien waren de hogescholen bij het besluit om te starten met de opleiding afgestaan op de uitkomst van onderzoeken en adviezen van de Staat (bijvoorbeeld het positieve advies van de CDHO), dus moesten de studenten zich tot de Staat wenden voor compensatie van de door hen gestelde schade. Tot slot meenden de hogescholen dat er – afgezien van het ontbreken van stageplaatsen – in het studiegedrag van de studenten ook oorzaken aan te wijzen waren waardoor studievertraging was opgelopen.

De hogescholen verloren alle rechtszaken, ook het hoger beroep dat een van hen instelde.⁷ De

⁶ Zie: <https://trajectum.hu.nl/studenten-eisen-miljoenschadevergoeding-hogeschool-rotterdam/>.

⁷ Zie voor de HU in eerste aanleg: ECLI:NL:RBMNE:2016:1013 en

rechtbanken en het gerechtshof stelden vast dat het verwijt dat de hogescholen te maken is niet zozeer is dat zij (op basis van de positieve adviezen van de Staat) waren gestart met de opleiding, maar dat de hogescholen, als gevolg van een tekort aan stageplekken, niet hadden voldaan aan hun zorgplicht met betrekking tot (het waarschuwen voor risico's ter zake van) de studeerbaarheid van de opleiding. Niet mis te verstaan was het oordeel van de rechtbank dat 'voldoende vaststaat' dat het ontbreken van een BIG-registratie een belangrijke oorzaak was voor het tekort aan stageplaatsen. En hoewel uit het systeem van de wet volgt dat het niet mogelijk is om, voordat een opleiding van start gaat al een BIG-registratie aan te vragen – het profiel van het nieuwe beroep moet namelijk duidelijk zijn – hadden de hogescholen niet goed ingeschat hoe moeilijk het was om voldoende stageplekken te vinden in de gezondheidszorg voor studenten van een opleiding die niet BIG-geregistreerd is. Daar hadden de hogescholen bij de start van de opleiding rekening mee moeten houden. Nu de hogescholen dat hadden nagelaten waren zij aansprakelijk voor de studievertraging die de studenten hadden opgelopen.

Pas met ingang van 1 mei 2017 – bijna zeven jaar na de start van de vierjarige opleiding – kreeg het beroep van medisch hulpverlener een tijdelijke BIG-registratie voor de duur van vijf jaren.⁸ In die periode (2017-2022) wordt een

ECLI:NL:GHARL:2018:6232 in hoger beroep. Zie voor de HAN in eerste aanleg: ECLI:NL:RBGEL:2018:2950.

8 Tijdelijk besluit zelfstandige bevoegdheid bachelor medisch hulpverlener, 5 april 2017, *Stb.* 2017, 162. Doel van de tijdelijke registratie is niet zozeer om problemen op de arbeidsmarkt weg te nemen maar om na te gaan of de zorg in spoedeisende situaties beter wordt. De Raad van State adviseerde overigens negatief over registratie, zie *Stcrt.* 21494, 19 april 2017, onder meer omdat op voorhand niet duidelijk was in hoeverre ziekenhuizen en ambulancediensten na de voorgestelde regulering wel bereid zouden zijn stageplaatsen te realiseren.

zestal voor BMH-afgestudeerden voorbehouden handelingen onderzocht en gemonitord. Daarna volgt een besluit over een definitieve opname in het BIG-register.

4. Zorgplicht

Zowel de rechtbanken als het gerechtshof verwijten de hogescholen dat zij de zorgplicht niet (in voldoende mate) zijn nagekomen. De zorgplicht van onderwijsinstellingen is niet in wettelijke bepalingen gedefinieerd maar volgt uit de systematiek van de wet en de relatie tussen onderwijsinstelling en student. Zo is in artikel 7.4 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) bepaald dat de studielast van elke opleiding door het instellingsbestuur wordt uitgedrukt in studiepunten (lid 1). Een opleiding moet vervolgens zodanig worden ingericht dat een student in staat is het aantal studiepunten te behalen waarop de studielast voor een studiejaar gebaseerd is (lid 2). Omdat een reguliere opleiding een studielast heeft van 60 studiepunten per jaar, moeten studenten in vier jaar een diploma kunnen behalen van een opleiding met een studielast van 240 studiepunten, inclusief een verplichte stage, zoals de BMH-opleiding.

Ter voldoening aan de plicht om studenten binnen de gestelde duur een diploma te laten behalen, moet een onderwijsinstelling deugdelijk hoger onderwijs verzorgen en daarbij jegens haar studenten handelen zoals in de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwame en redelijk handelende onderwijsinstelling mag worden verwacht. Daarmee is de zorgplicht gedefinieerd. Het is geen resultaatverplichting (de student haalt in vier jaar zijn diploma), maar een inspanningsverplichting (de onderwijsinstelling stelt de student in voldoende mate in staat om in vier jaar zijn diploma te kunnen halen). Schiet de onderwijsinstelling hierbij toerekenbaar tekort, dan is er civielrechtelijk sprake van schending van de zorgplicht, wanprestatie of dwaling, waarvoor de onder-

wijnsinstelling aansprakelijk is. Die aansprakelijkheid vertaalt zich in de plicht tot vergoeding van de gevolgschade. Hoe groot die schade is, hangt af van de omstandigheden van het geval, maar verschillende rechtbanken hebben al geoordeeld dat de Richtlijn inzake studievertraging van de Letselschaderaad daarbij in beginsel een handvat kan bieden.⁹ Deze Richtlijn begroot het normbedrag van de schade die optreedt bij studievertraging op ruim € 20.000 per verjaard jaar.

5. Studievertraging

Het oplopen van studievertraging was vaker inzet van een rechtszaak tussen (oud-)studenten en onderwijsinstellingen. In 2012 kreeg een student van Fontys Hogeschool € 6.000 schadevergoeding toegekend wegens een aan de instelling te wijten studievertraging van twaalf maanden (€ 500 per verjaard maand). Naar het oordeel van de rechtbank had Fontys niet gehandeld zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende hogeschool mag worden verwacht, door er onvoldoende op toe te zien dat de student de stage goed voorbereid kon beginnen. Bovendien greep Fontys niet in toen tijdens de stage bleek dat het niet goed ging met de student.¹⁰ In een andere zaak leidde het oplopen van studievertraging door een technisch probleem met het computersysteem van de Universiteit van Amsterdam tot toekenning van ruim € 9.000 schadevergoeding door de rechtbank, omdat een student zich daardoor niet tijdig voor een aantal vakken kon inschrijven.¹¹

Niet alleen een problematische stage, maar ook een (onterecht) negatief bindend studieadvies kan tot vertraging leiden. Een student aan de Hogeschool InHolland had na een dergelijk advies de opleiding verlaten, maar stelde de

instelling aansprakelijk voor vertragingsschade. Nadat de rechtbank zijn vordering had afgewezen¹² kreeg hij in hoger beroep alsnog gelijk.¹³ Het gerechtshof oordeelde dat de onderwijs-overeenkomst tussen een student en de onderwijsinstelling voor beide partijen rechten en verplichtingen met zich meebrengt. Tot de verplichting van de student behoort met name het betalen van collegegeld. De verplichting van de onderwijsinstelling bestaat uit het aanbieden van deugdelijk onderwijs, waarbij de student voldoende begeleiding krijgt zodat de studievoortgang niet in gevaar komt. Mochten zich problemen voordoen, dan moet de onderwijsinstelling zich inspannen om deze samen met de student op te lossen. Omdat dit onvoldoende was gebeurd, moest InHolland schadevergoeding betalen, bestaande uit het collegegeld, de opgebouwde studieschuld en de misgelopen inkomsten uit arbeid. Een jaar later oordeelde de rechtbank dat de Hogeschool van Amsterdam bijna € 11.000 schadevergoeding moest betalen aan een student voor de studievertraging die hij had opgelopen door een ten onrechte afgegeven negatief bindend studieadvies.¹⁴ Toen dat advies eenmaal door de hogeschool gecorrigeerd was, was het nieuwe studiejaar al begonnen en liep de student een half jaar achter. Omdat hij zich daardoor ook later op de arbeidsmarkt kon begeven, liep hij een half jaar inkomsten uit arbeid mis, aldus de rechtbank.

6. Arbeidsperspectief

Bij de BMH-opleiding zagen we dat – afgezien van de studievertraging waardoor de studenten zich pas later op de arbeidsmarkt konden begeven – ook de kansen op de arbeidsmarkt beperkt werden door het ontbreken van de BIG-regis-

9 Zie: <https://deletselschaderaad.nl/wp-content/uploads/Richtlijn-Studievertraging.pdf>.

10 Zie: ECLI:NL:RBSHE:2012:BW9260.

11 Zie: ECLI:NL:RBAMS:2015:3202.

12 Vonnis van de Rechtbank Den Haag, team kanton, van 4 april 2013.

13 Zie: ECLI:NL:GHDHA:2015:218.

14 Zie: ECLI:NL:RBAMS:2016:1555. De rechtbank heeft in deze zaak aansluiting gezocht bij de eerder aangehaalde Richtlijn studievertraging.

tratie. Meer in z'n algemeenheid geldt dat het behalen en bezitten van diploma's, graden en titels een economische en sociale waarde vertegenwoordigt. Daarbij is van belang dat de erkenning van de onderwijsinstelling en opleiding door de overheid vereist is om wettelijk erkende graden af te kunnen geven. Dat is geen vanzelfsprekendheid, blijkens de toewijzing door de rechtbank van een vordering van zeventien studenten tot terugbetaling van € 75.990 aan door hen betaalde collegegelden.¹⁵ De studenten hadden op grond van de door de Hogeschool voor Criminologie verstrekte informatie gedwaald over de erkenning door de overheid van de opleiding, waarmee een hbo-diploma althans een bachelor- of mastergraad zou kunnen worden behaald. In een andere zaak over graadverlening oordeelde de rechtbank dat sprake was van wanprestatie door de Universiteit van Amsterdam (UvA) ten gevolge waarvan het door een student betaalde collegegeld (ruim € 20.000) moest worden terugbetaald.¹⁶ In dezelfde periode werden ook de Hogeschool Utrecht¹⁷ (€ 50.000 schadevergoeding), de Design Academy Eindhoven¹⁸ en de Saxion Hogeschool¹⁹ veroordeeld, telkens vanwege onrechtmatig verleende titulatuur. De oud-studenten kregen allen het betaalde collegegeld terug en hadden recht op een schadevergoeding. Voorlopig hoogtepunt vormt het statement dat de Hogeschool Rotterdam begin 2013 op haar website publiceerde.²⁰ Zij verklaarde daarin gedurende langere tijd aan

enkele tientallen studenten diploma's te hebben verstrekt waaraan ten onrechte een wetenschappelijke graad was verbonden.

De materie is niet alleen een civielrechtelijk vraagstuk, want inmiddels heeft de onrechtmatige graadverlening ook tot een veroordeling door de strafrechter geleid. Eind 2013 werd de Al Huraa-universiteit tot een geldboete van € 50.000 veroordeeld wegens valsheid in geschrifte en oplichting.²¹ De onderwijsinstelling had gedurende enkele jaren ruim honderd diploma's verstrekt waaraan universitaire graden verbonden waren, terwijl ze daartoe niet bevoegd was. Naast de geldboete moest Al Huraa ook de gemaakte studiekosten (€ 4.640) restitueren aan een oud-student. Het oordeel van de strafrechter over de diploma's (vals en niets waard) is opmerkelijk,²² omdat niets in de weg staat aan het verlenen van andere dan de wettelijk erkende graden, door onderwijsinstellingen die niet door de overheid zijn erkend. En dat is precies wat de niet door de overheid erkende Al Huraa-universiteit deed.²³ Echter, door de diploma's van diverse stempels en handtekeningen te voorzien werd, aldus de rechtbank, door Al Huraa de reële indruk gewekt dat het om erkende documenten ging en was de oud-student wederrechtelijk tot betaling gedwongen.

15 Zie: ECLI:NL:RBSHE:2003:AK4534.

16 Zie: ECLI:NL:HR:2008:BC3880.

17 Zie: ECLI:NL:RBUTR:2007:BA7812.

18 Zie: <https://www.scienceguide.nl/2009/06/hbo-titel-inzet-rechtszaak/>.

19 Zie: ECLI:NL:RBALM:2009:BK3556, in 2011 in hoger beroep voor het grootste deel bekrachtigd door het hof, zie: ECLI:NL:GHARN:2011:BT8435. Zie ook: 'Boete hogeschool om onterechte titel', *de Volkskrant* 20 november 2009.

20 Zie: <https://profielen.hr.nl/2013/problemen-met-33-diplomas-wdka/>. Zie ook: <http://www.pzwart.nl/>

blog/2013/07/03/update-statement-media-design-en-communicatie/?lang=nl.

21 Zie: ECLI:NL:RBDHA:2013:16568.

22 Zie: A.G.D. Overmars, 'Niet bevoegd tot het verlenen van academische graden?', noot bij uitspraak Rechtbank Den Haag, 3 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16568, in: *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid* (NTOR), jaargang 26, nummer 1, mei 2014, p. 21-27. Een niet erkend diploma is niet (altijd) hetzelfde als een vals diploma dat niets waard is.

23 Zie ook: R. Fernhout, *Vrij verkeer van studenten* (afscheidsrede RU), Nijmegen 2013, p. 13.

Sinds 2017 zijn in de WHW normen en maatregelen opgenomen met betrekking tot het gebruik van de namen 'universiteit' en 'hogeschool', het verlenen van graden en het voeren van titels.²⁴ Als graden worden verleend voor opleidingen die niet door de Nederlandse overheid zijn erkend geldt de kenbaarheidseis als voorwaarde: door onderwijsinstellingen moet kenbaar worden gemaakt welke graad (inclusief eventuele toevoeging) aan een opleiding is verbonden en op welke buitenlandse regeling die is gebaseerd. Want voor studenten moet bijtijds duidelijk zijn dat het geen door de Nederlandse overheid erkende graad betreft. België gaat op dit punt nog een stap verder. Daar is strafbaar gesteld om überhaupt mastergraden af te geven zonder voorafgaande erkenning door de overheid.²⁵ Met de erkenningsprocedure wordt het verlenen van mastergraden onderworpen aan kwaliteitseisen en verificatie, ten gevolge waarvan een hoog niveau van onderwijs kan worden gewaarborgd.²⁶

7. Conclusie

In toenemende mate worden (oud-)studenten mondig en stellen zij onderwijsinstellingen aansprakelijk voor schade die zij oplopen. Het is dan aan de rechtbank om te beoordelen of de onderwijsinstelling heeft zorggedragen voor deugdelijk onderwijs en zich heeft gedragen zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende

onderwijsinstelling mag worden verwacht. Het komt veelal aan op heldere en eenduidige informatievoorziening aan studenten over de erkenning door de overheid van de aangeboden opleiding. Om te opereren als niet-erkende onderwijsinstelling is vereist dat duidelijk, volledig en expliciet wordt aangegeven dat de instelling niet bevoegd is om wettelijk erkende diploma's te verlenen. Doet de instelling dat niet dan handelt zij wederrechtelijk en loopt zij – bijvoorbeeld – het risico dat studenten zich met succes op vernietiging van de studieovereenkomst kunnen beroepen.²⁷ Datzelfde geldt in geval van het aanbieden van een onvoldoende studeerbare opleiding. Daarvan kan sprake zijn wanneer, zoals bij de BMH-opleiding, voldoende stageplaatsen ontbreken vanwege een ontoereikende juridische inbedding van de functies waartoe wordt opgeleid. Maar ook wanneer een onderwijsinstelling onvoldoende onderwijs en tentamenkansen aanbiedt (vanwege ziekte van docenten) kan sprake zijn van een onvoldoende studeerbare opleiding, waardoor de onderwijsinstelling onrechtmatig handelt jegens de student. Ook dan is sprake van schending van de zorgplicht ten gevolge waarvan schadevergoeding betaald moet worden.²⁸

8. Slot

De juridisering van de relatie tussen onderwijsinstellingen en (oud-)studenten en de toename van rechtszaken staan in schril contrast met een van de belangrijkste taken van hogescholen en universiteiten: het aanbieden van hoogwaardig praktijkgericht of academisch onderwijs. Onderwijsinstellingen doen veel moeite om een goede reputatie op te bouwen en te behouden, studenten aan te trekken voor een breed palet aan opleidingen en hen met een diploma af te leveren op de arbeidsmarkt. Bij het overgrote deel van de studenten gaat dit goed. Het succes van de onderwijsinstelling vertaalt zich dan ook

24 Wet bescherming namen en graden hoger onderwijs, *Stb.* 2017, 97.

25 Zie artikel II.75, § 6 van de Codex Hoger Onderwijs van 11 oktober 2013, *Belgisch Staatsblad* 27 februari 2014.

26 Zie ook *Kirschstein*, C-393/17 d.d. 15 november 2018. De conclusie van de A-G betreft de prejudiciële vraag van het Hof van Beroep Antwerpen of het nationaal-rechtelijke verbod (en de strafrechtelijke sanctie voor een schending van dat verbod) voor een niet-erkende instelling voor hoger onderwijs om mastergraden te verlenen verenigbaar is met de Dienstenrichtlijn en met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De A-G stelt voor de prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden.

