

Advies

Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief



Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief

Nieuwe richtingen aan de vrijheid van onderwijs

Colofon

De Onderwijsraad is een onafhankelijk adviescollege, opgericht in 1919. De raad adviseert, gevraagd en ongevraagd, over hoofdlijnen van het beleid en de wetgeving op het gebied van het onderwijs. Hij adviseert de ministers van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. De Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal kunnen de raad ook om advies vragen. Gemeenten kunnen in speciale gevallen van lokaal onderwijsbeleid een beroep doen op de Onderwijsraad.

De raad gebruikt in zijn advisering verschillende (bijvoorbeeld onderwijskundige, economische en juridische) disciplinaire aspecten en verbindt deze met ontwikkelingen in de praktijk van het onderwijs. Ook de internationale dimensie van educatie in Nederland heeft steeds de aandacht.

De raad adviseert over een breed terrein van het onderwijs, dat wil zeggen van voorschoolse educatie tot aan postuniversitair onderwijs en bedrijfsopleidingen. De producten van de raad worden gepubliceerd in de vorm van adviezen, studies en verkenningen. Daarnaast initieert de raad seminars en websitediscussies over onderwerpen die van belang zijn voor het onderwijsbeleid.

Advies Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, uitgebracht aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Nr. 20120071/1003, april 2012

Uitgave van de Onderwijsraad, Den Haag, 2012.

ISBN 978-946121-025-8

Bestellingen van publicaties:

Onderwijsraad

Nassaulaan 6

2514 JS Den Haag

email: secretariaat@onderwijsraad.nl

telefoon: (070) 310 00 00 of via de website:

www.onderwijsraad.nl

Ontwerp en opmaak:

www.balyon.com

Drukker:

DeltaHage grafische dienstverlening

© Onderwijsraad, Den Haag.

Alle rechten voorbehouden. All rights reserved.

Oms kenmerk

Pagina
1/1

Aan de Voorzitter van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
G.A. Verbeet
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Nassaulaan 6
2514 JS Den Haag

Telefoon: 070 310 00 00
Fax: 070 356 14 74
secretariaat@onderwijsraad.nl
www.onderwijsraad.nl

Oms kenmerk
20120071/1003

Contactpersoon

Plaats/datum
Den Haag, 5 april 2012

Uw kenmerk

Doorkiesnummer

Onderwerp
*Advies Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk
perspectief*

Mevrouw de Voorzitter,

In uw brief van 16 maart 2011 verzocht u de Onderwijsraad om een gezaghebbende interpretatie van artikel 23 van de Grondwet. Sinds *Vaste grond onder de voeten*, de verkenning van de raad uit 2002, hebben zich verschillende ontwikkelingen voorgedaan, die geleid hebben tot actuele vragen over de vrijheid van onderwijs. In het advies dat wij u hierbij aanbieden, gaat de raad na welke interpretatie mogelijk en wenselijk is.

De raad beschouwt artikel 23 van de Grondwet als een groot goed. Het duale bestel biedt ouders de mogelijkheid om onderwijs te kiezen dat dicht bij hun eigen levensvisie ligt en dat ze in staat stelt om vanuit hun eigen identiteit een brug te slaan naar anderen. De raad vindt het wel nodig om het grondwetsartikel ruimer te interpreteren. Stichting van bijzondere scholen moet naar zijn oordeel ook mogelijk zijn op basis van pedagogische visies en relatief nieuwe levensbeschouwelijke overtuigingen.

De raad stelt zijn interpretatie van artikel 23 nadrukkelijk in het licht van de kwaliteit van het onderwijs. De vrijheid van onderwijs moet tegemoetkomen aan het recht van individuen op goed onderwijs.

Bij de totstandkoming van het advies heeft de raad op verschillende momenten gesproken met ouders, leerkrachten en schoolbestuurders. Hun betrokkenheid is groot. In *Vrijheid maakt het verschil*, het jaarboekje 2011 dat de raad tegelijk met dit advies uitgeeft, vertellen ze welke waarde de vrijheid van onderwijs voor hen heeft.

De raad beoogt met een ruimere interpretatie van artikel 23 dat het grondwetsartikel in de tijd blijft passen en zo zijn kracht behoudt.

