

Aan de leden van de commissie Onderwijs van de Tweede Kamer

Heiloo, 1 september 2019

Betreft: Notitie over artikel 23 Grondwet

Geachte Kamerleden,

Artikel 23 Grondwet is, naast het recht op onderwijs in de internationale verdragen, een baken op het braakliggende terrein van het onderwijsrecht. De internationale verdragen leggen ons de verplichting op dat niemand het recht op onderwijs kan worden ontzegd. Artikel 23 Grondwet geeft ons hoop: het geven van onderwijs is vrij!

Dankzij de onderwijsvrijheid kan en mag alle creativiteit worden ingezet voor de inrichting van het onderwijs, tenzij een formele wet dat verbiedt. Een beperking van de onderwijsvrijheid bij wet is bovendien alleen mogelijk als die beperking de deugdelijkheid van het onderwijs ten goede komt.

Dit heldere uitgangspunt lijkt sinds het einde van de vorige eeuw steeds vaker onder druk te staan. Het onderwijs kent vele betrokkenen met allen eigen belangen. Ten gevolge daarvan is de onderwijsvrijheid ook na de schoolstrijd van 1917 een (politiek) beladen onderwerp gebleven.

Voor mijn bijdrage aan de discussie over artikel 23 Grondwet, zoals die ook heden ten dage wordt gevoerd, maak ik gebruik van mijn ervaringen als praktijkjurist onderwijsrecht. Ik dank de Tweede Kamer voor de drie heldere en doelgerichte vragen die zijn gesteld in de uitnodiging voor dit rondetafelgesprek. Ik zal deze vragen beantwoorden in de hoop om daarmee een brug te slaan tussen de theorie van de wetgeving en de bestaande onderwijspraktijk.

Wat moet behouden worden in het huidige systeem?

De vrijheid van onderwijs moet worden behouden. Juist in een tijd dat in landen het publiek bestuur onder druk staat door besluiteloos of ondeskundig leiderschap. We moeten ons realiseren dat in het belang van de democratie het onderwijs van de invloed van de overheid moeten kunnen worden gevrijwaard. Graag onderschrijf ik het standpunt van de VBS in deze.¹

Wat kan aanscherping gebruiken? Welke aanscherping?

Ook een Grondwetsartikel kan verworden tot een dode letter als men de bepaling niet onderhoudt. Ten gevolge van het gebrek aan kennis over artikel 23 Grondwet dreigen wij de vrijheid van onderwijs te verliezen doordat anderen dan burgers, straffeloos, de richting en de inrichting van het onderwijs gaan bepalen.

¹ Position paper VBS d.d. 27 augustus 2019, stelling 1.

Aanscherping van artikel 23 Grondwet is noodzakelijk. Daarbij gaat het met name om de volgende drie elementen van deze grondwetsbepaling.

1. Schoolkeuze vrijheid van ouders

Over het ontstaan van de vrijheid van onderwijs in relatie tot de positie van ouders schreef mr. dr. Joke Sperling destijds in het preadvies voor de Nederlandse Vereniging Onderwijsrecht het volgende:

De belangrijkste bron voor het recht op onderwijs en de rechten en verplichtingen van ouders bij de verwezenlijking van dit recht zijn de internationale verdragen. De Nederlandse grondwet bevat hierover geen bepalingen. Bij de parlementaire behandelingen van artikel 23 Grondwet is het recht op onderwijs niet of nauwelijks aan de orde gekomen, ook niet bij de grondwetswijziging van 1983. Dat gebeurde wel daarvoor in het Tweede Rapport van de Staatscommissie Cals-Donner van 1969. Volgens de staatscommissie ligt in de grondwettelijke garantie van de vrijheid van onderwijs besloten dat ouders zich van passend onderwijs voor hun kinderen kunnen verzekeren.² Van een eigen recht van kinderen werd echter niet gesproken.