27 Zie: ECLI:NL:RBOBR:2013:6700.

28 Zie: ECLI:NL:RBZWB:2016:6382.

in – bijvoorbeeld – stijgende studentenaantallen, het hoge niveau van het onderwijs en de plek in de verschillende internationale lijsten van beste onderwijsinstellingen.²⁹ Maar wanneer het fout gaat, staan (oud-)studenten en onderwijsinstellingen lijnrecht tegenover elkaar en ontstaat soms een langdurige en felle juridische strijd.

Ik pleit er dan ook voor om het nakomen van de zorgplicht zo mogelijk niet in de rechtbank te laten beoordelen, maar deze plicht op te vatten als een moreel appel. Laat onderwijsinstellingen bij conflictsituaties primair het belang van de (oud-)student voorop stellen, in plaats van te zoeken naar het juridische gelijk. Dat past veel beter bij de taak van de onderwijsinstellingen. Erken dat er soms zaken verkeerd gaan, zich onverwachte problemen voordoen of blijkt dat de instelling zich heeft vergist. Bij een trotse houding van de onderwijsinstelling in geval van successen past nederigheid bij het oplossen van problemen, ook als dat een financieel offer vraagt. Daarbij mag vanzelfsprekend van de (oud-)student een redelijke opstelling verwacht worden. Naar mijn idee is hier een mooie rol voor Paul weggelegd. Want zou het niet fantastisch zijn wanneer hij, nu hij met emeritaat gaat en wat meer tijd krijgt, het onderwijs nogmaals een dienst zou willen bewijzen door in voorkomende gevallen als mediator op te treden? Met zijn jarenlange ervaring en kennis van zaken geldt hij als expert. Zijn bemiddeling in conflictsituaties kan partijen bijeenbrengen en juridische procedures helpen voorkomen.

²⁹ Zie bijvoorbeeld: https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2019/world-ranking#!/page/0/length/25/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats.

Over de auteur

mr. dr. A.G.D. Overmars

Senior beleidsadviseur bij de Dienst Uitvoering Onderwijs van het Ministerie van OCW, rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Noord-Nederland en lid van de redactie van het *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid (NTOR)*.

Als je niets kent, kun je niks

Over het kennen-en-kunnen-besluit in het systeem van de Awb

Hans Peters

De verhouding tussen het onderwijsrecht en de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is van meet af aan niet makkelijk geweest. De belangrijkste oorzaak daarvan is dat het onderwijsrecht valt te duiden als een bijzonder deel van het bestuursrecht – de onderwijswetgeving behoort tot de oudste bestuursrechtelijke wetgeving in ons land¹ – maar dat dit deel sterk gevormd en beïnvloed wordt door staatsrechtelijke aspecten. Daarmee is het gelegen op het grensvlak van twee rechts-culturen binnen het publiekrecht en dat werpt steeds opnieuw de bekende vraag op tot welke ‘wereld’ men behoort. Daarbij willen de staatsrechtelijke en bestuursrechtelijke disciplines nog weleens botsen (ook) rond de Awb.

1. Inleiding

Typerend zijn de woorden van Kummeling in zijn inleiding voor de Staatsrechtconferentie 1998: ‘(...) het is mijn stellige indruk dat de beide wetenschapsdisciplines, vooral sinds de voorbereiding en de totstandkoming van de

¹ Zie J.A. de Boer e.a., ‘De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is’, *NTB* 2014/15, p. 114.

Algemene wet bestuursrecht uit elkaar zijn gegroeid en erger nog dat – uitzonderingen daargelaten – de beoefenaren van de beide disciplines met de rug naar elkaar toe zijn gaan staan.² Daaraan zal zeker debet zijn dat de totstandkoming van de Awb het bestuursrecht in een klap een stuk ‘volwassener’ heeft gemaakt. Met de invoering van de Awb werd het algemeen deel van het bestuursrecht samengebracht en verder gecodificeerd, belangrijke delen van het bestuursrecht gesystematiseerd en eenheid in de rechtsgang naar de bestuursrechter gecreëerd.³ Van die enorme systematische stap is ook een emancipatoir effect op de discipline uitgegaan. Dat daarvan een zekere dreiging is uitgegaan – er werd zelfs aan de Awb een suprematie toegedicht⁴ – is zeker niet onvoorstelbaar.

In dat stugge gewricht tussen de disciplines bevindt zich het onderwijsrecht en die positie heeft het onderwijsrecht er niet transparanter op gemaakt. Vanuit het bestuursrecht bezien is de onderwijswetgeving atypisch en lastig te vangen in de ‘standaardsystematiek’ waarmee bestuursrechtjuristen gewoon zijn te werken. Het gaat dan met name om financiering, sancties en rechtsbescherming.⁵ In dit perspectief wijzen Zoontjens en Vermeulen in hun VAR-preadvies 2000 op een Gallisch dorpje:⁶ het kennen-en-kunnen-besluit in artikel 8:4 Awb.

In hun ogen blijkt daar uit de tekst van de Awb en de wetsgeschiedenis dat de Awb-wetgever uitgaat van een autonomie van het onderwijsrecht ten opzichte van de Awb.⁷ Die interpretatie valt vanuit een staatsrechtelijk perspectief, met gevoel voor dichotomie tussen het staatsrecht en bestuursrecht, wel te begrijpen. Vanuit een bestuursrechtelijke invalshoek kan daar echter heel anders tegenaan gekeken worden en kan zelfs de vraag worden gesteld of de uitzondering in artikel 8:4 Awb systematisch wel wenselijk is. Over deze twee aspecten gaat deze bijdrage.

2. Een oude wetsbepaling uitontwikkeld in rechtspraak

De uitzondering zoals wij die thans in artikel 8:4 derde lid aanhef en onder b Awb kennen, is direct overgenomen uit artikel 5 onderdeel m van de Wet Arob. Indertijd werd deze uitzondering opgenomen omdat ‘duidelijk’ zou zijn dat beslissingen inhoudende een examenuitslag of een uitslag op elke andere wijze van toetsen van het kennen en kunnen van een kandidaat of leerling ‘zich niet lenen voor beoordeling door de administratieve rechter’.⁸ Met dezelfde ratio is artikel 8:4 in de Algemene wet bestuursrecht terechtgekomen. Het is deze zingeving die een gedachtegang van autonomie van het onderwijsrecht ten opzichte van de Awb voedt. Dat wordt versterkt doordat de toelichting van artikel 8:4 Awb verder expliciteert: ‘Voor alle duidelijkheid zij nog vermeld dat aan deze uitzondering geen wijdere strekking dient te worden toegekend dan zij thans onder de Wet Arob heeft. (...) Dat betekent dat alleen die gevallen zijn uitgezonderd waarin iemand is “opgegaan” voor een proef of examen.’⁹ Kortom, de boodschap is duidelijk: onderwijsstoetsing dient weggehouden te worden bij de bestuursrechter.

2 H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht* (Staatsrechtconferentie 1998), Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 1.

3 Zie Tom Barkhuysen e.a., ‘Vooraf’, in: Tom Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer, Wolters Kluwer 2019, p. VII e.v.

4 Zie P.J.J. Zoontjens & B.P. Vermeulen, *Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht* (VAR-reeks 124), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2000, p. 181.

5 Zie De Boer e.a. 2014, p. 114.

6 Naar de vaste introductie van de avonturen van *Asterix* door A. Uderzo & R. Goscinny, verschenen sinds 1961. Daarin is sprake van een kleine nederzetting in Armorica (Bretagne) die 50 v.Chr. moedig weerstand blijft bieden aan de Romeinse overweldigers.

7 Zie Zoontjens & Vermeulen 2000, p. 181.

8 *PG Awb II*, p. 393

9 *Ibid.*

De bestuursrechter plaatst op zijn beurt artikel 8:4 Awb in de sleutel van de rechterlijke bevoegdheid. Als een kennen-en-kunnen-besluit aan de orde is, kan bij een beroep op de bestuursrechter niet het pad van de ontvanke-lijkheid worden bewandeld, maar dient de rechter zich onbevoegd te verklaren.¹⁰ Die onbevoegdheid doorstaat in de ogen van de hoogste bestuursrechter ook de toets van artikel 6 EVRM daar deze beperking een legitiem doel dient en niet onevenredig is aan dat doel. Daarenboven bestaat er nog de mogelijkheid om rechtsbescherming te zoeken bij de burgerlijke rechter.¹¹

Aldus lijkt met de onbevoegdheid daadwerkelijk een strakke ondoordringbare scheiding te worden aangelegd tussen de bestuursrechter en de onderwijstoetsing. Toch ligt dat wat genuanceerder. Ten eerste betreft de onbevoegdheid louter het kennen-en-kunnen-besluit, dat wil zeggen de beslissing waaraan een beoordeling ten grondslag ligt van intellectuele en fysieke vaardigheden, die door studie of oefening verkregen kunnen worden.¹² Aanpalende beslissingen – bijvoorbeeld een beoordeling of sprake is van min of meer gelijkwaardige studieonderdelen die een vrijstelling rechtvaardigen – betreffen niet direct het kennen en kunnen en vallen daarmee niet onder artikel 8:4 Awb.¹³ Dat de afgrenzing tot het kennen en kunnen hier weleens discutabel kan zijn, moge op voorhand duidelijk zijn. Een tweede – belangrijkere – nuancering betreft de rol die de Afdeling bestuursrechtspraak zich heeft aangemeten, waar het gaat om de formele aspecten van een kennen-en-kunnen-besluit. In een

vaste lijn van jurisprudentie¹⁴ ziet de bestuursrechter wel de mogelijkheid om die formele aspecten te toetsen: die betreffen immers geen beoordeling van het kennen en kunnen als zodanig.¹⁵

Onlangs heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in het belang van de rechtseenheid haar beoordelingskader van kennen-en-kunnen-besluiten geëxpliciteerd. In de uitspraak van 24 oktober 2018¹⁶ wordt een koerswijziging aangekondigd – hoe de Afdeling ‘vanaf heden beoordeelt’ – en worden een aantal aspecten duidelijk neergezet. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat tegen het kennen-en-kunnen-besluit bezwaar is aangetekend en die waarbij ingevolge de onderliggende wettelijke regeling administratief beroep is opengesteld.

Ter zake van een bezwaarprocedure bepaalt de Afdeling:

- Artikel 8:4, derde lid, aanhef en onder b, Awb sluit beroep op de bestuursrechter uit (onbevoegd), derhalve kan evenmin tegen een

10 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2002:AE1795 (r.o. 2.3) en ABRvS 19 februari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF4735.

11 ABRvS 13 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2002:AE1795 (r.o. 2.6.2).

12 ABRvS 16 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:ZF3777.

13 Zie ABRvS 18 december 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF3098.

14 Zie onder meer ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:BI3675, ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9569 en ABRvS 13 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2675. Deze lijn is ontstaan doordat de bestuursrechter veelal te maken kreeg met een beslissing in administratief beroep genomen, waarbij de rechter toetste of in dat administratieve beroep de procedurele gang van zaken – de formele voorschriften die bij of krachtens de Awb dan wel een andere formele wet zijn gesteld – is nagegaan. Maar het kan evenzeer direct – in bezwaar – de gang van zaken rondom het primaire besluit betreffen, zoals in ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1581.

15 Zoals volgt uit ABRvS 11 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:16 betreffen deze procedurele aspecten het kennen-en-kunnen-besluit als zodanig en betreffen niet regels voor de examinering zoals genoemd in artikel 8:4 Awb. Zie voor de betekenis van die regels de toelichting bij de nota van wijziging, *PG Awb II*, p. 395.

16 ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3428.

kennen-en-kunnen-besluit bezwaar worden aangetekend.

- Is er desondanks in bezwaar inhoudelijk beslist, zal de bestuursrechter bepalen dat het bestuursorgaan ten onrechte de bezwaarmaker niet niet-ontvankelijk heeft verklaard.¹⁷

Is er in de wettelijke regeling administratief beroep opengesteld, dan geldt volgens de Afdeling:

- In geval het een volwaardig administratief beroep betreft – dat wil zeggen: de administratieve beroepsinstantie kan het bestreden kennen-en-kunnen-besluit vernietigen en in de plaats daarvan een nieuw besluit nemen¹⁸ – dan is ook het besluit in administratief beroep een kennen-en-kunnen-besluit dat van beroep op de bestuursrechter is uitgesloten (onbevoegd).¹⁹
- Als het geen volwaardig administratief beroep betreft – de administratieve beroepsinstantie kan niet zelf voorzien²⁰ – dan is met het besluit in administratief beroep geen kennen-en-kunnen-besluit aan de orde en kan de bestuursrechter wel oordelen maar kan slechts toetsen aan voorschriften van procedurele aard en niet met betrekking tot de inhoud van de afgelegde toets.²¹

17 Eenzelfde aanpak treft men aan in CRvB 14 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1418, waar de Afdeling naar verwijst.

18 In de oude beroepsopleiding voor advocaten bood het curatorium Beroepsopleiding Advocatuur van de Nederlandse orde van advocaten op grond van artikel 9e van de toenmalige Advocatenwet volwaardig administratief beroep. Dit is per 1 januari 2015 komen te vervallen (zie *Stb.* 2014, 354). Vgl. bijv. ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2585.

19 De Afdeling verwijst hierbij naar ABRvS 19 februari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF4735.

20 Dit speelt ingevolge artikel 7.61 vijfde lid Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek bij het college van beroep voor de examens.

21 Deze aanpak was al eerder in uitspraken te vinden, zoals ABRvS 24 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3499

Uit deze aanpak lijkt te volgen dat een procedurele toetsing bij kennen-en-kunnen-besluiten voortaan is uitgesloten. Zo'n toetsing speelt uitsluitend een rol bij onvolwaardig administratief beroep opdat daar het kennen-en-kunnen-aspect van het bestreden besluit wordt ontweken door de bestuursrechter. Dat houdt natuurlijk verband met het feit dat hier de bestuursrechter gewoon bevoegd is – het betreft geen kennen-en-kunnen-besluit – maar het doet in het totale beeld toch gekunsteld aan. De hoofdboodschap lijkt in ieder geval duidelijk: het kennen-en-kunnen-besluit heeft in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming niets meer te zoeken. Die ontwikkeling doet recht aan hetgeen de wetgever met artikel 8:4 Awb beoogt, maar tegelijkertijd zet die de vraag op scherp of uitsluiting van de rechtsbescherming in het systeem van de Awb (überhaupt) wel een verstandige keuze is (en was).

3. Waarom weg bij de bestuursrechter?

Zoals gezegd, is de bepaling van artikel 8:4 derde lid aanhef en onder b Awb in beginsel overgenomen uit de Wet Arob. Die wet bracht ons weliswaar een algemeen stelsel van rechtsbescherming met een onafhankelijke bestuursrechter maar was in opzet en bereik niet te vergelijken met de Algemene wet bestuursrecht. Die wet hanteert met het besluitbegrip een veel breder handelingsbegrip en heeft daarmee zowel materieel als formeel een veel groter bereik.²² De Awb pretendeert met zijn normatieve kader ook veel meer dan alleen een systeem van rechtsbescherming te bieden. Daarmee reflecteert de wet een groei van het bestuursrecht en de opvattingen over besturen, bestuur en bestuursrecht zijn anders komen te liggen dan in de vorige eeuw. Waarom zouden we

en – door de Afdeling aangehaald – ABRvS 27 juni 2007, ECLI:NL:RVS:BA8158.

22 De werking van de Wet Arob bleef beperkt tot 'openbaar gezag' waar de Awb voor de zogenoemde a-organen in artikel 1:1 Awb normatief veel verder reikt.

onder de Awb het bestuursrecht weghouden bij het kennen-en-kunnen-besluit? Reeds onder de Wet Arob zag men al het verband tussen uitoefening van openbaar gezag en onderwijs-toetsing, anders was artikel 5 onderdeel m Wet Arob nooit geschreven.