Met beleefde groet,


Prof. dr. G.T.M. ten Dam
Voorzitter
Drs. A. van der Rest
Secretaris

Inhoud

Samenvatting	7
1 Behoeft e aan een gezaghebbende interpretatie van de vrijheid van onderwijs	10
1.1 De bestaande situatie: openbaar en bijzonder onderwijs	10
1.2 Aanleiding: actuele vragen over de vrijheid van onderwijs	11
1.3 Adviesvraag: wat is de betekenis van de vrijheid van onderwijs voor deze tijd?	15
2 Context: in welk licht beziet de raad artikel 23 van de Grondwet?	17
2.1 Wat heeft de grondwetgever bedoeld met artikel 23?	17
2.2 Secularisatie, ontzuiling en individualisering hebben gevolgen voor schoolkeuzemotieven	22
2.3 Positie van ouders: belangrijker, maar minder invloedrijk	27
2.4 Verscherpte aandacht voor onderwijsopbrengsten	29
2.5 Onderwijsvrijheid en de aandacht voor integratie en gelijke behandeling	30
2.6 Leidraad voor het advies: pluriformiteit, recht op onderwijs en kwaliteit	34
3 Advies: verruim de interpretatie van artikel 23 om zijn waarde te behouden	35
3.1 Het duale bestel faciliteert keuzevrijheid en sociale binding	35
3.2 Aanpassing van artikel 23 is niet nodig	37
3.3 Wel nodig, gewenst en mogelijk: een moderne interpretatie van artikel 23	39
3.4 Concrete aanbevelingen voor het in praktijk brengen van een moderne interpretatie van artikel 23	40
4 Aanbeveling 1: geef meer ruimte om scholen te stichten én stel scherpere eisen vóór aanvang van de bekostiging	44
4.1 Verruimen van mogelijkheden om scholen te stichten vraagt om richtingvrije planning	44
4.2 Voer richtingvrije planning in op basis van ouderverklaringen	45
4.3 Geef afgewogen ruimte aan particulier onderwijs en regel toezicht op thuisonderwijs	46
4.4 Verscherp de eisen bij aanvang van de bekostiging	47
5 Aanbeveling 2: verminder de bepalende rol van richting in de wetgeving	49
5.1 Duidelijk aanwijsbare consequenties van een open richtingbegrip	49
5.2 Het richtingbegrip per deelgebied uitgewerkt	50
5.3 Periodieke toets op bestaande richting	54
6 Aanbeveling 3: laat deugdelijkheidseisen daadwerkelijke kwaliteit omvatten	56
6.1 Vloeiende overgang van deugdelijkheid in kwaliteit is aanvaardbaar	56
6.2 Stel vast wat deugdelijkheidseisen zijn en compenseer zo nodig via procedurele bescherming	57
6.3 Hanteer het wat en hoe minder streng bij verantwoordelijkheidsverdeling	60
6.4 Wees terughoudend bij het nemen van maatregelen met uniformerende werking	61

Epiloog	63
Afkortingen	64
Figuren	65
Literatuur	66
Geraadpleegde deskundigen	69
Bijlagen	
Bijlage 1: Adviesvraag	71
Bijlage 2: Interpretatie van artikel 23 en het recht op onderwijs	75
Bijlage 3: Gestichte en opgeheven scholen	87
Bijlage 4: Denominatie en (zeer) zwakke scholen	91
Bijlage 5: Gewichtenleerlingen in openbaar en bijzonder basisonderwijs	93

Samenvatting

Verruim de interpretatie van artikel 23 om zijn waarde te behouden

Hoe past artikel 23 van de Grondwet in onze tijd? Het artikel stelt openbare en bijzondere scholen aan elkaar gelijk en garandeert onderwijsvrijheid. De raad vindt dat het bijna honderd jaar oude artikel nog steeds van grote waarde is. Het biedt ouders de mogelijkheid om onderwijs te kiezen dat dicht bij hun eigen levensvisie ligt. Het creëert voorwaarden voor binding van individuen aan hun onderwijs en aan gemeenschappelijke waarden. Wel moet artikel 23 ruimer worden geïnterpreteerd om beter te passen in de moderne tijd. Nu kunnen bijzondere scholen alleen worden gesticht op basis van een levensbeschouwelijke of religieuze oriëntatie, die bovendien zichtbaar geworteld moet zijn in de samenleving. De raad vindt dat stichting ook mogelijk moet zijn op basis van pedagogische visies en relatief nieuwe levensbeschouwelijke overtuigingen in ons land. Daarmee komt het grondwetsartikel beter tegemoet aan de grote maatschappelijke verscheidenheid. Tevens stelt de raad het recht van individuen op goed onderwijs voorop.