Evenmin bevat de grondwet bepalingen over de rechten en plichten van ouders met betrekking tot de opvoeding van en het onderwijs aan hun kinderen. Daarover is wel gesproken bij de totstandkoming van de toenmalige tekst van artikel 23 Grondwet in 1848, maar het ouderlijke recht om de opvoeding van en het onderwijs aan hun kinderen te bepalen was zo vanzelfsprekend dat men het niet nodig vond om het in de Grondwet op te nemen. Het werd door sommige parlementsleden gezien als een goddelijk, bijbels recht of een natuurrecht, dat zelfs niet door de Grondwet mocht worden beperkt. De vrijheid van onderwijs in artikel 23, lid 2, Grondwet was bedoeld ter ondersteuning van dit recht van ouders en algemeen wordt aangenomen dat het ouderlijke recht daarom besloten ligt in deze bepaling.³

De vrijheid van onderwijs is onderdeel van het recht en de plicht van ouders om hun kind op te voeden, zoals bepaald in artikel 247 boek 1 BW. Dat opvoedingsrecht staat beschreven in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens: *Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.*⁴

Tot het einde van de vorige eeuw heeft artikel 23 Grondwet ouders in staat gesteld om scholen op te richten. Ouders hadden een vrije schoolkeuze en ouders konden door het oprichten van een school zelf voorzien in een onderwijsaanbod dat paste binnen hun opvoeding en aansloot op de onderwijsbehoefte van hun kind.⁵ Ten gevolge van de schaalvergroting in het onderwijs is oprichting van een school door ouders nagenoeg onmogelijk.⁶ Daarnaast is op de bestaande scholen, door de professionalisering van het onderwijsbestuur en de invoering van het raad van toezichtmodel, de

² P.J.J. Zoontjens, Het beweeglijk recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2003, p. 4.

³ J. Sperling, in het preadvies 2009 ten behoeve van de NVOR, pagina 13, <https://nvor.nl/wp-content/uploads/2016/04/NVOR-29-juridische-positie-ouders.pdf>

⁴ Artikel 2 EP EVRM

⁵ Katinka Slump, De opkomst en ondergang van ouderrechten in het onderwijs, <https://balansdigitaal.nl/wp-content/uploads/2017/05/Speciale-uitgave-BM-Staat-onderwijs-volgens-ouders.pdf>

⁶ Stichting AutiPassend Onderwijs Utrecht heeft een jaar of 10 geleden nog een poging gewaagd, zonder succes. <http://www.autipassendonderwijsutrecht.nl/>

invloed van ouders op het bestuur van een school nagenoeg nihil. Scholen van nu hebben bestuurders die vaak zoveel scholen moeten aansturen dat zij de scholen nauwelijks kennen en daarmee vaak geen persoonlijke binding hebben.

De medezeggenschap van ouders is geen goed alternatief gebleken voor de zeggenschap van ouders binnen scholen. Zeker niet voor ouders van kinderen die tot een minderheidsgroep behoren, zoals hoogbegaafde kinderen en kinderen met een beperking. Deze ouders hebben soms iedere aansluiting met een school verloren omdat deze kinderen door scholen kunnen worden uitgeschreven zonder dat een andere school de onderwijstaak heeft overgenomen. Als daarvan sprake is zijn deze ouders zelfs niet meer vertegenwoordigd via de medezeggenschapraad op een school terwijl juist zij ervaringsdeskundig zijn. Het zijn de ouders van deze minderheidsgroepen die als geen ander weten waar het onderwijsaanbod op scholen tekortschiet en welke ondersteuning deze kinderen nodig hebben om zich te kunnen ontwikkelen.

Een goed beeld van de huidige positie van deze ouders in het onderwijs geeft het dossier van de ouders van het Leids Initiatief voor Educatie (LIVE). Ik voeg dit dossier als bijlage toe.

Deze ouders van veelal thuiszittende hoogbegaafde kinderen, hebben het initiatief genomen tot de oprichting van LIVE. Dit nadat gebleken was dat de scholen waar 12 van de 13 kinderen stonden ingeschreven niet in staat waren om het juiste onderwijs en de juiste ondersteuning te bieden. De betrokken scholen waren zowel openbaar als bijzonder als speciaal. De schoolbesturen weigerden na de oprichting van LIVE dit initiatief van de ouders te steunen. Naar zeggen van de bestuurders, omdat de Inspectie van Onderwijs hen verbood om de kosten van het onderwijs voor hun leerling bij LIVE te vergoeden. De Inspectie van Onderwijs en de schoolbesturen wisten dat dit tot gevolg zou hebben dat LIVE haar activiteiten met ingang van 1 mei jl. moest staken. Vanaf die datum stopte de financiering van de gemeente Leiden en veel van deze kinderen zitten sinds die datum dan ook weer zonder onderwijs thuis.