Waarom leent zo'n besluit zich dan niet voor de beoordeling door de bestuursrechter? Heel veel aanknopingspunten biedt de toelichting bij artikel 8:4 Awb niet. Ligt de nadruk hier op de *rechter* of op de *bestuursrechter*? Het eerste kan het niet zijn: meermalen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in het kader van artikel 6 EVRM gewezen op de rechtsbescherming die openstaat bij de burgerlijke rechter.²³ Anders gezegd: de fundamentele norm van artikel 6 EVRM noodzaakt tot rechterlijke controle. Dan draait het derhalve om de rol van de *bestuursrechter*. Waarom zou die niet kunnen/mogen oordelen over een kennen-en-kunnen-besluit? Een voor de hand liggend antwoord luidt: omdat hij daarvoor de specifieke expertise mist. Hij heeft geen inhoudelijke weet van het kennen en kunnen dat hem wordt voorgelegd. Dat moge in veel gevallen zeker zo zijn, maar dat ligt bij zijn civielrechtelijke ambtgenoot niet anders. En heeft de wetgever de bestuursrechter in het bestuursrechtelijk systeem van rechtsbescherming dan alleen bevoegd verklaard in zaken waar deze van de hoed en de rand weet? Als dat al zou opgaan voor de gespecialiseerde rechters – zowel in hoger beroep als in eerste aanleg²⁴ – dan zou dat nooit gelden voor de reguliere rechtbanken in eerste aanleg. Natuurlijk krijgen bestuursrechters kwesties ter beoordeling die hun deskundigheid te boven gaan. Daarvoor gelden verschillende remedies. De rechter kan zich laten voorlichten of eigen deskundigheid inzetten.²⁵ Uiteindelijk kan dan nog een inzicht-

overzicht- of kennisachterstand resten, waardoor de rechter zich genoodzaakt kan zien zich terughoudend op te stellen bij zijn toetsing.

Het weghalen van het kennen-en-kunnen-besluit bij de bestuursrechter kan moeilijk worden verklaard en in de huidige tijd ook niet worden gerechtvaardigd. Het lijkt een keuze uit een andere tijd, die destijds bij de ontwikkeling van de wetgeving wellicht logisch voorkwam, maar dat inmiddels niet meer is. Dat beeld wordt versterkt doordat de bestuursrechter in enen nog wel weer een rol speelt bij het onvolwaardig administratief beroep, waarbij hij ver van de kritische grens moet blijven.

4. Collateral damage

Er ontstaat een bijzonder plaatje: de beoordeling van het kennen-en-kunnen-besluit hoort thuis in het bestuursrecht, maar niet bij de bestuursrechter. Zoals al eerder aan de orde kwam, heeft de onbevoegdheid van de bestuursrechter een direct gevolg: zonder beroep, geen bezwaar. Dat heeft effecten op de rechtsbescherming, nu de functies van het bezwaar wegvallen.²⁶ Het is met name de herstelfunctie, die bij het kennen-en-kunnen-besluit wordt gemist. Bij examinering dient er altijd een reflectiemoment te bestaan op basis van de inbreng van degene die beoordeeld is. De bezwaarschriftprocedure levert op systematische basis daarvoor de gelegenheid. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak heeft zich dit effect gerealiseerd in haar uitspraak van 24 oktober 2018 en verwijst daarvoor naar een eigen voorziening, te treffen door het toetsende bestuursorgaan.

Maar er is meer. In de Wet Arob, met zijn nadruk op de rechtsbescherming, moge de ont-

23 Zie eerder ABRvS 13 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2002:AE1795.

24 Vergelijk hoofdstukken 2, 3 en 4 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak.

25 Vergelijk bijvoorbeeld artikel 8:60 Awb.

26 Aan de bezwaarprocedure worden vier functies toebedacht: conflictbeslechting, zeefwerking, dossiervorming en herstelfunctie. Zie onder meer R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Band 1*, Deventer, Wolters Kluwer 2017, nr. 229.

koppeling buiten het bezwaar niet tot verdere problemen hebben geleid; bij de Awb – met zijn groter bereik en input – ligt dat anders. De toepassing van de Awb brengt meer mee dan rechtsbescherming. Met de onbevoegdheid van de bestuursrechter vervalt de rechtsbescherming maar blijft het normatieve kader bestaan. Anders gezegd: het kennen-en-kunnen-besluit is weliswaar niet appellabel bij de bestuursrechter maar blijft wel een besluit in de zin van de Awb. De vraag of het kennen-en-kunnen-besluit aan de bestuursrechtelijke normering voldoet, komt dus op het bordje van de burgerlijke rechter te liggen. Juridisch-technisch hoeft dat niet problematisch te zijn: de bestuursrechtelijke normen kunnen worden geïncorporeerd in civielrechtelijke normen als redelijkheid en billijkheid, alsook onrechtmatigheid. Daarnaast is dit geen onbekend patroon in de Awb. Zo geeft de schakelbepaling van artikel 3:1 tweede lid Awb aan dat normen uit de Awb van overeenkomstige toepassing zijn op privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen. Maar theorie en praktijk plegen nogal eens weerbarstig te verschillen als het gaat over de burgerlijke rechter die de bestuursrechtelijke normen weet te vinden, overneemt en toepast. Dat werpt eens te meer de vraag op waarom met artikel 8:4 Awb een Awb-besluit bij de bestuursrechter wordt weggehouden, nu deze bij uitstek geëquipeerd is om besluiten te beoordelen aan de hand van publiekrechtelijke regels en beginselen. Laten wij schoenen bij de schoenmaker en zijn leest houden, is een wijs devies in dezen.

5. Slot: de dichotomie voorbij

Ware het niet verstandig om de onbevoegdheid van de bestuursrechter in artikel 8:4 derde lid aanhef en onder b van de Algemene wet bestuursrecht te schrappen en het kennen-en-kunnen-besluit in de mainstream van de Awb te laten meegaan? De voordelen van transparantie, eenvoud en logica zijn hiervoor uiteengezet, de contra-indicaties in voldoende mate weerlegd.

Zou de bepaling worden geschrapt, dan verdwijnt daarmee een stukje autonomie van het onderwijsrecht ten opzichte van de Awb. Het zou ten prooi vallen aan de suprematie van de Awb. Dat (staatsrechtelijke) beeld berust op aannames en doet de Awb tekort. De stelselmattige ordening van deze systeemwet heeft welbeschouwd niet van doen met suprematie of dominantie, maar met eenheid en overzichtelijkheid en wil daaraan dienstig zijn.

Het kennen-en-kunnen-besluit laat ook zien dat het Awb-systeem in zijn ordening heel gevoelig kan zijn. Vaak wordt in het bestuursrecht aangenomen dat het bijzondere onderwijsrecht een wissel trekt op het systeem en het onnodig compliceert. Dat is misschien ook weleens het geval, maar hier is het toch enigszins fnuikend te constateren dat het een typisch bestuursrechtelijke bepaling betreft, zoals artikel 8:4 Awb, die hier de oorzaak van verstoring vormt.

Zelfs na 25 jaar Awb valt er nog veel te winnen bij een gezamenlijke aanpak van de bestuursrechtelijke inbedding van het staatsrechtelijke onderwijsrecht. Het tijdsverloop moge verbazen! De gezamenlijke aanpak is nodig, maar wil die succesvol zijn, dan zullen de disciplines zij aan zij moeten staan en niet met de ruggen naar elkaar. Een open oog, een luisterend oor en gevoel voor smaak doen wonderen. Bij de hoogleraar onderwijsrecht, bij wiens terugtreden dit speciale nummer van *NTOR* verschijnt, zijn die zintuigen dik in orde. Met het emeritaat van Paul Zoontjens zullen we de klus zonder een eminente beoefenaar van het onderwijsrecht aan onze zijde moeten zien te klaren.

Over de auteur

Mr. dr. J.A.F. Peters

Universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

Vrijheid van wetenschap

De academische vrijheid als gezichtspunt in de jurisprudentie van het EHRM¹

Stefan Philippsen

In 1993 promoveerde Paul Zoontjens op een proefschrift over de vrijheid van wetenschap.² In de jaren daarna heeft hij met regelmaat over dat onderwerp en het hoger onderwijsrecht in het algemeen gepubliceerd. Daarnaast speelde Paul een belangrijke rol bij het onder de aandacht brengen van het belang van mensenrechtenverdragen voor het onderwijs(recht). Daarbij kon het EVRM op Paul's voortdurende belangstelling rekenen.³ In deze bijdrage, ter gelegenheid van zijn emeritaat, val ik dan ook op die beide onderzoeksinteressen terug, door in het navolgende in te gaan op de rol die de academische vrijheid speelt in de jurisprudentie van het EHRM.⁴

1. Academische vrijheid: een schets

De academische vrijheid stond de laatste jaren nadrukkelijk in de belangstelling. Op Europees niveau werd de academische vrijheid in verband gebracht met het gedwongen vertrek van de Central European University uit Hongarije. Maar ook in Nederland was er aandacht voor de academische vrijheid. Zo publiceerde de KNAW op verzoek van de Tweede Kamer een advies over de vrijheid van wetenschapsbeoefening.⁵ Daarnaast werden er zorgen geuit over de borging van de academische vrijheid in relatie tot de wensen van de Rijksuniversiteit Gro-

ningen om in China een *branch campus* te starten. Hoewel de academische vrijheid als argument dus met regelmaat opduikt in discussies over de staat en de toekomstige regulering van het hoger onderwijs, bestaat er veel onduidelijkheid over de aard en inhoud van deze vrijheid.⁶

In sommige landen is de academische vrijheid als grondrecht beschermd. In die opvatting is de academische vrijheid een aan de individuele onderzoeker en onderwijzer toekomend recht op vrijheid van academische meningsuiting. Een duidelijk voorbeeld biedt artikel 16 van de Zuid-Afrikaanse grondwet. Dat artikel bepaalt: 'everyone has the right to freedom of expression, which includes academic freedom (...).'⁷ Anders dan de Zuid-Afrikaanse grondwet beschermt de Nederlandse Grondwet de academische vrijheid niet met zoveel woorden. Wel schrijft artikel 1.6 WHW voor dat aan de instellingen voor hoger onderwijs de academische vrijheid in acht wordt genomen. In zijn proefschrift verwijst Zoontjens naar de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling en haar voorgangers. Daaruit volgt dat de wetgever met artikel 1.6 WHW in het bijzonder de vrijheid van academische meningsuiting en meningsvorming van de individuele onderzoeker, docent en student probeerde te beschermen. Die vrijheid hield in het bijzonder de vrijheid in om eigen wetenschappelijke inzichten te volgen en daarbij niet afhankelijk te zijn van bepaalde politieke, filosofische of wetenschapstheoretische inzichten. Zoontjens vervolgt: 'Zo kunnen aan de academische vrijheid drie aspecten worden onderscheiden: de vrijheid tot het geven van onderwijs, de vrijheid onderwijs te ontvangen en de vrijheid wetenschap te beoefenen.'⁷ Ruimere interpretaties van de academische vrijheid bestaan ook. Zij kennen dan meestal niet alleen bescherming toe aan individuen, maar ook aan de instituties of organisatorische

1 De academische vrijheid is een onderdeel van de ruimere vrijheid van wetenschap.

2 Paul Zoontjens, *Vrijheid van wetenschap*, Zwolle, Tjeenk Willink 1993.

3 Zie ter illustratie zijn oratie: Paul Zoontjens, *Het beweeglijk recht op onderwijs*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2003.

4 Zie op dit punt onder andere de noot van Zoontjens onder EHRM 27 mei 2014, EHRC 2014/217.

5 *Kamerstukken II* 2016/17, 34550 VIII, nr. 120.

6 Zie over deze problematiek zeer uitvoerig: J.R. Groen, *Academische vrijheid*, Rotterdam 2017.

7 Zoontjens 1993, p. 80.

verbanden waarbinnen onderzoek wordt gedaan of onderwijs wordt gegeven.⁸ Denk daarbij op de eerste plaats aan de universiteit als zodanig, maar ook aan de faculteiten en de vak- en onderzoeksgroepen.⁹

Het belang van de bescherming van de academische vrijheid wordt ook in internationaal verband erkend.¹⁰ De idee die daaraan ten grondslag ligt is dat een 'open communication of findings, hypotheses and opinions lies at the very heart of higher education and provides the strongest guarantee of the accuracy and objectivity of scholarship and research'.¹¹ Ook binnen de Raad van Europa wordt een grote instrumentele waarde aan de academische vrijheid toegekend. Aanbeveling 1762 van de *Parliamentary Assembly of the Council of Europe* bepaalt onder andere dat: 'history has proven that violations of academic freedom and university autonomy have always resulted in intellectual relapse, and consequently in social and economic stagnation.' Academische vrijheid moet om die reden de 'freedom of expression and of action, freedom to disseminate information and freedom to conduct research and distribute knowledge and truth without restriction' omvatten.

Ondanks de grote waarde die aan de academische vrijheid wordt toegekend wordt de academische vrijheid ook in internationaal verband maar zelden expliciet als afdwingbaar recht erkend. Een uitzondering is artikel 13 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Dit artikel bepaalt: 'De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij. De academische vrijheid wordt geëerbiedigd.' Een expliciete grond-

slag voor de bescherming van de academische vrijheid is in het meest dominante mensenrechtenverdrag in de Nederlandse rechtsorde, het EVRM, niet terug te vinden. Uit de jurisprudentie van het Europees hof voor de rechten van de mens (hierna ook: EHRM en Hof) volgt evenwel dat het Hof het belang van de academische vrijheid ook binnen het EVRM erkent. In het verleden heeft het EHRM onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde aanbeveling 1762 dan ook bescherming toegekend aan de academische vrijheid.

2. Academische vrijheid: de jurisprudentie van het EHRM

Hiervoor werd uiteengezet dat de kern van de academische vrijheid wordt gevormd door de vrijheid van academische meningsvorming en meningsuiting van individuele onderzoekers, docenten en studenten.¹² Het is dan ook niet verwonderlijk dat de erkenning van de academische vrijheid binnen de werkingsfeer van het EVRM plaatsvond onder de paraplu van de vrijheid van meningsuiting, zoals beschermd door artikel 10 EVRM.¹³ In *Sorguç tegen Turkije* uit 2009 onderstreepte het EHRM dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een proportionele beperking van de vrijheid van meningsuiting van individuele onderzoekers, het belang van de academische vrijheid moet worden onderkend. Volgens het Hof bestond de academische vrijheid daarbij uit: 'the academics' freedom to express freely their opinion about the institution or system in which they work and freedom to distribute knowledge and truth without restriction'.¹⁴ Welk gevolg de onderstre-

8 Ook J.R. Groen, *Academische vrijheid*, Rotterdam 2017, p. 55, erkent deze dimensie.

9 Zie voor een zeer ruime definitie bijvoorbeeld K.D. Beiter, T. Karran & K. Appiagyei-Atua, 'Academic Freedom and its protection in the law of European states', *European Journal of Comparative Law and Governance* 2016, p. 254-345.

10 Vergelijk artikel 15 IVESCR.

11 Preambule van Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel.

12 Zie bijvoorbeeld Joghum Vrielink, Paul Lemmens, Stephan Parmentier en de LERU working group on human rights, 'Academic freedom as a fundamental right', *Procedia Social and Behavioral Sciences* 2011, p. 117-141.

13 Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de meest relevante casus op dit terrein: Groen 2017, p. 61-66.

14 EHRM 23 juni 2009, nr. 17089/03; zie in vergelijkbare zin: EHRM 8 juni 2010, nr. 44102/04 (*Sapan t. Turkije*).

ping van dat belang voor een concrete afweging met zich bracht bleef lang onduidelijk.