Aanbeveling 1: geef meer ruimte om scholen te stichten én stel scherpere eisen bij aanvang van de bekostiging

Een ruimere interpretatie van het begrip richting in de Grondwet betekent dat de overheid ook moet gaan toetsen of pedagogische visies vallen onder dit begrip. Zo'n rol van de overheid gaat volgens de raad te ver. Hij pleit dan ook voor een systeem van *richtingvrije scholenplanning*: een systeem waarin het begrip richting geen rol meer speelt bij de stichting van scholen. Een school die voldoende leerlingen weet te trekken, heeft maatschappelijk draagvlak en komt voor overheidsbekostiging in aanmerking. De raad doet concrete voorstellen voor de uitvoering van dit systeem. De vrijheid van onderwijs blijft dus de basis van het bestel, openbare en bijzondere scholen blijven beide mogelijk, maar er komt meer ruimte voor de stichting van een bijzondere school. Daarnaast adviseert de raad om het ouderlijk initiatief om zelf *openbare* scholen te stichten, in ere te herstellen. Tot slot moet er bij stichting meer controle mogelijk zijn op de onderwijskwaliteit van de school. De raad stelt voor om *voorafgaande* aan de eerste bekostiging scherpere eisen te stellen.

Aanbeveling 2: verminder de bepalende rol van 'richting' in de onderwijswetgeving

Een ruimere interpretatie van het begrip richting brengt met zich mee dat 'richting' geen bepalende rol meer speelt in de wetgeving. De wetgeving moet worden aangepast op het open richtingbegrip. Dat moet gebeuren op verschillende terreinen waar het begrip een rol speelt: onder andere bij leerlingenvervoer, ontheffing van de leerplicht, gelijke behandeling en inspectietoezicht. De raad doet concrete voorstellen voor de toepassing van het richtingbegrip per onderwerp. Verder kan een ruimer richtingbegrip in de school meer discussie oproepen over de invulling van de grondslag. Daarom wil de raad dat het bevoegd gezag ouderlijke opvattingen hierover periodiek toetst. In het uiterste geval kunnen ouders een eigen aanbod realiseren binnen of buiten het bestaande bestuurlijke verband.

Aanbeveling 3: laat deugdelijkheidseisen daadwerkelijke kwaliteit omvatten

De raad vindt het gerechtvaardigd dat de overheid deugdelijkheidseisen stelt aan onderwijs, waarbij gestreefd wordt naar daadwerkelijke kwaliteit. De ontwikkeling van individuen en van de samenleving als geheel hangen immers sterk samen met de kwaliteit van het onderwijs. De raad geeft de wetgever richtlijnen voor de omgang met deugdelijkheidseisen en eisen van

kwaliteit. De eisen die de overheid stelt, moeten gebaseerd zijn op voldoende duidelijke en, voor zover mogelijk, objectieve wettelijke normen op hoofdlijnen. Deugdelijkheidseisen zijn minimumeisen. Is objectiviteit van normen niet mogelijk, dan moet dit gebrek worden gecompenseerd met procedurele maatstaven, zoals een adequate rechtsbescherming.

Artikel 23 Grondwet

1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.
2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.
3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet geregeld.
4. In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school.
5. De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.
6. Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.
7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.
8. De regering doet jaarlijks van de staat van het onderwijs verslag aan de Staten-Generaal.

De Tweede Kamer heeft de Onderwijsraad verzocht een advies uit te brengen over artikel 23 van de Grondwet. In dit artikel is bijna honderd jaar geleden zowel het recht op openbaar onderwijs als de vrijheid van bijzonder onderwijs verankerd. Past de gangbare interpretatie van het grondwetsartikel nog in de huidige maatschappelijke context?