Steeds vaker staan ouders tegenover schoolbesturen en volgen de schoolbesturen de Inspectie van Onderwijs om conflicten met de onderwijsinspectie te voorkomen. Dit terwijl de schoolbesturen in opdracht van de ouders de hoeders zijn van de onderwijsvrijheid.

De kennis over de onderwijsvrijheid zoals geregeld in artikel 23 Grondwet is zeer schaars. Het vak onderwijsrecht wordt aan de universiteiten nagenoeg niet gedoceerd en de rechtsontwikkeling ligt stil. Omdat ook binnen de advocatuur de kennis over het onderwijsrecht ontbreekt weigeren advocaten ouders in onderwijszaken bij te staan en is er voor veel ouders geen toegang tot rechtsbijstand. Ook in de lijst van genodigden voor het rondetafelgesprek over deze bepaling in de Grondwet zijn vertegenwoordigers van ouders en docenten onvoldoende vertegenwoordigd.

Echter, de vrijheid van onderwijs zoals deze in artikel 23 Grondwet is geregeld komt aan de burgers toe en die bepaling verdient dan ook aanscherping waar het gaat om de positie van ouders én docenten.

2. Openbaarheid van openbaar onderwijs

Met de privatisering van het openbaar onderwijs is er nagenoeg geen onderscheid meer tussen openbaar onderwijs en (algemeen) bijzonder onderwijs. Openbare scholen gedragen zich als bijzonder onderwijs. Zij zijn niet langer algemeen toegankelijk, selecteren aan de poort, en zitten

gewoon vol. Voormalig wethouder onderwijs Rotterdam, Hugo de Jonge, financierde een Task Force om thuiszitters op de Rotterdamse openbare scholen te kunnen plaatsen.⁷

Schoolbesturen onder samenwerkingsbesturen weten vaak niet eens welke scholen onder hun bestuur openbaar zijn en welke (algemeen) bijzonder. Op het verzoek aan een bestuurder van een openbare school om een kopie van de notulen van de bestuursvergadering, antwoordde de bestuursvoorzitter: *Voor de goede orde: het Vossius Gymnasium is geen openbare school, maar valt onder de Stichting Zelfstandige Gymnasia, een rechtspersoon voor algemeen bijzonder onderwijs.* Gelukkig brachten de websites van de school en van Wikipedia uitkomst; op beide websites stond gelukkig nog vermeld dat het Vossius Gymnasium een openbare school is.

Op het verzoek om een vergadering bij te wonen aan de Raad van Toezicht van de Stichting Zelfstandige Gymnasia waaronder ook het Vossius Gymnasium is ondergebracht, antwoordde de voorzitter: *U verzoekt om aan te geven wanneer en waar de Raad vergadert en wijst daarbij op het openbare karakter van onze vergaderingen. (...), valt niet in te zien welk belang u heeft om te vernemen wanneer en waar de Raad vergadert.*

In de statuten van het bestuur van deze openbare school staat dat de gemeenteraad Amsterdam in geval van ernstige taakverwaarlozing door de stichting of het functioneren in strijd met de wet, *het bestuur en/of de Raad van Toezicht van de stichting terzake om verantwoording kan vragen en kan verzoeken ten spoedigste de maatregelen te nemen die hij nodig acht om de continuïteit van het onderwijsproces te waarborgen voor zover het openbaar onderwijs betreft.*

Helaas is volstrekt onduidelijk om welke maatregelen de gemeenteraad kan verzoeken.

De verplichtingen van het openbaar onderwijs dienen volstrekt duidelijk te zijn. Ouders moeten worden geïnformeerd over de algemene toegankelijkheid van het openbaar onderwijs en over het openbare karakter van het bestuur van openbare scholen. Dit ook als het gaat om een openbare school onder een privaatrechtelijke rechtspersoon. Het openbaar onderwijs kan worden geïmplementeerd in een privaatrechtelijke rechtspersoon door de wettelijke opdracht aan het openbaar onderwijs in zijn geheel in de statuten van de rechtspersoon over te nemen als een opdracht aan het privaatrechtelijke bestuur van een openbare school.