Meer duidelijkheid leek het Hof te bieden in 2012 in *Aksu tegen Turkije*. Daarin merkte het Hof op dat: 'the Turkish courts attached importance to the fact that the book had been written by an academic and was therefore to be considered as an academic work. In recent judgments [daarbij verwees het Hof onder andere naar de hiervoor gememoreerde uitspraak], the Court has also stressed the importance of such works.' Daarna komt het EHRM tot de kern: 'It is therefore consistent with the Court's case-law to submit to careful scrutiny any restrictions on the freedom of academics to carry out research and to publish their findings.'¹⁵ Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van academici moeten volgens het Hof dus indringend worden getoetst. Hoewel het Hof in het bijzonder ten aanzien van artikel 10 EVRM de *margin of appreciation* beperkt houdt, lijkt hieruit te volgen dat die *margin* in het bijzonder ten aanzien van geschillen over de academische vrijheid klein zal zijn. Deze benadering past bij de jurisprudentie van het Hof over artikel 10 EVRM in het algemeen.¹⁶ In die jurisprudentie wordt bijzondere bescherming toegekend aan meningsuitingen die bijdragen aan het pluralistisch karakter van het maatschappelijk debat.¹⁷ In dat kader komt bijvoorbeeld bijzondere bescherming toe aan de persvrijheid. Het is in lijn met de hiervoor uiteengezette instrumentele waarde van de academische vrijheid om aan academische meningsuiting en meningsvorming een vergelijkbare bescherming toe te kennen en het Hof lijkt dat dan ook te doen. Als aantasting van de academische vrijheid inderdaad tot de hiervoor uiteenge-

zette consequenties kan leiden is het binnen het stelsel van het EVRM logisch om inmenging van overheden in de academische vrijheid met enige argwaan te onderzoeken.¹⁸

Twee jaar na *Aksu tegen Turkije* gaat het Hof in *Erdoğan e.a. tegen Turkije* nog een stap verder. Het Hof breidt in die uitspraak de reikwijdte van de academische vrijheid uit.¹⁹ Tot dat moment sloot het EHRM aan bij de gangbare definitie van de academische vrijheid als vrijheid op academische meningsuiting en meningsvorming. Deze definitie is vergelijkbaar met de definitie die UNESCO aan de academische vrijheid geeft:

*'(...) academic freedom, that is to say, the right, without constriction by prescribed doctrine, to freedom of teaching and discussion, freedom in carrying out research and disseminating and publishing the results thereof, freedom to express freely their opinion about the institution or system in which they work, freedom from institutional censorship and freedom to participate in professional or representative academic bodies.'*²⁰

In *Erdoğan e.a. tegen Turkije* stelt het EHRM evenwel ten aanzien van de academische vrijheid: 'This freedom, however, is not restricted to academic or scientific research, but also extends to the academics' freedom to express freely their views and opinions, even if controversial or unpopular, in the areas of their research, professional expertise and competence. This may include an examination of the functioning of public institutions in a given political system, and a criticism thereof.'

15 Zie eerder nog EHRM (GK) 15 maart 2012, nr. 41029/04, *EHRC* 2012/112, m.nt. Timmer.

16 Zie in dit kader het toetsingskader zoals uiteengezet in EHRM 29 maart 2016, nr. 56925/08, *EHRC* 2016/147, m.nt. De Lange (*Bédat t. Zwitserland*), par. 48-54.

17 J.H. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag, Sdu 2011, p. 217-218.

18 Zie ook: Robert Quinn & Jesse Levine, 'Intellectual-Human Rights Defenders and Claims for Academic Freedom under Human rights Law', *International Human Rights Law Review* 2014, p. 214.

19 EHRM 27 mei 2014, nr. 39779/04, *EHRC* 2014/217, m.nt. Zoontjens.

20 Overweging 27 van de UNESCO Recommendation Concerning the Status of Higher Education Teaching Personnel.

In zijn annotatie bij deze uitspraak merkt Zootjens terecht op dat uit deze uitspraak lijkt te volgen dat de reikwijdte van de academische vrijheid volgens het EHRM niet beperkt is tot het 'strikt via wetenschappelijk onderzoek verkregen geheel van resultaten. Ook meningsuitingen die passen in de beroepsmatige deskundigheid van de academicus verdienen bescherming'. Daarbij blijft onduidelijk waarom het Hof een onderscheid maakt tussen 'expertise' en 'competence'.

De uitbreiding door het EHRM van de werkingssfeer van de academische vrijheid is niet zonder meer vanzelfsprekend. Voor een academisch standpunt geldt dat de bescherming die daaraan wordt toegekend samenhangt met de wijze waarop dat standpunt – of die mening – tot stand komt. Door te voldoen aan gangbare methodologische regels, wordt de academische mening in aard en kwaliteit verheven boven een particuliere opinie.²¹ Het is voor het maatschappelijk debat en de vooruitgang van de samenleving als geheel van belang dat aan dergelijke ankerpunten een bijzondere bescherming toekomt. Anders dan de academische mening, geldt het voorgaande niet voor de mening van een willekeurige academicus. Die is in beginsel niet anders dan de mening van ieder ander in de samenleving. Toch kunnen er ook redenen bestaan om aan de mening van een academicus bijzondere bescherming toe te kennen. Die bescherming is niet zozeer gelegen in de aard van de geuite mening als wel in de kwaliteit van de wetenschapper. Dat geldt zeker als de mening wordt geuit over onderwerpen die vallen binnen het vakgebied van de wetenschapper. Zoontjens merkt op dit punt op: "Tegelijk moet ook wetenschappers als zodanig een vrije sfeer worden gelaten om uitspraken te doen die een minder strikte relatie tot de feiten hebben dan oordelen gebaseerd op onderzoek. Immers, ook de persoonlijke, geschoolde intuïtie, de ervaring en het algemeen inzicht van academici en wetenschappers kunnen zinvolle bronnen zijn voor de sti-

mulering van een rationeel gefundeerde gedachtevorming.' Tegelijkertijd moet worden erkend dat een gelijksoortige redenering opgaat voor veel andere beroepsgroepen. Door de definitie van academische vrijheid met dit soort opinies uit te breiden, verliest zij dan ook aan onderscheidend vermogen.

De uitbreiding van de werkingssfeer van de academische vrijheid in *Erdoğan e.a. tegen Turkije* lijkt vooral te kunnen worden verklaard door het in de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van artikel 10 EVRM gemaakte onderscheid tussen feitelijke oordelen en waardeoordelen. Op grond van de vaste jurisprudentie van het EHRM zijn ook waardeoordelen beschermd, zolang die waardeoordelen maar niet volledig ongefundeerd zijn. Daarnaast geldt dat naarmate het beledigende of grievende karakter van het waardeoordeel toeneemt, de feitelijke onderbouwing ook sterker moet zijn. Waarbij moet worden aangetekend dat van waardeoordelen nooit kan worden verlangd dat zij worden bewezen, omdat dat naar de aard van dergelijke oordelen onmogelijk is. Voor academici zal vaak gelden dat waardeoordelen die betrekking hebben op hun vakgebied of gerelateerd zijn aan hun competentie een sterke feitelijke basis zullen hebben. Daarmee kunnen dergelijke waardeoordelen sneller op de bescherming van artikel 10 EVRM rekenen dan andere particuliere opinies. Dat geldt in het bijzonder als zij een grievend karakter hebben. Ter illustratie zij verwezen naar de uitlatingen van de hoogleraar constitutioneel recht die in *Erdoğan e.a. tegen Turkije* centraal stonden. De hoogleraar had in een publicatie zijn afkeuring laten blijken over een uitspraak van het constitutioneel hof en dat waardeoordeel onderbouwd met inhoudelijke kritiek op een uitspraak van het constitutioneel hof.²²

De jurisprudentie laat vanaf 2009 een geleidelijke ontwikkeling zien in de richting van de erkenning van de academische vrijheid als

21 Zoontjens 1993, p. 2.

22 Wel in die zin de concurring opinion van Sajó, Vučinić en Kūris.

eigenstandig en relevant gezichtspunt in de proportionaliteitsafweging van artikel 10 EVRM. In *Erdoğan e.a. tegen Turkije* komt dat eigenstandige karakter door de ruime definitie van de academische vrijheid voorzichtig onder druk te staan. In de jaren daarna lijkt de ontwikkeling van de academische vrijheid als zelfstandig in de proportionaliteitsafweging te betrekken gezichtspunt zelfs helemaal tot stilstand te komen. Gewezen kan worden op een aantal uitspraken waarin een stevige positionering van de academische vrijheid voor de hand lag, maar het Hof slechts zijdelings aan de academische vrijheid refereerde. In *Kharlamov tegen Rusland*, merkte het Hof op: ‘The Court does not lose sight of the academic context of the debate. The principle of open discussion of issues of professional interest must thus be construed as an element of a broader concept of academic autonomy which encompasses the academics’ freedom to express their opinion about the institution or system in which they work.’²³ Vervolgens speelt de academische vrijheid in de afweging ogenschijnlijk geen expliciete rol. Voor andere en latere uitspraken gold hetzelfde. Ter illustratie kan worden gewezen op *Kalu tegen Turkije*. Hoewel ook in die procedure door het Hof wordt gewezen op de academische vrijheid als relevant gezichtspunt wordt in de concrete afweging aan die vrijheid geen zelfstandige plaats toegekend.²⁴ Het Hof lijkt van oordeel dat het algemene toetsingskader van artikel 10 EVRM in dit soort gevallen volstaat.

3. Academische vrijheid: een conclusie

Het belang van de academische vrijheid voor de wetenschapsbeoefening en de samenleving wordt alom erkend. In mensenrechtenverdra-

gen is de academische vrijheid evenwel slechts op een zeer beperkt aantal plaatsen expliciet beschermd. Ook in het EVRM wordt de academische vrijheid niet met zoveel woorden genoemd. Wel heeft het EHRM in het verleden aan de academische vrijheid bescherming toegekend onder de paraplu van artikel 10 EVRM. Hoewel ook in de meest recente uitspraken over de vrijheid van meningsuiting en meningsvorming van academici vaak naar de academische vrijheid wordt verwezen, speelt dit gezichtspunt in de concrete afweging ogenschijnlijk (nog) slechts een zeer beperkte rol.²⁵ Een meer expliciete bescherming van de academische vrijheid lijkt ook niet nodig, omdat het algemene toetsingskader dat door het Hof onder artikel 10 EVRM is ontwikkeld, in de meeste gevallen lijkt te volstaan. In hoeverre er in juridische zin een noodzaak bestaat om ten aanzien van artikel 10 EVRM expliciete bescherming toe te (blijven) kennen aan de academische vrijheid is op dit moment onduidelijk. Voor de beantwoording van die vraag is een meer grondige analyse van de jurisprudentie van het EHRM noodzakelijk dan in het bestek van deze bijdrage mogelijk is. Ik sluit dan ook af met het uitspreken van de hoop dat Paul Zoontjens ook in de toekomst de tijd zal blijven vinden om zich over dit soort vragen te buigen.

Over de auteur

Mr. S. Philipsen

Universitair docent staatsrecht aan de Universiteit Utrecht.

23 EHRM 8 oktober 2015, nr. 27447/07, *EHRM* 2015/240 (*Kharlamov t. Rusland*); mogelijk nog duidelijker: EHRM 13 januari 2015, nr. 79040/12 (*Rubens t. Letland*).

24 EHRM 9 juni 2018, nr. 20233/06 (*Kalu t. Turkije*).

25 Er zijn ook uitspraken die geen betrekking hebben op artikel 10 EVRM en waarbij een verwijzing naar de academische vrijheid voor de hand had gelegen, maar het Hof desondanks niet naar die vrijheid verwijst. Zie ter illustratie: EHRM 11 oktober 2018, nr. 14237/07, *EHRM* 2019/24, m.nt. Roorda (*Tuskia e.a. t. Georgië*).

De vrijheid van beroepsonderwijs: anders, of toch niet?

Renée van Schoonhoven

*Wie zich bezighoudt met het recht in het beroeps-
onderwijs wordt er door omstanders en collega's
met regelmaat op gewezen dat deze onderwijs-
sector 'anders' is. Nu ben ik de laatste die dat zal
ontkennen, alleen al vanwege de pedagogische
aard van deze onderwijssoort. Laat onverlet dat
de argumentatie achter dat 'anders' die sommigen
gebruiken, bij mij wel enige twijfel oproept. Het
argument is namelijk niet zelden dat artikel 23
Grondwet niet op het beroepsonderwijs van toe-
passing zou zijn. In deze bijdrage zal ik proberen
dit argument te ontkrachten, zo niet te nuanceren.
The proof of the pudding hiervan kan de komen-
de tijd overigens wel eens gelegen zijn in een voor-
genomen wijziging van de Wet educatie en
beroepsonderwijs als het gaat om het verstrekken
van aanvullende bekostiging aan mbo-instellingen
in geval van bijzondere omstandigheden.*

1. Beroepsonderwijs kent een andere oorsprong

We kennen onze klassiekers. Artikel 23 Grondwet regelt de vrijheid van onderwijs, in het bijzonder de vrijheid van stichting, richting en inrichting.¹ Het artikel telt acht leden, waarvan het eerste en het achtste het oudst zijn. Zij dateren uit onze eerste Grondwet uit 1814 en stellen dat het onderwijs een aanhoudende zorg der regering is en dat zij jaarlijks verslag doet over de staat van het onderwijs aan de Staten Generaal. De leden twee, drie en vier dateren uit 1848

en stellen – achtereenvolgens en in spreektaal samengevat – dat het geven van onderwijs vrij is, dat het openbaar onderwijs bij wet wordt geregeld en dat, als het om het funderend onderwijs gaat, in gemeenten voldoende openbaar onderwijs wordt aangeboden. De leden vijf, zes en zeven zijn de 'Pacificatie-bepalingen' uit artikel 23, zo aangeduid aangezien zij bij de onderwijspacificatie zijn ingevoegd in 1917. Deze artikelleden zien op de financiële gelijkstelling van het bijzonder aan het openbaar onderwijs en op het gegeven dat de wetgever in ruil voor bekostiging deugdelijkheidseisen kan stellen. Dat laatste dan wel met inachtneming van de vrijheid van richting en – daarmee samenhangend – de vrijheid van inrichting.

Nu is het zo dat het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) als onderwijssector vrij laat onder bemoeienis van de wetgever is gebracht. Daar waar voor de andere onderwijssectoren, van lager tot en met hoger onderwijs, al in de negentiende eeuw van vormen van centrale regelgeving sprake was, ontstond deze voor het mbo pas in 1921 met de toenmalige Nijverheidsonderwijswet.² Pas verderop in deze eeuw, namelijk in 1996, ontstond de clustering van wetgeving met betrekking tot het mbo en de educatie zoals we die nu kennen in de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB).

Als ware het de Maas en de Rijn, komen uiteindelijk de regulering van het beroepsonderwijs en de andere onderwijssectoren samen in één delta. In de geschiedenis kennen zij, mede gelet op hun aard, een andere oorsprong en eigen karakteristieke loop. Daardoor en doordat artikel 23 op enkele plaatsen de term 'algemeen vormend lager onderwijs' bezigt, is het op zich niet zo vreemd dat bij sommigen in het beroepsonderwijs de gedachte leeft dat artikel 23 niet

1 D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Commentaar op artikel 23 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, web-editie 2013 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

2 R. van Schoonhoven, *Ruimte, regels en beroepsonderwijs. Verkenning van onderwijsrechtelijke vraagstukken in het beroepsonderwijs*, Amsterdam, SWP 2010, p. 25-27; R. van Schoonhoven, *Recht doen aan beroepsonderwijs (oratie)*, Amsterdam, VU 2016.

voor deze sector geldt. Maar daarmee doet men zichzelf tekort.

2. Artikel 23 Grondwet en het beroepsonderwijs

Om te beginnen komt de vrijheid van onderwijs toe aan zowel individuen, als aan rechtspersonen die scholen of universiteiten in stand houden. Het geven van onderwijs is immers vrij, stelt het tweede lid van artikel 23 Grondwet. Niet valt in te zien waarom deze bepaling niet zou gelden voor rechtspersonen die mbo-instellingen in stand houden, maar bijvoorbeeld wel voor een autorijschoolhouder of een rechtspersoon die een universiteit in stand houdt. En evenmin valt te beargmenteren waarom het eerste en het laatste lid van artikel 23 – betreffende de zorg van de overheid en verslaglegging aan de Staten Generaal – niet tevens het mbo zouden omvatten. Voorts rept het vijfde lid van het artikel, dat stelt dat bekostiging bij wet wordt geregeld, daar waar het bijzonder onderwijs betreft met inachtneming van de vrijheid van richting, niet over een onderscheid naar onderwijssectoren. Blijkbaar heeft de wetgever deze bepaling dus ook niet gereserveerd voor slechts een deel van ons onderwijsbestel.