1

Behoefte aan een gezaghebbende interpretatie van de vrijheid van onderwijs

1.1

De bestaande situatie: openbaar en bijzonder onderwijs

Nederland heeft openbaar en bijzonder onderwijs. Openbare scholen gaan uit van de overheid en zijn levensbeschouwelijk neutraal. Bijzondere scholen gaan uit van het particulier initiatief en zijn gestoeld op levensbeschouwelijke of religieuze visies. Dit zogenoemde duale bestel is vastgelegd in artikel 23 van de Grondwet. Het artikel kwam na een lange politieke strijd in 1917 tot stand. Het stelt openbare en bijzondere scholen financieel en kwalitatief aan elkaar gelijk, en regelt ook de verhouding tussen de overheid en de onderwijsinstellingen. De overheid heeft enerzijds de opdracht actief zorg te dragen voor het goed functioneren van het stelsel als geheel. Anderzijds moet zij zich terughoudend opstellen, omdat scholen (ook de openbare) via artikel 23 een zekere vrijheid hebben om het onderwijs naar eigen overtuiging in te richten. Via het stelsel schept de overheid voorwaarden voor de ontwikkeling van elk individu naar eigen geaardheid en inzicht. Daarmee schept ze ook voorwaarden voor de ontwikkeling van de samenleving als geheel. Artikel 23 ordent, reguleert en begrenst de macht van de overheid waar het gaat om onderwijs.

Er was en is veel discussie over artikel 23. Secularisering en individualisering, internationalisering en de komst van migranten hebben geleid tot een grotere pluriformiteit in de samenleving. We hebben nu, nog meer dan honderd jaar geleden, te maken met verschillende levensvisies, opvattingen en normen- en waardepatronen in Nederland. In 2002 concludeerde de raad in zijn verkenning over artikel 23 (getiteld *Vaste grond onder de voeten*) dat er geen noodzaak was om het artikel inhoudelijk te veranderen, omdat het voldoende ruimte liet voor vernieuwing. Wel gaf de raad destijds aan dat hij op termijn een wijziging niet uitsloot. Sinds 2002 hebben zich nieuwe maatschappelijke tendensen voorgedaan. Deze hebben geleid tot actuele vragen over de vrijheid van onderwijs zoals die is vastgelegd in artikel 23. Er is daardoor wederom behoefte aan een gezaghebbende interpretatie van het grondwetsartikel. Dit hoofdstuk schetst de ontwikkelingen die tot die behoefte hebben geleid.

De stichting van scholen stuit op grenzen

Het is in Nederland niet gemakkelijk een nieuwe, door de overheid bekostigde school te stichten. Er zijn hoge wettelijke drempels. Een school moet in ieder geval tot een bepaalde richting behoren, die bovendien kan rekenen op voldoende leerlingen met belangstelling voor die richting (voldoende ‘potentieel’). Met richting wordt volgens de gangbare interpretatie bedoeld op een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag – zoals protestants-christelijk, katholiek of islamitisch – die zichtbaar aanwezig is in het maatschappelijk leven. Ook het algemeen bijzonder onderwijs is een erkende richting of (levensbeschouwelijke) grondslag. Een pedagogisch concept daarentegen is geen richting. Het is dus niet mogelijk enkel op basis van zo’n specifiek concept, bijvoorbeeld montessori of jenaplan, een school te stichten. Wel kunnen binnen bestaande scholen opvattingen van onderwijskundig-pedagogische aard in de praktijk worden gebracht. Van oudsher kennen we daarom bijvoorbeeld de katholieke, protestants-christelijke, algemeen bijzondere en openbare montessori- en jenaplanscholen. De tekst in het kader laat zien hoe de SVPO (Stichting voor Persoonlijk Onderwijs) recentelijk met deze systematiek is omgegaan.