Artikel 23 Grondwet verdient aanscherping waar het gaat om de verplichtingen van de openbare scholen.

3. Het toezicht van de regering op het onderwijs

Het risicogestuurd toezicht van de Inspectie van Onderwijs heeft tot gevolg dat de onderwijsinspectie op afstand staat. Signalen van ouders worden niet opgepakt en ouders worden verwezen naar de klachtencommissies in het onderwijs, de geschillencommissie passend onderwijs of naar de rechter. De afgelopen 15 jaar heb ik tientallen signalen afgegeven aan de Inspectie van Onderwijs over het overtreden van wet- en regelgeving door scholen. Met uitzondering van het signaal dat ik als advocaat heb uitgebracht namens de studentenbonden over Inholland, Project 86, zijn de signalen door de Inspectie van Onderwijs nooit opgepakt.

Diverse signalen van ouders aan de Inspectie van Onderwijs over het onderwijs aan de Scholingsboulevard te Enschede hebben niet tot maatregelen van de Inspectie van Onderwijs geleid. Dit terwijl cijfers op de rapporten van leerlingen ontbraken, omdat vakken niet werden gegeven en de school als zwak werd beoordeeld. Een kort geding van het schoolbestuur tegen een ouder van de medezeggenschapsraad, het ontslag van de docent als voorzitter van de medezeggenschapsraad en

⁷ <https://onderwijs010.nl/taskforce-thuiszitters>

het niet naleven door het schoolbestuur van de uitspraken van de geschillencommissie medezeggenschap en de Ondernemerskamer Hof Amsterdam waren allen geen reden voor de minister om in te grijpen. De casus Scholingsboulevard te Enschede is uiteindelijk gebruikt door Brekelmans en Sperling bij hun evaluatie van de Wet medezeggenschap scholen in 2011.⁸

De onafhankelijkheid van de Inspectie van Onderwijs binnen het ministerie van OCW lijkt op dit moment onvoldoende geborgd. Het toezicht van de Inspectie van Onderwijs lijkt willekeurig. Schoolbesturen zeggen conflicten met de Inspectie van Onderwijs te willen vermijden. Deze reactie is zeer begrijpelijk omdat er geen enkele rechtszekerheid is voor besturen wanneer de Inspectie van Onderwijs gaat ingrijpen en welke maatregelen dan aan de schoolbesturen kunnen en zullen worden opgelegd. Zo staat het beleid van de Inspectie van Onderwijs bij de Scholingsboulevard te Enschede in schril contrast tot het beleid zoals dat nu door de minister OCW bij het Cornelius Haga Lyceum te Amsterdam en de Algemene Hindoe basisschool te Den Haag.⁹

Een Inspectie van Onderwijs op afstand beteken dat het beleid van de overheid als toezichthouder niet inzichtelijk is. Het gevolg van het beleid van de Inspectie van Onderwijs lijkt te zijn dat de ouders zelf worden geacht de toezichthoudende rol te vervullen waar het gaat om de deugdelijkheid van het onderwijs voor hun kind. Ouders zijn daarvoor niet toegerust.

Wat moet veranderd (en verbeterd) worden en op welke wijze (oplossingen)?

Aanbeveling I Reparatie van de positie van ouders en docenten

Het onderwijsbeleid van een school was in het verleden aan de school. Met de schaalvergroting in het onderwijs wordt het onderwijsbeleid, dat toekomt aan het bevoegd gezag van de school, bepaald door het bovenschools schoolbestuur. Dit terwijl de medezeggenschap van ouders en docenten de meeste kans maakt om tot ontwikkeling te komen, op schoolniveau. Door de verantwoordelijkheid voor het onderwijsbeleid weer te leggen bij de school is het misschien mogelijk dat we de variëteit in het onderwijs, zoals die bestond in de vorige eeuw, weer enigszins terugbrengen. Immers, zo kan bij de inrichting van scholen de kennis en ervaring die aanwezig is bij de betrokken docenten en ouders zo goed mogelijk worden ingezet.