Iets anders wordt het als we de leden vier, zes en zeven van artikel 23 nader bekijken. Want in deze leden maakt de wetgever wel een selectie, in die zin dat daarin wordt vermeld dat deze (deels) zien op het algemeen vormend lager onderwijs. In actuele taal gesteld: op het funderend onderwijs. Het betreft de bepalingen aan gaande de garantiefunctie van het openbaar onderwijs, het stellen van deugdelijkheidseisen met eerbiediging van de vrijheid van inrichting, met name de keuze van leermiddelen en de aanstelling van onderwijzers, en de financiële gelijkstelling van het openbaar en bijzonder onderwijs. Van deze bepalingen kan men stellen dat deze specifiek gaan over het funderend onderwijs. Echter, de wetgever heeft feitelijk deze bepalingen sinds 1917 ook 'doorgetrok-

ken' naar het mbo en het hoger onderwijs, zonder dat daar een grondwettelijke verplichting toe bestaat. Deze omstandigheid wordt ook wel aangeduid als 'ongeschreven constitutioneel' recht.³

De formele, niet zijnde een feitelijke, beperking van de reikwijdte van artikel 23 Grondwet in ons onderwijsbestel tot het funderend onderwijs vloeit voort uit het vierde lid (garantiefunctie), het zesde lid (deugdelijkheidseisen en respecteren vrijheid van inrichting) en het zevende lid (financiële gelijkstelling). Deze beperking betreft niet *louter* het middelbaar beroepsonderwijs, maar evenzogoed het hoger onderwijs (hbo-instellingen en universiteiten). Voor het mbo geldt dus óók de vrijheid van onderwijs, de vrijheid van richting en – ongeschreven constitutioneel – het eerbiedigen van de vrijheid van inrichting. Ook de garantiefunctie en de financiële gelijkstelling hebben – ongeschreven constitutioneel – hun uitwerking in deze sector; hiervoor kan gewezen worden op het feit dat de Wet educatie en beroeps- onderwijs zo is ingericht dat deze niet alleen op bijzondere mbo-instellingen, maar evenzeer op openbare mbo-instellingen van toepassing is; door de loop van de geschiedenis zijn er echter geen openbare mbo-instellingen.⁴

Uit het voorgaande volgt dat, zo men de stelling zou bezigen dat (delen van) artikel 23 *niet* op het mbo van toepassing zou zijn, men dat dan ook zou moeten stellen voor het hoger onderwijs. Het moge duidelijk zijn dat ik een dergelijke stellingname niet onderschrijf.

3 D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag, Sdu uitgevers 2011, p. 105.

4 Meer specifiek kan in dit verband worden gewezen op artikel 8.1.2 WEB dat stelt dat indien binnen redelijke afstand van de woning van de deelnemer niet de gelegenheid bestaat tot het volgen van het onderwijs aan een openbare instelling, deze deelnemer de toelating tot een bijzondere instelling niet mag worden geweigerd op grond van godsdienst of levensbeschouwing.

3. Twijfel bij de wetgever?

Toch rijst af en toe wel twijfel over het voorgaande betoog. Dit aangezien de wetgever dat zelf bij tijd en wijle ook lijkt te doen. Meer recent speelt dit vooral rond het vijfde lid van artikel 23, waaruit volgt dat deugdelijkheidseisen die aan het bekostigde onderwijs worden gesteld bij wet worden geregeld en dat dit daar waar het het bijzonder onderwijs betreft, gebeurt met inachtneming van de vrijheid van richting. In samenhang daarmee moet de rijksbijdrage adequaat zijn voor de onderwijsactiviteiten die de instellingen in het licht van de deugdelijkheidseisen dienen te verrichten, waarmee de basiskwaliteit van het onderwijs is gewaarborgd.⁵ Zo'n zeven jaar terug speelde deze kwestie rond de invoering van prestatiebekostiging in het hoger onderwijs, waarbij het voornemen was deze systematiek via een wijziging van het Uitvoeringsbesluit WHW in een ministeriële regeling op te nemen. Onder meer de Raad van State kwam daartegen in het geweer, aangezien één en ander strijd opleverde met het vijfde lid van artikel 23.⁶ Uiteindelijk landde de systematiek niet in een regeling, maar in een algemene maatregel van bestuur, en is het werken met prestatieafspraken in het hoger onderwijs alweer achterhaald. Dus eind goed, al goed?

Niet daar waar het het beroepsonderwijs betreft. Want voor deze sector is begin 2015 ogenschijnlijk zonder kritiek vanuit de sector een regeling kwaliteitsafspraken ingevoerd,⁷ een regeling die

vervolgens in 2018 ook nog eens is geactualiseerd.⁸ Dat het hierbij gaat om een regeling die strijdig is met het vijfde lid – en een substantieel deel van de rijksbekostiging betreft (op jaarbasis bijna een half miljard euro) – lijkt maar weinigen te deren. Ook in dat licht is het dus niet zo vreemd als wordt gesteld dat 'artikel 23 niet van toepassing is op het mbo'. De praktijk is als het om deze kwaliteitsafspraken gaat immers anders dan de leer.

4. Voorstel tot wijziging WEB in verband met aanvullende bekostiging

In het licht van het voorgaande is het interessant hoe de wetgever in 2019 om zal gaan met de voorgenomen wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) inzake het verstrekken van aanvullende middelen in verband met bijzondere omstandigheden. Over het voorstel daartoe heeft eind 2018 een internetconsultatie plaatsgevonden.⁹

Het voorstel bevat een wijziging van artikel 2.2.3 eerste lid WEB. Dit artikellid maakt het nu mogelijk dat de minister bij ministeriële regeling een bedrag aan de rijksbijdrage van een instelling kan toevoegen in verband met een onevenredig grote toename van het aantal deelnemers ten opzichte van het voorafgaande jaar. Het artikellid wordt met het voorstel gewijzigd, zodanig dat de minister aan een instelling in verband met bijzondere omstandigheden een aanvullend bedrag kan toekennen; het bedrag kan nadien geheel of gedeeltelijk in mindering worden gebracht op de in totaliteit verstrekte bekostiging.

Uit de toelichting op het voorstel volgt, dat hiermee een verruiming van de bepaling wordt beoogd omdat 'bijzondere omstandigheden' niet meer enkel hoeven te zien op een onevenredig grote toename van deelnemersaantallen.

5 Zie het advies van de Raad van State bij de voorgenomen wijziging van het Uitvoeringsbesluit WHW in verband met de invoering van prestatiebekostiging in het hoger onderwijs, *Stcrt.* 2012, 15449.

6 P.J.J. Zoontjens, 'Prestatiebekostiging in het hoger onderwijs', in: *Ars Aequi*, januari 2014, p. 66-69. Voor nadere uitleg zie tevens VKO, *De subsidiëring van onderwijs. Een waarschuwing tegen prestatiebekostiging en een discussie over een alternatieve bekostiging, de persoonsgebonden onderwijsrechten*, Den Haag: VKO 2014, p. 14-15.

7 *Stcrt.* 2014, 35959.

8 *Stcrt.* 2018, 34660.

9 Het voornemen ziet voorts op een met de wetswijziging overeenkomende wijziging van het Uitvoeringsbesluit WEB.

Instellingen die menen aanspraak te maken op de aanvullende middelen, dienen hiertoe een aanvraag in te dienen bij de minister. De minister besluit over de toekenning van aanvragen. In het voorgestelde nieuwe artikellid wordt tevens bepaald dat bij ministeriële regeling voorschriften kunnen worden gegeven voor de verstrekking van de aanvullende middelen (en indien nodig de daaropvolgende vermindering).

De voeding van de aanspraak dient blijkens de toelichting op het voorstel te komen uit het macrobudget van alle instellingen; jaarlijks zal circa 0,3 procent uit de lumpsum worden gereserveerd voor aanvullende middelen voor instellingen in verband met bijzondere omstandigheden. Indien aan het eind van het kalenderjaar blijkt dat de middelen niet (volledig) zijn besteed, dan worden deze alsnog uitgekeerd aan alle instellingen.

5. Weging van het voorstel¹⁰

In lijn met het vijfde lid van artikel 23 Grondwet bepaalt artikel 2.2.1 WEB dat de rijksbijdrage waar de instelling aanspraak op heeft, binnen het raam van de door de begrotingswetgever beschikbaar gestelde middelen, per instelling wordt berekend aan de hand van een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgestelde berekeningswijze. In artikel 2.2.2 WEB is bepaald dat deze berekeningswijze voor elke instelling en elke opleiding gelijkelijk geldende maatstaven bevat.

Met andere woorden: de bekostiging waar de mbo-instelling aanspraak op heeft in het licht van de deugdelijkheidseisen, wordt bij formele wet bepaald op een wijze die voor alle instellingen eender is. Dat laatste betekent overigens niet dat er tussen instellingen geen verschillen

in de uiteindelijk verstrekte bekostiging kunnen zijn. Deze dienen dan echter wel gebaseerd te zijn op objectiveerbare gronden, zoals aantallen studenten, verstrekte diploma's en/of wegingsfactoren waarmee verschillen in opleidingskosten tot uitdrukking worden gebracht. In twee opzichten is het hiervoor samengevatte voorstel strijdig met deze zienswijze, die gebaseerd is op het vijfde lid van artikel 23 Grondwet en de artikelen 2.2.1 en 2.2.2 WEB.

Ten eerste wordt voorgesteld dat de minister kan besluiten om aan de rijksbijdrage van bepaalde instellingen in verband met bijzondere omstandigheden een bedrag toe te voegen. De objectiveerbare grond 'onevenredige toename van het aantal deelnemers' wordt daartoe verruimd tot 'bijzondere omstandigheden die naar redelijkheid en billijkheid niet binnen de rijksbijdrage kunnen worden opgevangen'. In het voorstel noch de toelichting wordt aan de hand van objectiveerbare gronden omschreven wat hieronder dient te worden verstaan. Enkel wordt aangegeven dat bij ministeriële regeling nadere voorschriften *kunnen* worden gegeven. Hiermee is het voorstel strijdig met het beginsel dat de bekostiging van instellingen bij wet wordt bepaald, op een wijze die voor alle instellingen kenbaar is, en waarbij uiteindelijke verschillen in ontvangen bekostiging gebaseerd zijn op objectiveerbare maatstaven.

Ten tweede volgt uit de *toelichting* op het voorstel dat het voornemen is de alsdan te verstrekken bijdragen te financieren uit een generieke reservering op de basisbekostiging van alle mbo-instellingen. Hierbij wordt geen definitief uitsluitsel gegeven over het volume van deze reservering (er wordt enkel een indicatie gegeven), noch wordt aangegeven op welke wettelijke grondslag deze reservering zal plaatsvinden.

Dit onderdeel van het voorstel is strijdig met het uitgangspunt dat instellingen aanspraak hebben op een basisbekostiging die als zodanig voldoende is om te voldoen aan de gestelde deugdelijkheidseisen, in concreto: de aanspraak van instellingen volgend uit artikel 2.2.1

10 Deze weging is begin 2019 door de auteur ingebracht in de desbetreffende internetconsultatie. Zij bedankt de leden van de Kenniskring onderwijsrecht beroepsonderwijs voor het reflecteren op een conceptversie van deze weging.

WEB op een rijksbijdrage die bij of krachtens algemene maatregel van bestuur is bepaald. Dat in de toelichting op het voorstel wordt gesteld dat het slechts een geringe reservering binnen het macrobudget betreft, doet aan het ontstaan van deze strijdigheid als zodanig niet af.

Het voorstel wordt blijkens de toelichting ingegeven door enkele incidenten die zich in het afgelopen decennium hebben voorgedaan, waarbij op ad hoc basis naar financiële middelen diende te worden gezocht binnen de OCW-begroting. Denk aan de dreigende ondergang van de Scholengroep Amarantis en van ROC Leiden. Voordeel van het voorstel zou zijn dat het zoeken naar dergelijke ad hoc oplossingen de komende tijd niet meer noodzakelijk zou zijn.

De keuze die wordt gemaakt is derhalve dat op grond van incidenten – die in het voorstel overigens niet nader worden gespecificeerd en derhalve enigszins verholen blijven – een structurele regeling wordt voorgesteld die strijdig is met bovenstaande constitutionele principes. De vraag ontstaat daarmee of de wetgever het één in verhouding vindt staan tot het ander. In ieder geval zullen de gemaakte keuzes in het licht van de genoemde constitutionele principes nader moeten worden gemotiveerd.

6. Beroepsonderwijs: anders, of toch niet?

Zoals gezegd is het interessant dit dossier komende tijd te blijven volgen. Want gaat de wetgever 'om' en wordt met de voorgenomen wijziging van de WEB beargumenteerd waarom het beroepsonderwijs toch echt anders in de systematiek van artikel 23 Grondwet zit dan met name het hoger onderwijs? In dat geval is er werk aan de winkel voor het onderwijsrecht, aangezien teksten over en visies op de lezing van onder meer het vijfde lid (deels) zullen moeten worden bijgesteld. Overigens is er ook werk aan de winkel in het geval de wetgever besluit dat het beroepsonderwijs niet afwijkt van de andere onderwijssectoren, in casu het hoger onderwijs. Want in dat geval resteren er nog legio terreinen

waarop zaken voor het beroepsonderwijs anders zijn geregeld, het toezicht van de Inspectie van het Onderwijs om maar één onderwerp te noemen. Daar waar deze afwijkende bepalingen geen of onvoldoende relatie hebben met de pedagogische aard van het beroepsonderwijs, zou gezien moeten worden of zij met die voor het andere onderwijs kunnen worden geharmoniseerd.

Over de auteur

Prof. dr. R. van Schoonhoven

Als bijzonder hoogleraar onderwijsrecht met betrekking tot het beroepsonderwijs verbonden aan de Faculteit Rechtswetenschappen, Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Controleren en stimuleren

Sietske Waslander

Het is najaar 2001 als ik Paul Zoontjens voor het eerst in levenden lijve ontmoet, op zijn werkkamer op de Universiteit van Tilburg. Paul is verbonden aan het Schoordijk Instituut; ik zoek die jaren speelruimte buiten de muren van de universiteit en ben adviseur bij Twynstra Gudde (TG). Het Schoordijk Instituut en Twynstra Gudde werken samen op het gebied van toezicht. Ver voordat de term 'valorisatie' in strategische visies opduikt, zoeken beide organisaties de kruisbestuiving tussen onderzoek en praktijk.

Kennismaking: controleren en stimuleren

Om de meerwaarde van die samenwerking te verdiepen en te verbreden maken we samen een boek. Wij gaan een hoofdstuk over toezicht in het onderwijs schrijven. Samen met TG-collega Erna Scholtes, die jaren bij de Inspectie van het

Onderwijs heeft gewerkt.¹ Een van de eerste dingen die opvalt is dat Paul over veel onderwerpen enthousiast is en over nog meer onderwerpen een opvatting heeft. We praten over van alles en nog wat: recht en sociologie, wetten en beleid, de Fryske taal en de volgens Paul noodzakelijke opheffing van het gymnasium.

Het hoofdstuk dat we schrijven gaat over de nieuwe Wet op het onderwijstoezicht (WOT) die in 2002 in werking zal treden. Inspecteurs moeten efficiënter worden ingezet, is het idee, door intensiever toezicht te houden op zwak presterende scholen. Goed presterende scholen gaan minder aandacht krijgen. Helemaal passend bij de tijdsgeest, gaat de overheid meer op output sturen en richt het toezicht zich in eerste instantie op prestaties. In het kader van transparantie, worden inspectierapporten openbaar. Wij richten ons op een ander deel van de wet, namelijk de introductie van 'stimulerend toezicht'. De Inspectie van het Onderwijs moet scholen niet alleen controleren, maar ook stimuleren en adviseren om zich te blijven verbeteren. Tegelijkertijd mag de Inspectie niet te sturend optreden, want dan komt de grondwettelijke vrijheid van onderwijs in het geding.

We buigen ons over de vraag hoe die twee taken – controleren en stimuleren – zich tot elkaar verhouden. Zowel juridisch als in de praktijk. We voorzien een kibbelend huwelijk tussen twee taken die in de dagelijkse praktijk niet zonder elkaar kunnen, maar juridisch gezien eigenlijk ook niet samen gaan. In de praktijk is de controlerende rol van een inspecteur nauwelijks te onderscheiden van een adviserende rol. Het is moeilijk voorstelbaar dat inspecteurs alleen maar constateren wat er wel en niet deugt. Iemand die na dagen rondlopen in een school alleen maar vinkjes zet, zal nooit een

gezaghebbende gesprekspartner worden. Scholen vragen advies aan inspecteurs en inspecteurs geven dat ook, op informele basis. Om gezaghebbend zijn of haar werk te kunnen doen, moet een inspecteur blijk geven van kennis van zaken en ook suggesties kunnen geven over hoe een school eventuele knelpunten kan verhelpen. Bovendien ziet een inspecteur meer scholen vanbinnen dan een leerkracht, directeur of bestuurder ooit zal kunnen. Het zou een gemiste kans zijn om die kennis en expertise onbenut te laten. Tegelijkertijd zien we ook bezwaren en risico's. Juist vanwege de controlerende taak zal een stimulerend advies van een inspecteur niet zomaar een vrijblijvende suggestie zijn. Zeker in de ogen van de ontvanger kan een advies snel worden gezien als een sturende opdracht. Daarmee zou de Inspectie, ongeacht de beste bedoelingen en misschien zelfs ongeacht de beste effecten, in de praktijk haar juridische boekje te buiten gaan. Aan de vooravond van de inwerkingtreding van de wet zijn we vooral benieuwd hoe het huwelijk tussen controleren en stimuleren er in de praktijk uit gaat zien. De tijd zal het leren.