De SVPO propageert een specifiek onderwijsconcept en zoekt in heel Nederland naar ‘witte vlekken’ in het bijzonder onderwijs. Voor een nieuw te stichten school kiest de SVPO steeds die richting, die kleur waarvoor ter plaatse voldoende potentieel is. Zo is de Isaac Beekmanacademie van de SVPO in Zeeland algemeen bijzonder en de geplande school in Harderwijk katholiek, evenals die in Hardegarijp. De VO-Raad reageerde positief op deze initiatieven, omdat meer verschillende scholen leidt tot meer keuzevrijheid van ouders. Maar de besturenorganisaties voor protestants-christelijk en katholiek onderwijs vonden dat SVPO oneigenlijk gebruik maakte van het stelsel.¹

De vraag is of de gangbare interpretatie van het begrip richting recht doet aan de variëteit aan opvattingen in de huidige samenleving. Eind 2010 bracht Kamerlid Ton Elias (VVD) deze stichtingsproblemen in het parlement ter sprake.²

De Onderwijsraad gaf in datzelfde jaar aan dat de planningssystematiek van scholen – de basis dus waarop ze gesticht kunnen worden – op grenzen stuit. Er zijn gedurende de laatste decennia godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen bijgekomen, die nog onvoldoende doorwerken in het maatschappelijke leven. Het zijn daarmee geen richtingen als bedoeld in de onderwijswet. Een voorbeeld daarvan is het boeddhisme: het heeft weliswaar een eigen omroepstichting, maar bepaalt van geen enkel ziekenhuis of bejaardentehuis in ons land de identiteit. In de bestaande systematiek kan dan ook geen boeddhistische school worden gesticht. Ook constateerde de Onderwijsraad dat de roep van ouders om bij de stichting van nieuwe scholen vooral aandacht te besteden aan de uitwerking van pedagogische opvattingen, aan kracht lijkt te winnen. Het gaat daarbij dus om opvattingen die volgens het huidige recht niet tot het begrip richting kunnen worden gerekend.³

Mede naar aanleiding van deze ontwikkelingen gaf de minister van Onderwijs vier hoogleraren onderwijsrecht opdracht onderzoek te doen naar de betekenis van het richtingbegrip en de consequenties ervan voor de stichting van scholen. De minister wilde laten verkennen of het

¹ *Een school beginnen, waar kan dat nog?*, 2010.

² Handelingen Tweede Kamer, nr. 20, 10 november 2010, p.19.

³ Onderwijsraad, 2010, p.21.

mogelijk is scholen te stichten enkel op grond van een pedagogische signatuur.⁴ De uitkomst van het onderzoek, getiteld *Vrijheid van stichting*, is dat het begrip richting in artikel 23 van de Grondwet ruimer kan worden opgevat dan nu gangbaar is.⁵

Toegenomen aandacht voor kwaliteit heeft gevolgen voor onderwijsvrijheid

De aandacht voor kwaliteit is de laatste tien jaar toegenomen: zowel onder ouders, bij scholen als in de politiek. Daar zijn goede redenen voor. Burgers moeten aan steeds meer kwalificaties voldoen om volwaardig mee te kunnen draaien in een complexe en internationaal georiënteerde samenleving. In het licht van artikel 23 Grondwet roept dit de vraag op hoe ver de overheidsbemoeienis met onderwijskwaliteit mag gaan. Scholen hebben immers de vrijheid hun eigen onderwijs in te richten en in de praktijk te brengen.

In 2008 was de commissie-Dijsselbloem zeer kritisch over grote onderwijsvernieuwingen in het voortgezet onderwijs, zoals de basisvorming en de profielen in de tweede fase.⁶ De Tweede Kamer wilde naar aanleiding van die kritiek een scherper onderscheid aanbrengen tussen de taak van de overheid en die van de scholen. De overheid zou zich moeten richten op de formulering van duidelijke doelen (*wat* moeten kinderen leren). De scholen moeten zich toeleggen op de weg erheen (*het hoe*), omdat zij over de benodigde onderwijskundige en pedagogische professionaliteit beschikken. Dit onderscheid heeft een directe relatie met de vrijheid van onderwijs: artikel 23 vraagt immers om een terughoudende rol van de overheid. Onderwijsvrijheid speelt dus een belangrijke rol in het debat over de rolverdeling tussen overheid (wetgever) en scholen.