Dit is mogelijk als de besturen van de rechtspersonen in het onderwijs de schoolleiding in hun statuten als orgaan van de rechtspersoon erkennen en het onderwijsbeleid aan dat orgaan opdragen.

Een andere mogelijkheid is om scholen weer een eigen juridische entiteit te geven al dan niet onder een koepel van scholen onder één schoolbestuur. Dit bestuursmodel is begin deze eeuw door Simon Steen, voormalig directeur VBS, en Saskia Laseur, notaris bij Van Doorne Amsterdam uitgedragen. Door inzet van de coöperatie kan behouden zelfstandige scholen de vrijheid van onderwijs onder een schoolbestuur. Op die wijze heeft de VBS getracht om, ondanks de schaalvergroting in het onderwijs, de zeggenschap binnen de scholen voor algemeen bijzonder onderwijs over het onderwijs, te borgen. De voormalig minister van OCW, mevrouw Van Bijsterveld, heeft Simon Steen, lang geleden al

⁸ <https://onderwijsgeschillen.nl/publicaties/doeltreffender-en-meer-effect-bijdrage-evaluatie-wms>

⁹ Na een aanvankelijke voldoende van de Inspectie van Onderwijs kwam het Cornelius Haga Lyceum te Amsterdam in de problemen vanwege het vak burgerschapsvorming. De Algemene Hindoe basisschool te Den Haag ligt onder vuur vanwege problemen op bestuurlijk niveau die volgens de Inspectie van Onderwijs zouden leiden tot een slechte kwaliteit onderwijs. Dit terwijl de onderwijsinspectie in een eerder rapport enkele jaren geleden heeft gesteld dat er geen vanzelfsprekend causaal verband bestaat tussen bestuurlijke problemen en de kwaliteit van het onderwijs op een school.

toegezegd om naar die constructie onderzoek te doen. Dit is onderzoek heeft bij mijn weten nooit plaatsgevonden.¹⁰

Aanbeveling II Bescherming tegen de inbreuk van de overheid op de vrijheid van onderwijs

Tot op heden is niet duidelijk op welke bepaling in een formele wet de Inspectie van Onderwijs haar bevoegdheid ontleent om maatwerk in het onderwijs, zoals bij LIVE, te verbieden. Te meer nu dit verbod tot gevolg heeft dat de kinderen zonder onderwijs thuis zitten en dit de deugdelijkheid van het onderwijs niet ten goede kan komen. Bovendien kunnen de ouders, ondanks hun initiatief en inzet voor LIVE, strafrechtelijk worden vervolgd wegens overtreding van de Leerplichtwet en kunnen deze ouders ook nog een melding bij Veilig Thuis tegemoet zien.

Naast het verbod van de Inspectie van Onderwijs voor de inkoop van particulier onderwijs, zijn er door de onderwijsinspectie meer verboden uitgevaardigd. Dit veelal in samenspraak met het ministerie van OCW. De Variawet van voormalig staatssecretaris Sander Dekker, waar de wetgeving in het funderend onderwijs is gelijkgetrokken met de WEC, brengt volgens de Inspectie van Onderwijs mee dat de inspectie een poortwachtersfunctie heeft gekregen bij maatwerk in onderwijs op een andere locatie dan de school.

De onderwijsinspectie stelt dat onderwijs buiten school bij maatwerk op locatie niet telt als onderwijstijd. De scholen moeten daarvoor vooraf toestemming vragen aan de Inspectie van Onderwijs. Dit geldt voor de onderwijsinspectie overigens niet voor reguliere onderwijsactiviteiten buiten school en niet voor onderwijs aan zieke kinderen buiten school. Door deze interpretatie van de Variawet door de Inspectie van Onderwijs is deze wet daarmee de grootste inbreuk op de vrijheid van inrichting van het onderwijs sinds 1917.