De empirie: 'stimulerend toezicht' in de praktijk

De WOT treedt in werking en wordt onderwerp van onderzoek. De beleidstheorie achter de WOT wordt zorgvuldig gereconstrueerd² en twee jaar na invoering wordt onderzocht wat de praktijk van het nieuwe toezicht vindt.³ Ook wordt meer in detail onderzoek gedaan naar werkwijzen van inspecteurs en de effecten van inspectiebezoek op scholen. De gedachte

1 E. Scholtes, S. Waslander & P. Zoontjens, 'Is "stimulerend toezicht" meer dan adviseren van overheidswege?', in: P. Eijlander, R. van Gestel, W. Ligthart & S. Waslander (eds.) *Dilemma's rond toezicht: opstellen over de werking van toezichtsarrangementen*, Den Haag, Sdu uitgeverij 2002.

2 M.C.M. Ehren, F.L. Leeuw & J. Scheerens, 'On the impact of the Dutch Educational Supervision Act: Analyzing assumptions concerning the inspection of primary education. *American Journal of Evaluation*', 2005, 26 (1), p. 60.

3 Y. Emmelot, S. Karsten, G. Ledoux & A. Vermeulen, *Ervaringen met het vernieuwde onderwijstoezicht*. Amsterdam, SCO-Kohnstamm Instituut 2004.

is, ook bij inspecteurs zelf, dat inspecteurs heel verschillende stijlen hanteren als ze scholen proberen aan te zetten tot verbetering. In de praktijk blijken inspecteurs – ook zij die bekend staan als sturend – nauwelijks gebruik te maken van ‘harde’ vormen van sturen, zoals het maken van formele afspraken. De meesten kiezen voor zogeheten coöperatieve vormen van gedragsbeïnvloeding.⁴ Daar hebben ze een aantal redenen voor. Ze willen de relatie met de school goed houden en de sfeer tijdens het inspectiebezoek niet verpesten. Bovendien denken inspecteurs met informele middelen meer te kunnen bereiken dan met formele middelen.

Gekeken naar het effect van inspectiebezoek op scholen, blijkt dat het geven van feedback en verbeteringsuggesties alleen aanzet tot verbetering als aan bepaalde condities is voldaan. Zowel condities aan de kant van degene die de feedback geeft, als condities aan de kant van degene die de feedback ontvangt, zijn relevant. Het is belangrijk dat inspecteurs benoemen wat sterke en zwakke punten van de school zijn, maar feedback heeft pas echt een kans om tot verbetering te leiden, als een inspecteur heel specifieke aanwijzingen geeft wat er verbeterd moet worden. Die aanwijzingen hebben bovendien het meeste effect als ze onderdeel zijn van een directieve benadering waarin de inspecteur een onvoldoende beoordeling geeft en afspraken maakt.⁵ Kort gezegd komt het erop neer dat het geven van een onvoldoende de noodzaak van verbetering onderstreept, het maken van een afspraak de urgentie opvoert, en het geven van concrete aanwijzingen de richting aangeeft. Met andere woorden: de controlerende en stimulerende taak van de Inspectie hebben elkaar nodig. Een inspectiebezoek brengt vooral iets teweeg als beide prominent aanwezig zijn en ze elkaar versterken.

Daarmee is niet gezegd dat ‘stimulerend toezicht’ alleen maar invloed heeft als een school een onvoldoende beoordeling krijgt bij een inspectiebezoek. De invloed van Inspecties op scholen verloopt namelijk voornamelijk indirect.⁶ Als een Inspectie duidelijk maakt wat ze verstaat onder ‘goed onderwijs’ en met indicatoren of anderszins expliciteert wat ze verwacht, dan gaan scholen zich daar vervolgens naar richten. Los van welk inspectiebezoek en los van welk gesprek met welke inspecteur dan ook.

De wet: over deugdelijkheidseisen en ‘overige aspecten van kwaliteit’

Al tijdens de parlementaire behandeling van de WOT is er veel discussie over het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en ‘overige aspecten van kwaliteit’. Het verschil is cruciaal in het licht van artikel 23 van de Grondwet. Op basis van dat artikel mag de overheid deugdelijkheidseisen stellen aan scholen, waarna de Inspectie die kan controleren. Die eisen moeten dan wel in de wet staan. Scholen die niet aan de deugdelijkheidseisen voldoen, kunnen sancties opgelegd krijgen. In het uiterste geval wordt de bekostiging stopgezet.

Voor de ‘overige aspecten van kwaliteit’ ligt dat juridisch gezien radicaal anders. Anders dan deugdelijkheidseisen, staan die kwaliteitsaspecten niet expliciet in de wet genoemd. Het zijn ‘kwaliteitsaspecten’ die de Inspectie zelf uitwerkt in een toezichtkader en gebruikt om tot een beoordeling van een school of opleiding te komen. Deze ‘overige aspecten van kwaliteit’ hebben geen wettelijke verankering. Scholen hoeven zich er niet aan te conformeren. Immers, wat is vrijheid waard als er geen ruimte is om iets níet te doen. Sancties, van welke aard dan ook, zijn al helemaal niet aan de orde.

4 M.C.M. Ehren, *Toezicht en schoolverbetering*, Delft, Eburon, Academisch proefschrift, Universiteit Twente 2006.

5 M.C.M. Ehren, ‘Effecten van toezicht op het basisonderwijs’, *Pedagogische Studiën*, 2010, 87, p. 165-182.

6 M.C.M. Ehren, J. Perryman & N. Shackleton, ‘Setting expectations for good education: How Dutch school inspections drive improvement’, *School Effectiveness and School Improvement*, 2014, 26 (2), p. 1-32.

Als de WOT zijn intrede doet, gaat de Inspectie in het kader van transparantie werken met toezichtkaders.⁷ In die toezichtkaders staan zowel deugdelijkheidseisen als ‘overige aspecten van kwaliteit’. Het verschil tussen beide is niet direct herkenbaar. Niet zo vreemd dat onderwijsbestuurders en schoolleiders het volledige toezichtkader als een verplichting gaan zien en zich daarnaar richten. De consequentie is dat de ‘overige aspecten van kwaliteit’ dan wel geen wettelijke basis hebben, maar dat er wel een normerende werking van uitgaat. Dat kan niet de bedoeling zijn, vindt met name de SGP.⁸ Dat de overheid buiten haar juridische boekje treedt is niet alleen een principiële bezwaar, het tast ook in de praktijk de didactische vrijheid van scholen aan.

In 2012 wordt de WOT herzien. Maar het voor de SGP zo belangrijke pijnpunt – het fundamentele onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en kwaliteitsaspecten – wordt niet opgelost. Daarom neemt de partij het initiatief dan maar zelf een wetsvoorstel voor te bereiden. In een laat stadium sluiten D66 en CDA – beide inmiddels in de oppositie beland – zich erbij aan.

De Raad van State: deugdelijk onderwijs is goed onderwijs

Begin 2014 ligt het initiatiefwetsvoorstel bij de Raad van State. De Raad van State is al vanaf het begin kritisch over de WOT, onder andere vanwege de onduidelijkheid tussen deugdelijkheidseisen en ‘aspecten van kwaliteit’. De Raad onderschrijft dan ook de ‘noodzaak’ van een wetswijziging, maar het voorstel gaat hem

eigenlijk niet ver genoeg. Als het aan de Raad van State ligt, verdwijnt de hele term *kwaliteit* uit alle onderwijswetten. De term zet de deur wagenwijd open voor te grote bemoeienis van de staat met het onderwijs, zo meent de Raad. De Raad van State redeneert dat, vanuit de Grondwet bezien, onderwijs dat aan de deugdelijkheidseisen voldoet hetzelfde is als goed onderwijs. En als dat niet zo is, dan moet de wetgever maar betere deugdelijkheidseisen stellen. Daarbij in acht nemend dat ‘de vrijheid van onderwijs actief moet worden beschermd en alleen mag worden beperkt door wettelijke voorschriften waarvan is aangetoond dat zij noodzakelijk zijn met het oog op de deugdelijkheid van het onderwijs’.⁹

De Raad van State vindt ook dat de stimulerende taak van de Inspectie überhaupt niet samengaat met het geven van een oordeel. Bij ‘aspecten van kwaliteit’ moet de Inspectie zich onthouden van een oordeel; dat schept alleen maar meer verwarring. Bovendien, als zo’n oordeel openbaar wordt dan kan de school daar schade van ondervinden, bijvoorbeeld in de vorm van reputatieschade, of een dalend aantal leerlingen. Die schade is feitelijk een sanctie. Omdat een oordeel op basis van kwaliteitsaspecten geen wettelijke basis heeft – wat dus ook geldt voor de sanctie die eruit voortvloeit – kan de school zich er ook nog eens nauwelijks tegen verweren. Kortom: wat de Raad van State betreft kan het onderscheid tussen de controlerende en stimulerende taak van de Inspectie niet scherp genoeg zijn.

Na het advies van de Raad van State stellen de initiatiefnemers hun voorstel bij. Ze nemen de suggestie van de Raad over en bepleiten dat de Inspectie voortaan twee afzonderlijke rapporten moet maken. Het ene rapport bevat louter oordelen op basis van de deugdelijkheidseisen; dat rapport is openbaar. Het andere rapport mag alleen bevindingen optekenen op basis van de ‘overige aspecten van kwaliteit’. Om iedere

7 Onze coauteur Erna Scholtes schrijft later een prachtig proefschrift over transparantie en de betekenis die wordt toegekend aan openbaarheid in het toezicht: E. Scholtes, *Transparantie, icoon van een dolende overheid*, Amsterdam, Boom Lemma Uitgevers, Academisch proefschrift, Tilburg University 2012.

8 Zie ook SGP, *Meesterlijk onderwijs. Zorg voor kwaliteit en prestaties*, Discussienota SGP 2010.

9 Advies Raad van State, W05.14.0041/I, *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 5.

vorm van sanctie – zoals reputatieschade – te voorkomen, mag de Inspectie dat tweede rapport niet openbaar maken.

Het ongemakkelijke huwelijk tussen de controlerende en de stimulerende taak hoeft dan misschien niet definitief ontbonden te worden, een scheiding van tafel en bed ligt wel in het verschiet.

Op herhaling: controleren en stimuleren

Het bijgestelde initiatiefwetsvoorstel belandt aan het eind van 2014 op de burelen van de Onderwijsraad. Inmiddels zijn Paul en ik beiden hoogleraar, beiden werkzaam bij wat Tilburg University is gaan heten, en beiden lid van de Onderwijsraad. Wie had kunnen denken dat we ons – meer dan een decennium na onze eerste ontmoeting – opnieuw gaan buigen over de vraag hoe de controlerende taak en de stimulerende taak van de Inspectie zich tot elkaar verhouden. We weten nu meer, bijvoorbeeld over hoe de WOT in de praktijk uitpakt. Maar we kunnen het nu niet bij academische bespiegelingen laten; de raad moet aangeven hoe het beter kan. Bovendien is er weinig tijd. Behalve dat de raad, zoals gebruikelijk, binnen zes weken moet reageren, loopt het niet alleen tegen het einde van het jaar, maar ook tegen het einde van de zittingstermijn. Het is het laatste raadsadvies waar Paul mede voor verantwoordelijk is.

Het wetsvoorstel leidt binnen de raad tot intensieve discussies en memorabele vergaderingen. De discussies gaan over de juridische juistheid van de redenering van de Raad van State, en waarom deze in de praktijk toch niet houdbaar is. Over de reikwijdte van de ‘aanhoudende zorg’ van de overheid en de vraag hoe ver de autonomie voor scholen strekt. Over de garantiefunctie van het toezicht. Het raakt het hart van artikel 23, een kroonjuweel van de raad.

Op de valreep van de zittingstermijn, de dag voor kerst, komt de raad met zijn advies. Het uitgangspunt van de Raad van State – dat scholen die voldoen aan de deugdelijkheidseisen volgens de wet ook goed onderwijs bieden –

vindt de Onderwijsraad te beperkt en te eenzijdig.¹⁰ Het doet volgens de Onderwijsraad onvoldoende recht aan de maatschappelijke opdracht van het onderwijs. Als de bestaande deugdelijkheidseisen niet voldoen, zo redeneert de Raad van State, dan moet de wetgever die eisen maar aanpassen. Volgens de Onderwijsraad is dat niet realistisch en ook niet wenselijk. Niet alles waarvoor de overheid verantwoordelijk is, of wordt gehouden, is in de vorm van wetenschappelijk onderbouwde deugdelijkheidseisen in de wet vast te leggen. Bovendien voorziet de raad een paradoxaal risico als alles waar de Inspectie naar kijkt, verheven moet worden tot deugdelijkheidseis. Een wetsvoorstel dat bedoeld is om de autonomie voor scholen en docenten te beschermen, zou er zomaar toe kunnen leiden dat die autonomie juist (nog) meer wordt ingeperkt.

De Onderwijsraad ziet niet hoe de controlerende en de stimulerende taak van de Inspectie in de praktijk uit elkaar gehaald kunnen worden. In de dagelijkse werkelijkheid zijn beide taken onlosmakelijk met elkaar verbonden; ze kunnen niet zonder elkaar. Het is onvermijdelijk dat de combinatie voor onderlinge spanningen zorgt, maar dat is geen reden om ze geforceerd van elkaar te scheiden.

De raad vindt wel dat het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en ‘overige aspecten van kwaliteit’ veel explicieter moet worden. Zodat voor scholen duidelijk is dat de kwaliteitsaspecten geen bindende normen zijn. Zolang het onderscheid voldoende helder is, zijn er volgens de raad geen aparte rapportages nodig.

Na alle discussies in raden, fracties en kamers wordt het wetsvoorstel, met een aantal amendementen, aangenomen. Het gevolg is dat de Inspectie sinds 2017 met nieuwe waarderingskaders werkt. Bij iedere standaard is nu expliciet aangegeven wat bij de basiskwaliteit hoort, wat

10 Onderwijsraad, *Advies inzake het Voorstel van wet van de leden Bisschop, Van Meenen en Rog tot wijziging van diverse sectorwetten en de WOT in verband met een doeltreffender regeling van het onderwijstoezicht*, Den Haag, Onderwijsraad 2014.

bij de 'eigen aspecten van kwaliteit', en wat de wettelijke basis is. De Inspectie maakt één rapport, met een duidelijk onderscheid tussen basiskwaliteit en 'eigen aspecten van kwaliteit'. Dat het huwelijk tussen de controlerende en stimulerende taak van de Inspectie voortduurt, betekent niet dat het onderlinge gekibbel is gestopt. De Inspectie komt nu namelijk op basis van de verschillende typen eisen tot verschillende typen oordelen. Op basis van de deugdelijkheidseisen kan een school het oordeel 'voldoende' halen; het oordeel 'goed' is alleen te behalen op grond van de 'eigen aspecten van kwaliteit'. Zo wordt toch een oordeel verbonden aan zaken die verder gaan dan de deugdelijkheidseisen. Niet iedereen is daar blij mee.¹¹ De strijdbijl wordt alweer opgegraven: de controlerende en stimulerende taak gaan elkaar in de nabije toekomst weer in de rechtszaal tegenkomen.

Tot slot

Met zijn brede blik, gevoel voor humor, scherpe geest en toewijding heeft Paul mij ingewijd in de wereld van het onderwijsrecht. Niet alleen over toezicht. Ook over de verhouding tussen de gemeente en verzelfstandigd openbaar onderwijs. Over het richtingbegrip en de stichting van nieuwe scholen. Over toetsen en examens. Over de zorgplicht in passend onderwijs. Het heeft mijn werk als onderwijssocioloog op allerlei manieren verrijkt. Een van de vele prettige dingen aan Paul is dat discussies altijd inhoudelijk zijn en de onderlinge relatie eerder versterken dan beschadigen. Paul kan in de strijd van een discussie zeggen: 'Je doet net of je iets heel intelligents zegt', waarbij ik weet dat hij er niets onaardigs mee bedoelt. Juist omdat Paul zo breed geïnteresseerd is, open staat voor goede argumenten, een duidelijke mening heeft maar die ook aantoonbaar herziet, heb ik veel van hem geleerd. Zo gaf hij tijdens mijn

11 Rb. Den Haag 25 oktober 2018, zaaknummer C/09/559262 KG ZA 18/9/14.

allereerste raadsvergadering, in 2012, een masterclass over een hernieuwde interpretatie van artikel 23 van de Grondwet.¹² In de jaren die volgden heb ik pas echt geleerd – vooral van Paul – hoezeer dat artikel zowel het fundament als de hoeksteen is geworden van een honderd jaar oud bouwwerk van wetten, regels, afspraken en sturing.¹³ Van hem heb ik geleerd hoe je een wet moet lezen en wat juridisch redeneren is. Nu is exegese mij niet vreemd; zijn bijscholing viel in vruchtbare aarde. Ons laatste gezamenlijke adviestraject bij de Onderwijsraad, hierboven beschreven, was een interessante spoedcursus onderwijsrecht.

Onlangs nog constateerde Paul dat ik als socioloog steeds meer de juridische kant opschuif. Dat is waar. Toen wist hij nog niet eens dat ik tegenwoordig uit pure liefhebberij rechterlijke uitspraken en adviezen van de Raad van State na zit te pluizen. Ik betwijfel of hij zich realiseert hoezeer dat aan hem te danken is.

Over de auteur

Prof. dr. S. Waslander

Hoogleraar Sociologie, TIAS School for Business and Society, Tilburg University.

De bijdragen van Paul Zoontjens aan het Nederlandse onderwijsrecht

Ben Vermeulen

Het is niet eenvoudig in het bestek van dit beknopte artikel een schets te geven van de bijdrage die Paul Zoontjens aan het Nederlandse

12 Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag 2012.

13 Zie ook S. Waslander, E.H. Hooge & H.C. Theisens, *Zicht op sturingsdynamiek*, Tilburg, TIAS School for Business and Society 2017.

onderwijsrecht heeft geleverd. Die bijdrage is omvangrijk en veelzijdig. Het is dan ook juister om te spreken over zijn bijdragen – in meervoud – aan het onderwijsrecht.

1. Toepassers en wetgevingsjurist

Een belangrijke bijdrage is ongetwijfeld zijn betrokkenheid bij de beleidsmatige *uitvoering van het onderwijsrecht*, het toepassen van het onderwijsrecht in de praktijk. Een recent curriculum vitae noemt onder meer zijn functies als voorzitter van de examencommissie van de Tilburg Law School, zijn adviseurschap bij het Advocatenkantoor Boels Zanders, zijn vicevoorzitterschap in de Raad van Toezicht van Biezonderwijs, een stichting die een aantal scholen voor speciaal onderwijs bestuurt en het voorzitterschap of vicevoorzitterschap in klachten- en beroepscommissies in het onderwijs. Ongetwijfeld heeft Paul Zoontjens in zijn lange loopbaan nog veel meer van dergelijke juridisch-bestuurlijke functies in het onderwijs vervuld.

Paul Zoontjens heeft daarnaast nogal wat *onderwijsrecht – onderwijswetten – gemaakt*. Daar was ik overigens niet altijd blij mee, maar het zij hem vergeven; en misschien waren sommige wetten toch wel nodig, denk ik achteraf. Hij was van 1994 tot en met 1999 *wetgevingsambtenaar* bij het Ministerie van Onderwijs. In die hoedanigheid heeft hij ongetwijfeld een belangrijk aandeel gehad in een aantal wetgevende operaties, die wel aangeduid werden als ‘de zeven plagen van Tineke’ (staatssecretaris Netelenbos). Deze plagen betroffen enerzijds decentralisatie-operaties op het gebied van (1) de regulering en financiering van de onderwijshuisvesting, (2) het onderwijsachterstandenbeleid, (3) het onderwijs in allochtone levende talen, en (4) de schoolbegeleiding. Anderzijds zagen zij op de relativering van het verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs, door invoering van de mogelijkheid (5) het openbaar onderwijs vermogensrechtelijk te privatiseren, het samen met

het bijzonder onderwijs te verzorgen in één school – (6) de samenwerkingsschool,¹ in eerste instantie afgezwakt tot samenwerkingsbestuur – en (7) het afslanken van de overschrijdingsregeling (de ‘doorberekening’ van extra gemeentefinanciering van het openbaar onderwijs aan het bijzonder onderwijs).²

2. Docent en adviseur

Paul heeft verder veel *onderwijs in het onderwijsrecht gegeven* (het zal mij gezien onze vriendschap vergund zijn dat ik naar een persoonlijker taalgebruik overga, en onder meer volsta met gebruik van enkel zijn voornaam). Ongetwijfeld zal hij sinds 1986 aan de Universiteit van Tilburg in het onderwijs in het staats- en bestuursrecht structureel al uitstapjes gemaakt hebben naar het onderwijsrecht – dat immers een multidisciplinair vak is, en in belangrijke mate van staats- en bestuursrechtelijke aard is. Hij heeft over het onderwijsrecht talloze lezingen, postacademische cursussen en wat dies meer zij gegeven. Tot mijn genoegen is hij mijn opvolger op de leerstoel onderwijsrecht aan de Universiteit van Tilburg, sinds 2002, en geeft hij in dat kader al lange tijd het vak onderwijsrecht.

Verder is er natuurlijk het vele *advieswerk op het gebied van het onderwijsrecht* dat Paul heeft verricht. Daarbij is overigens het onderscheid tussen de gepubliceerde adviezen en zijn wetenschappelijke werk dun; op dat wetenschappelijke werk zal ik zo dadelijk nader ingaan. Wat betreft zijn advieswerkzaamheden is het voor mij niet

- 1 Overigens pas daadwerkelijk ingevoerd na de grondwetsherziening van 2006 ter zake van artikel 23 vierde lid Grondwet, uitgewerkt als uitzonderingsvariant in de Wet van 26 mei 2011, *Stb.* 2011, 287, en naderhand als – mijns inziens ongrondwettige – reguliere variant in de Wet van 19 augustus 2017, *Stb.* 2017, 327.
- 2 Zie hierover B.P. Vermeulen, ‘Gemeentelijk onderwijsbeleid. Een tour d’horizon langs de zeven plagen’, in: Vereniging voor Onderwijsrecht (VOR), *Lokaal onderwijsbeleid: theorie en praktijk*, Den Haag 1997, p. 9-60.

te achterhalen op welke terreinen en in welke hoedanigheden hij die allemaal heeft verricht. Ongetwijfeld betreft dit talloze informele adviezen, suggesties, aanwijzingen, aansporingen – veelal in de persoonlijke sfeer of in het kader van zijn bestuurswerkzaamheden, dan wel in zijn wetgevingswerk. Ik wil naast die informele advisering ook zijn werk voor de Raad van Europa noemen, ten behoeve van de ontwikkeling en modernisering van onderwijsstelsels in voormalige Oostbloklanden.

Van groot belang was zijn werk binnen de Onderwijsraad, de vaste adviesraad van het ministerie waar ikzelf tot 2008 lid van mocht zijn, en waarvan Paul van 2008 tot en met 2014 lid is geweest. In dat kader heeft hij vermoedelijk een hand gehad in het advies inzake *De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs* uit 2008, waarin op grond van overwegingen van pluriformiteitsbehoud voor bepaalde fusies een voorafgaande toetsing werd voorgesteld. Dat zal ook het geval zijn geweest ten aanzien van de twee adviezen uit 2010 over interne verzelfstandiging van scholen (*Verzelfstandiging in het onderwijs I en II*), en het kritische advies over het initiatiefwetsvoorstel Hamer c.s. (30417), gericht op invoering van een toelatingsrecht van ouders/leerlingen tot bijzondere scholen, dat beoogde aldus segregatie in het onderwijs tegen te gaan.³ In het jaar 2012 zal hij heel veel werk voor de Onderwijsraad hebben verricht. Toen verschenen adviezen inzake burgerschapsonderwijs in brede zin, respectievelijk meer toegespitst op begrip in het onderwijs voor seksuele diversiteit.⁴ Daarnaast werd een conceptwetsvoorstel inzake stichting en opheffing van scholen van commentaar

voorzien,⁵ en verscheen een advies over de mogelijkheid om op meerdere richtingen gebaseerde scholen in het voortgezet onderwijs op te richten.⁶ Ten slotte zou ik nog willen noemen de onderwijs-juridisch relevante adviezen uit 2014: over het humanisme als richting in het onderwijs,⁷ over de vraag hoe de zorgplicht van scholen in het kader van passend onderwijs zich verhoudt tot de vrijheid van bijzondere scholen om een toelatingsbeleid te voeren; en over een wetsvoorstel tot beperking van het kwaliteitstoezicht van de onderwijsinspectie tot naleving van wettelijke voorschriften.⁸ Het belangrijkste Onderwijsraadadvies waarbij Paul vermoedelijk een bepalende rol heeft gespeeld, is ongetwijfeld het advies over artikel 23 Grondwet geweest. Ik kom daar straks nog kort op terug.⁹

3. Onderzoeker

Ten slotte kom ik toe aan de kern: de bijdrage(n) van Paul als *wetenschappelijk onderzoeker/schrijver aan het onderwijsrecht*, het terrein waarop hij al zo lang werkzaam is. Het is niet doenlijk zijn bijdragen hieraan in brede zin te beschrijven, laat staan te analyseren en te beoordelen. Hij heeft blijkens een onderzoekswebsite van zijn universiteit van 1996-2019 zo'n 170 publicaties het licht doen zien, waarvan verreweg de meerderheid onderwijsrechtelijke thema's betreft. Paul is de afgelopen twintig jaar vermoedelijk de meest productieve wetenschappelijk auteur op dit terrein geweest. Ik

3 De behandeling van dit in 2005 ingediende wetsvoorstel is traag; het meest recente inhoudelijke Kamerstuk dateert uit 2010. Mogelijk is er een causaal verband met het advies van de Onderwijsraad.

4 Onderwijsraad, *Verder met burgerschap in het onderwijs; Aanpassing kerndoelen seksualiteit en seksuele diversiteit*, Den Haag 2012.

5 Onderwijsraad, *Advies Wetsvoorstel Stichting en opheffing van scholen*, Den Haag 2012.

6 Onderwijsraad, *Meerdere richtingen*, Den Haag 2012.

7 Onderwijsraad, *Humanisme als richting*, Den Haag 2014; zie ook Onderwijsraad, *Boeddhisme als richting*, Den Haag 2010.

8 Onderwijsraad, *Doeltreffender onderwijstoezicht*, Den Haag 2014.

9 Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag 2012.

volsta met een beknopte duiding van zijn voor-
naamste publicaties.

3.1 *Dissertatie; een functioneel grondrecht*

Als eerste moet uiteraard de *dissertatie* van Paul uit 1993 over de *vrijheid van wetenschap* genoemd worden,¹⁰ exemplarisch voor zijn intense, structurele interesse voor het recht omtrent hoger onderwijs en wetenschapsbeoefening.¹¹ Het boek bevat een schatkist aan materiaal inzake de juridische regelingen en beginselen inzake de vrijheid van het wetenschappelijk onderzoek, en in aansluiting daarop de vrijheid van het wetenschappelijk onderwijs.¹² Na een grondrechtelijke analyse van de vrijheid van wetenschap (hoofdstukken 2 en 3) volgen beschouwingen over wetenschapsbeleid (hoofdstukken 4 en 5) en wordt een interessant rechtsvergelijkend overzicht gegeven van de hoger onderwijsstelsels (met inbegrip van de positie van personeel en studenten) in Nederland, Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten (hoofdstukken 6-11).

Uitgangspunt in de dissertatie is, dat de vrijheid van wetenschapsbeoefening en wetenschappelijk onderwijs een meer-dimensioneel *grondrecht* is, dat niet alleen individuele uit klassieke grondrechten voortvloeiende vrijheden omvat. Het is ook een functioneel grondrecht, waaruit

– met name in artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) – neergelegde verplichtingen voor de overheid voortvloeien om randvoorwaarden voor die vrijheden te realiseren. Tegelijkertijd komt in het functionele karakter van het grondrecht een begrenzing in de vorm van een taakgerichtheid van die vrijheden naar voren: de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek en onderwijs is geen vrijblijvend klassiek grondrecht maar heeft ook een maatschappelijke functie, is erop gericht om wetenschap tot stand te brengen en over te dragen. Zie ik het goed, dan is dit een constante in Paul's geschriften: de idee dat de vrijheid van onderwijs en wetenschap niet enkel vrijheidsrechten vormt, maar grondrechten met verschillende dimensies: niet alleen zien op de dimensie van een klassiek afweerrecht, maar ook van een sociaal grondrecht; niet alleen een individueel grondrecht; niet alleen een groepsrecht waarborgen maar ook een meer overkoepelend collectief recht, gericht op de randvoorwaarden voor het functioneren van instituties, noodzakelijke verbanden waarbinnen die individuele en groepsrechten pas tot hun recht kunnen komen; niet alleen gericht zijn op individuele ontplooiing, maar samenhangen met een specifieke taak of functionaliteit met het oog op het maatschappelijk belang.

3.2 *Inleiding tot de onderwijswetgeving en VAR-preadvies: overzichtswerk en bestuursrechtelijke optiek*

In de jaren na het proefschrift – vermoedelijk gevoed door de uitstap naar het Ministerie van Onderwijs – verbreedt de blik zich. In 1999 verschijnt van Paul's hand een inleiding tot het onderwijsrecht,¹³ waarin een overzicht wordt gegeven van *nagenoeg het gehele onderwijsrecht*. De inleiding behandelt sector-overstijgende onderwerpen, die zien op onder meer de bestuursvormen en de positie van de onderwijsdeelnemers, bekostiging, toezicht/handhaving,

10 *Vrijheid van wetenschap. Juridische beschouwingen over wetenschapsbeleid en hoger onderwijs*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

11 Onder meer tot uitdrukking komend in zijn sinds een jaar of twintig – veelal jaarlijks – verschijnende update tekstuittgaven (met commentaar) van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw).

12 Pieter Huisman en ondergetekende hebben er dankbaar gebruik van gemaakt in onze beschrijving van het recht op professionele autonomie in het hoger onderwijs, zie P.W.A. Huisman & B.P. Vermeulen, 'De juridische positie van de leraar in balans', in: J.M.M. van de Ven & B.P. Vermeulen (red.), *De docent: onderdaan of autoriteit?*, NVOR, Den Haag, Sdu Uitgevers 2007, p. 51 e.v.

13 P.J.J. Zoontjens, *Inleiding tot de onderwijswetgeving*, Den Haag, Elsevier bedrijfsinformatie 1999.

leerplicht en medezeggenschap (hoofdstukken 3-9), maar bevat daarnaast ook een bespreking aan de hand van de onderwijssectorwetten (de Wpo, de Wvo, de Web en de Whw). Met deze focus op de onderwijswetgeving blijven alleen de fundamentele onderwijsrechtelijke principes – het uit de Grondwet, verdragen en beginselen voortvloeiende *constitutionele onderwijsrecht* – buiten beschouwing, welk recht juist de kern vormde van mijn gelijktijdig verschenen complementaire boekje dat specifiek aan die constitutionele principes was gewijd.¹⁴

In 2000 schreven we samen een *preadvies voor de VAR*, de Vereniging voor bestuursrecht, gewijd aan de vraag in hoeverre het zo specifieke onderwijsrecht ingevoegd kan worden in het generieke, in de Algemene wet bestuursrecht gecodificeerde bestuursrecht.¹⁵ Dit preadvies is een van de vele producten van onze vriendschappelijke coöperatie. Deze maakte het mogelijk het preadvies in een vloek en zucht van enkele weken (samen) te schrijven, vergemakkelijkt door een min of meer vergelijkbare schrijfstijl en de bereidheid elkaars verschil van insteek te respecteren. Het preadvies, de eerste serieuze poging om het onderwijsrecht te plaatsen binnen het kader van de Awb, is in zoverre klassiek dat het nog uitgaat van een heldere dualiteit als grondslag van het onderwijsbestel, waarin het openbaar onderwijs primair gereguleerd wordt door het publiekrecht en bestuurd wordt door bestuursorganen, terwijl het bijzonder onderwijs beheerst wordt door het privaatrecht, met daaruit als het ware vanzelf voortvloeiende verschillen in bestuursvorm, de posities van personeelsleden en leerlingen en de ingang tot rechtsbescherming.