Het ministerie van OCW stelt vervolgens dat leerlingen die staan ingeschreven op een reguliere school geen staatsexamen mogen afleggen. Dit betekent dat leerlingen die vanuit reguliere scholen om diverse redenen onderwijs volgen, bijvoorbeeld door inzet van een externe aanbieder zoals IVIO/Wereldschool, jaarlijks voor 1 mei bij hun scholen moeten worden uitgeschreven, om aan het staatsexamen te kunnen deelnemen. Dit om problemen voor de school met de onderwijsinspectie te voorkomen. Daarbij gaat het om bijzondere leerlingen zoals hoogbegaafde leerlingen op de basisschool die hun klasgenoten ver vooruit zijn en leerlingen voor wie onderwijs op school geen optie is of leerlingen voor wie het schoolexamen als wijze van toetsing ongeschikt is.

Leerlingen in het speciaal onderwijs móeten echter deelnemen aan het staatsexamen omdat scholen voor voortgezet speciaal onderwijs geen examenlicentie hebben aangezien er niet kan worden voorzien in een doorlopende leerlijn nu vakdocenten daar veelal ontbreken.

De Inspectie van Onderwijs belemmert daarmee scholen om voor deze leerlingen doeltreffende aanpassingen te verrichten. De verplichting om doeltreffende aanpassingen te verrichten vloeit voort uit de Wet gelijke behandeling op grond van handicap op chronische ziekte (Wgbh/cz). De Wgbh/cz is een formele wet, gebaseerd op artikel 1 van de Grondwet maar weegt volgens de Inspectie van

¹⁰ Dit bestuursmodel kan ook goede diensten bewijzen bij 'opting out of opting' van scholen die graag willen wisselen van schoolbestuur omdat een ander bestuur beter aansluit bij hun onderwijsdoelstelling. De mogelijkheid van opting out, en opting in kan leiden tot een noodzakelijke versterking van de betrokkenen bij het primair proces, de ouders en docenten.

Onderwijs minder zwaar dan de bekostigingsbesluiten van de minister van OCW. De Inspectie van Onderwijs lijkt steeds vaker te handelen als uitvoerder van het beleid van het ministerie van OCW.

De onafhankelijkheid van de Inspectie van Onderwijs van het ministerie van OCW moet beter worden geborgd.

Aanbeveling III Artikel 23 Grondwet verdient meer zorg en aandacht.

Op dit moment is de vrijheid van onderwijs essentieel voor het kwetsbare kind dat niet past binnen een regulier curriculum. Zonder de vrijheid van inrichting van scholen zijn deze kinderen kansloos. Ik kan het niet beter verwoorden dan mijn leermeester, onderwijsjurist en voormalig inspecteur van de Inspectie van Onderwijs, die mij recent schreef: *Overigens vind ik het geweldig dat jij je zo blijft inspanssen voor de realisatie van het leerrecht voor kwetsbare kinderen. Dat was vroeger nodig, is nu nodig en zal in de nabije en verder weg liggende toekomst nog steeds nodig zijn. Regelingen, systemen, organisaties of wat dan ook zijn altijd gericht op of gaan uit van gemiddelden, de middenmoot. Dat is het gemakkelijkste en vaak ook - niet onbelangrijk - het goedkoopste. Universele rechten richten zich echter niet op de massa maar juist op degenen die daar uitzonderingen op vormen. Goed dat er altijd mensen zullen zijn die voor die uitzonderingen willen opkomen.*

De kwetsbaarheid van het kind en de verantwoordelijkheid van ouders voor de toekomst van dat kind en de opdracht aan ouders voor de aansluiting op de samenleving zou in onze eeuw de grondslag moeten zijn van artikel 23 Grondwet.

Het is tijd voor een brede discussie met ouders en docenten. Een discussie over de legitimiteit van een schoolplicht terwijl de scholen geen dekkend aanbod bieden, over het recht op thuisonderwijs en het toezicht daarop en over de rol van ouders en scholen bij burgerschapsvorming en de aansluiting van hun kinderen op de samenleving. Vanuit die discussie zou deze zo bijzondere bepaling artikel 23 Grondwet nieuw leven kunnen worden ingeblazen.

Een waardig festijn vanwege haar honderdste verjaardag.

Katinka Slump, onderwijsjurist

Eén bijlage: Dossier Leids Initiatief voor Educatie (LIVE)