3.3 Oratie en nog veel meer: het recht op onderwijs; segregatie en gelijkheid; Dijsselbloem; moderne interpretatie van artikel 23 Grondwet en het richtingbegrip; inpassing in het algemene bestuursrecht

Belangwekkend is de insteek van Paul's *oratie* (2003),¹⁶ waarin hij structurele aandacht vraagt voor de vraagzijde van het onderwijsrecht, in het bijzonder voor het *recht op onderwijs* zoals neergelegd in mensenrechtenverdragen. Daarin zien we een uitwerking van zijn opvatting dat de vrijheid van onderwijs niet alleen een individueel en collectief vrijheidsrecht is, maar ook functionele aspecten omvat, die beogen de onderwijsvrager voldoende tot zijn recht te laten komen. Het recht op onderwijs kleurt dan ook via het internationale recht, zoals de in artikel 13 IVESCR en het Verdrag tot bescherming van de Rechten van het Kind (IVRK) geformuleerde aanspraken, de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs. Tegelijkertijd is het betoog genuanceerd, bijvoorbeeld in de zin dat het uitgangspunt van het Nederlandse onderwijsrecht, dat het schoolbestuur het – in laatste instantie – voor wat betreft de grondslag van de school voor het zeggen heeft niet per definitie geacht wordt met het recht op onderwijs in strijd te zijn. De oratie omvat een breed spectrum van vragen die het recht op onderwijs bestrijken: de verhouding tussen leerplicht en kosteloosheid (onder meer zoals al dan niet vereist onder artikel 13 IVESCR¹⁷) en de aanspraak op onderwijs van illegale vreemdelingen, het leerrecht van zorgleerlingen en gehandicapten, het spanningsveld tussen de pedagogische autonomie van onderwijsinstellingen en leerrechten en aanspraken van stu-

14 B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag, Elsevier bedrijfsinformatie 1999.

15 B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Het "algemene" bestuursrecht en het "bijzondere" onderwijsrecht', in: VAR, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2000, p. 45-186.

16 P.J.J. Zoontjens, *Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2003.

17 Zie daarover uitgebreid A.P.M. Coomans, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Betaalbare toegang tot onderwijs. Schoolkosten in het voortgezet onderwijs en de verdragsplichten van de staat ingevolge het recht op onderwijs', *NTOR* 2004, p. 191-210.

denten op hoger onderwijs in samenhang met internationale marktwerking (*Bologna*-proces, gericht op een zekere harmonisatie, leidend naar de bachelor-masterstructuur, en het binnen de Wereld Handelsorganisatie tot stand gekomen General Agreement on Trade in Services (GATS)).

Ondertussen blijven we samen publiceren. In 2005 schrijven we een opstel in de bundel opgedragen aan onze zo vroeg overleden collega, de Tilburgse hoogleraar staatsrecht Alis Koekkoek, over de betekenis en toekomst van de in artikel 23 Grondwet verankerde onderwijsvrijheid.¹⁸ Daarin worden de door ons beiden bespeurde ontwikkelingen *rondom het grondwetsartikel*, zoals daar zijn de gewijzigde maatschappelijke context, waarin – zoals Paul reeds in zijn oratie uiteenzette – vraagrechten meer centraal komen te staan en de betekenis van het begrip ‘richting’ en de vrijheid van richting door de opkomst van het islamitisch onderwijs onder druk is komen te staan, en waarin de tweedeling tussen witte en zwarte scholen, de in dat verband mogelijke tegenmaatregelen en de relevantie van de burgerschapsvormende taak van het onderwijs gethematiserd worden. Een van deze onderwerpen (bestrijding van segregatie in het onderwijs) hernemen we in een onder redactie van Pieter Huisman en Paul tot stand gebrachte bundel uit 2009, gewijd aan selectie bij toegang tot het onderwijs.¹⁹ In diezelfde bundel schrijft Paul met anderen enkele andere bijdragen, alsmede – alleen – een artikel over een thema dat

hem steeds meer is gaan interesseren: de positie van zorgleerlingen.²⁰

Tussendoor werken we nog samen in het kader van de *tweede evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling*,²¹ en brengen we adviezen uit over varianten van verzelfstandiging van het bestuur van het openbaar onderwijs.²² Daarnaast beschrijft en analyseert hij samen met Dick Mentink ten behoeve van de Commissie Parlementair Onderzoek Onderwijsvernieuwingen (de Commissie-Dijsselbloem) de parlementaire besluitvorming omtrent een aantal *grote onderwijsvernieuwingsoperaties*: de invoering van de basisvorming, de profielen in de tweede fase van het voortgezet onderwijs en de leerwegen in het vmbo. De conclusie is niet verrassend: het parlement wilde veel, maar was niet in staat gebleken de omvattende vernieuwingsprojecten in deugdelijke wetgeving te gieten.²³

18 B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid’, in: *Getuigend Staatsrecht. Liber amicorum Alis Koekkoek*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers 2005, p. 431-468.

19 B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Toelatingsbeleid ter bestrijding van segregatie’, in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Deventer, Kluwer 2009, p. 213-244.

20 P.J.J. Zoontjens, ‘Toelating en verwijdering van zorgleerlingen’, in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Deventer, Kluwer 2009, p. 145-193. Zie nader zijn artikelen in *Gelijke behandeling*, *Oordelenbundel* 2010 en 2011; alsmede zijn ‘Zorgplicht passend onderwijs en de positie van schoolbesturen en ouders’, *NTOR* 2011, p. 7-35.

21 M.L.M. Hertogh, R. Holtmaat, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Samenvatting, conclusies en vooruitzichten’, in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens, *Gelijke behandeling; principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers 2006, p. 331-370.

22 H. Delnooz, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *Governance in het openbaar onderwijs. Over de mogelijkheden van scheiding van bestuur en toezicht en van delegatie van bevoegdheden in het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs in PO en VO*, Eindrapport, eerste deel, Tilburg 2006; B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *Governance in het openbaar onderwijs. Hoe kan de positie van de stichting openbaar onderwijs zoveel mogelijk in overeenstemming gebracht worden met de positie van het bevoegd gezag van een van een bijzondere school?*, Eindrapport, tweede deel, Tilburg 2006.

23 *Kamerstukken II* 2007/08, 31007, nr. 8, zie met name p. 114-122 (Conclusies).

Paul heeft nog veel meer geschreven, veel te veel om hier op te sommen. Ik stip nog slechts een tweetal thema's aan. Ten eerste heeft hij dikwijls gepleit voor een onderwijswetgeving welke is aangepast en voldoet aan de Algemene wet bestuursrecht. Zo schreef hij met anderen een rapport over de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving,²⁴ en in de slipstream daarvan talrijke artikelen die in dezelfde richting wijzen.²⁵

Als tweede rode draad zou ik willen noemen het streven naar een moderne toepassing en uitleg van artikel 23 Grondwet. Zo heeft Paul in verschillende publicaties, hetzij met collega's hetzij in het verband van de Onderwijsraad, gepleit voor het loslaten van het richtingbegrip bij de stichting van scholen, en voor een vorm van toezicht door de Inspectie voorafgaand aan het voor bekostiging in aanmerking brengen van nieuwe scholen.²⁶ De regering heeft dit

pleidooi op beide punten gevolgd in het voorstel van *Wet meer ruimte voor nieuwe scholen*.²⁷

3.4 *Het magnum opus*

Ik kom tot een afronding van mijn (te) beknopte beschrijving van wat Paul Zoontjens de laatste dertig jaar²⁸ aan het onderwijsrecht, in het bijzonder als onderzoeker, heeft bijgedragen. Het is meer dan gepast dat ik deze afsluiting wijd aan zijn handboek *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, dat – als het goed is – vandaag officieel het licht ziet. Ik heb het manuscript van dit werk, het belangrijkste en meest omvattende onderwijsrechtelijke geschrift van zijn hand, al mogen lezen. Het was helaas nog niet op de markt toen ik dit jaar mijn cursus onderwijsrecht aan de Radboud Universiteit begon: ik had het uiteraard aan mijn studenten voorgeschreven.

Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid is een uitmuntend werk, het resultaat van decennia noeste onderzoeksarbeid in alle hoeken en gaten van het onderwijsrecht en de vakliteratuur, in alle kieren en krochten van de onderwijswetgeving en -rechtspraak. Ik geloof dat ik niemand van zijn en mijn vakzusters en vakbroeders zal beledigen met de stelling dat hij de enige is, die op dit moment in zijn eentje een dergelijk alomvattend handboek, dat op een hoog niveau het hele Nederlandse onderwijsrecht en alle hoofdsectoren inclusief het passend onderwijs bestrijkt, had kunnen schrijven.

Het onderschrift van het handboek, *Eenheid in verscheidenheid*, ontleend aan een titel uit een hoofdstuk van Idenburgs *Schets van het Nederlandse schoolwezen* (1964), is bewust gekozen, en goed gekozen. Paul zoekt steeds – door de diversiteit heen, door de sectorale wetgeving heen, en voorbij het duale bestel van openbaar en bijzonder onderwijs, van publiekrecht en

24 J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden & P.J.J. Zoontjens, *Anders, of toch niet? Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving*, Eindrapport voor OCW, Tilburg/Leiden 2013.

25 Zie, met dezelfde auteurs: 'De onderwijswetgeving en de Awb: een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is', *NTB* 2014, p. 483-512, alsmede 'Bekostiging en sancties: een pleidooi voor meer Awb-conforme onderwijswetgeving', *NTOR* 2014, p. 59-79; en samen met J.A. de Boer, 'Naar duidelijkere rechtsbescherming in het duale bestel', *NTOR* 2016, p. 161-189.

26 Onderwijsraad, *Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting*, Den Haag 2010; P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink & P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*, Rotterdam, 2011; het grote advies over artikel 23 Grondwet van de Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag 2012; en het preadvies van M.T.A.B. Laemers & P.J.J. Zoontjens met de merkwaardige titel *Magnificently unprepared for the long littleness of life? Over de constitutionele haken en ogen van 'Meer Ruimte voor Scholen'*, NVOR, Den Haag, Sdu Uitgevers 2016, p. 11-58.

27 *Kamerstukken II* 2018/19, 35050, nr. 1-4.

28 Paul's eerste onderwijsrechtelijke publicatie die ik heb kunnen achterhalen is 'Bekostigingsvoorwaarden in het onderwijs', *NTOR* 1990, p. 31-47.

privaatrecht – naar de algemene grondtrekken van het onderwijsrecht, de beginselen die ontleend zijn aan de grondprincipes van het recht op onderwijs en de vrijheid van onderwijs.²⁹ Het is deze zoektocht naar de algemene grondtrekken, de generieke principes en kenmerken, die zijn gehele onderwijsrechtelijke werk kenmerken. Dat zien we al in zijn proefschrift, dat cirkelt rondom de twee polen van vrijheid van wetenschap respectievelijk overheidssturing en onderwijsbeleid. Deze inzet komt ook naar voren in zijn latere geschriften, waarin hij naast de vrijheid van onderwijs van de aanbieders steeds meer het recht op onderwijs van de vragers benadrukt. Wij vinden deze gerichtheid op het generieke achter het specifieke ook in zijn veelvuldige pleidooien voor een sector-overstijgende Algemene wet op het onderwijs en voor harmonisatie, mede in samenhang met verdere inpassing in de Algemene wet bestuursrecht, en we treffen deze evenzeer aan in zijn relativering van het onderscheid tussen het openbaar en bijzonder onderwijs. Begrijpelijk is dan ook, dat de verschillende hoofdstukken in het handboek enkel thematisch opgebouwd zijn: onder meer de constitutionele uitgangspunten (de principes), de leerplicht, het onderwijs, rechtsvorm en bestuurlijke inrichting van instellingen, de positie van ouders/leerlingen en personeel, planning en financiering, enzovoort. Daarin onderscheidt het handboek zich wezenlijk van de twintig jaar geleden verschenen *Inleiding tot de onderwijswetgeving*, dat als het ware een voorstudie was van het werk van nu, maar anders dan nu voor de helft bestond uit hoofdstukken die gewijd waren aan de vier grote onderwijssectorwetten.

Ik herken veel van mijzelf in Paul's streven om de algemene regels, beginselen en leerstukken bloot te leggen en van daaruit specifieke deelaspecten af te leiden, te beschrijven en te analyseren. Een dergelijk streven ligt ten grondslag

29 P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, 1.2.2: 'Het algemene van het onderwijsrecht'.

aan de poging van Marten Burkens, Henk Kumeling, Rob Widdershoven en mijzelf om in ons propedeuseboek *Beginselen van de democratische rechtsstaat* een inleiding in het Nederlandse staats- en bestuursrecht te bieden aan de hand van enkele funderende rechtsstatelijke en democratische principes. Tegelijkertijd bespeur ik bij mijzelf voor wat betreft het Nederlandse onderwijsrecht een veel grotere voorliefde voor het unieke, het specifieke van het onderwijsrecht; een genoegen in het eigene en eigenaardige van dit recht; een voorkeur voor het benadrukken van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en de eigenstandigheid van de onderwijssectoren en hun regels; een genoegen in het uiteenzetten van juist de dualiteit, het verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Maar mijn eigen voorkeur doet in het geheel niet af aan mijn bewondering voor Paul's aanpak, voor zijn streven door het specifiek-bijzondere heen het algemeen-generieke te zien.

In weerwil van de zoektocht naar het algemene is het handboek ook rijk aan details, en aan variatie in gezichtspunten. Naast algemeen-juridische beschouwingen ook detail-analyse, historische uitstapjes, empirische gegevens, rechtsvergelijking, internationaal recht. Het is een rijk werk van de hand van iemand die zijn vakgebied tot in de puntjes beheerst. Die beheersing uit zich ook in de stijl. De informatiedichtheid is groot, maar goed verwerkbaar; de zinnen zijn sober, zonder overbodigheid. Dit doet mij denken aan een compliment dat Paul – het was denk ik een jaar of twintig geleden, ik stond er bij – aan een grootmeester van het Duitse onderwijsrecht, Herman Avenarius, gaf voor diens handboek *Schulrecht*: Paul merkte op dat dit werk zo'n grote rust uitstraalde, kenmerk van ervaring en overzicht. Graag geef ik hierbij aan Paul ditzelfde compliment voor zijn eigen handboek. Het is het product van een wetenschapper die op het toppunt van zijn kunnen zijn carrière aan zijn geliefde universiteit en faculteit afsluit. Zo'n afscheid zij hem, mijn dierbare vriend, van harte gegund.

Paul, ik weet zeker dat dit afscheid geen afscheid tussen ons beiden zal zijn. We hebben langdurig en met veel plezier als beste kameraden samengewerkt. Het was oorspronkelijk de bedoeling om het handboek samen te schrijven; door drukte is het er niet van gekomen. Maar ik hoop stiekem dat wanneer het boek bewerkt moet gaan worden, ik alsnog een bijdrage zou kunnen leveren. Maar ook daarzonder zullen we blijven samenwerken en samen komen: in geschriften en begeleiding, op symposia en met een goed glas. Onze synergie en chemie was en is groot, en zal dat blijven! Ik heb gezegd.

Over de auteur

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

Lid van de Raad van State en hoogleraar onderwijsrecht aan de Radboud Universiteit.

Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid

Verschijnt 4 x per jaar

Formule: Het NTOR stelt zich ten doel op wetenschappelijk verantwoorde wijze aandacht te schenken aan de ontwikkelingen op het terrein van het onderwijsrecht en onderwijsbeleid. De redactie is verantwoordelijk voor de plaatsing van de bijdragen; de auteurs behouden de verantwoordelijkheid voor de inhoud van de bijdragen.

Redactie:

prof. mr. dr. P.W.A. Huisman; mevr. prof. mr. dr. M.T.A.B. Laemers; mr. dr. A.G.D. Overmars; mevr. C.J. Pater MSc; mevr. prof. dr. S. Waslander; prof. mr. dr. P.J.J. Zoontjens

Vaste medewerkers:

mr. M.R.A. Dekker; mr. J.M.V. Dubelaar; mevr. mr. G.J. Spaans

Uitgever: Sdu Uitgevers, Ron Huveneers

Redactieadres:

Sdu Uitgevers, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag,
tel. (070) 3789770

Aanbevolen citeertitel: NTOR (jaar), blz.

ISSN 0923-4640

© 2019 Sdu Uitgevers, Den Haag

Abonnementsprijs: € 131,- per jaar, excl. btw en verzend- en administratiekosten, inclusief online toegang en toegang tot NTOR via Stapp, de Sdu Tijdschriften App.

Abonnementenadministratie en adreswijziging:

Sdu Klantenservice, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(s) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd (waaronder het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar worden gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenisrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij werken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu Uitgevers bv. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: informatie@sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.