De Tweede Kamer vroeg ook aandacht voor onderwijskwaliteit bij de *stichting* van scholen. Op dit moment is kwaliteit geen voorwaarde om een school te kunnen stichten. Verschillende (particuliere) iederwijsscholen kregen overheidsbekostiging, terwijl twijfels bestonden over de kwaliteit die zij leverden. Kamerlid Jan Jacob van Dijk (CDA) constateerde dat er onvoldoende mogelijkheden zijn om toezicht uit te oefenen op scholen die nog maar net in het systeem van bekostigde scholen zijn opgenomen. Hij diende een initiatiefwetsvoorstel in om zo snel mogelijk na stichting én bekostiging van een nieuwe school kwaliteitseisen te kunnen stellen.⁷ Ook D66 uitte kritiek op het huidige systeem waarin scholen eerst worden bekostigd en dan pas worden gecontroleerd op kwaliteit: "Mensen die de ene dag (..) er een puinhoop van hebben gemaakt, mogen de volgende dag weer een nieuwe school oprichten".⁸

Ouders zijn eveneens kritischer geworden over de kwaliteit van het onderwijs. Zij willen het beste voor hun kind en vertrouwen er niet altijd op dat de school dit biedt – getuige bijvoorbeeld de groei van het aantal huiswerkinstituten of de roep om vrije schoolkeuze.

4 Schriftelijke antwoorden van de minister van OCW, op vragen gesteld in de eerste termijn van de behandeling van de begroting van het ministerie van OCW voor 2011 (32 500-VIII, TK 21, 11 november 2010, p. 21-117).

5 Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011.

6 Commissie Parlementair Onderzoek Onderwijsvernieuwingen, 2008.

7 Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting. Voorstel van wet Van Dijk, (2009).

8 Bessems, 2011.

In 2008 maakte een groep ouders van een gymnasium in Zwolle zich sterk om uit het bestaande bestuur te stappen. Zij wilden het gymnasium onderbrengen bij een landelijk opererende onderwijsstichting van zeven zelfstandige categorale gymnasia. De groep ouders vond dat op die manier de onderwijskwaliteit en de zeggenschap over het aanbod het beste gewaarborgd zouden zijn. Uiteindelijk is gekozen voor een vorm van interne verzelfstandiging.⁹

In Amsterdam waren ouders ontevreden omdat er onvoldoende plaats zou zijn op de scholen van hun keuze. Zij richtten de Stichting Vrije Schoolkeuze op met als doel het aanbod van kwalitatief goed voortgezet onderwijs te vergroten en daarmee meer keuzevrijheid te realiseren.¹⁰ De stichting verloor een door haar zelf ingezette juridische procedure. De rechtbank stelde dat “een recht [van ouders] van vrije schoolkeuze” in Nederland niet bestaat.¹¹ De vrijheid tot selectie behoort primair aan het bevoegd gezag. Niettemin besloten naar aanleiding hiervan in 2011 de Amsterdamse scholen, in samenspraak met de gemeente, het aantal plaatsen uit te breiden.¹²

Ouders kiezen nu vaker dan in het verleden een school op grond van onderwijskwaliteit. De denominatie of openbaarheid van de school op zich is minder van belang. Kwaliteit wordt door ouders breed ingevuld. Naast onderwijsopbrengsten (eindtoetsen) spelen ook de sfeer en de uitstraling van de school een rol bij de keuze voor de basisschool.¹³ In 2011 stelde het CPB (Centraal Planbureau) vast dat de jaarlijks in dagblad *Trouw* gepubliceerde ranglijst over de kwaliteit van scholen in het voortgezet onderwijs een significant effect heeft op het schoolkeuzegedrag.¹⁴

De toenemende aandacht voor kwaliteit roept in relatie tot artikel 23 een aantal vragen op. Hoeveel ruimte heeft de wetgever om deugdelijkheids-eisen te stellen aan het onderwijs als daarbij de inrichtingsvrijheid van scholen wordt ingeperkt (bijvoorbeeld ten aanzien van methoden, werkwijzen, toetsing en (eind)doelen)? In hoeverre kunnen kwalitatieve misstanden worden gelegitimeerd met een beroep op de vrijheid van onderwijs? In hoeverre kan de overheid hier tegen optreden en maatregelen nemen zonder die vrijheid aan te tasten?¹⁵

Onderwijsvrijheid wordt in verband gebracht met segregatie en selectie

De vrijheid van onderwijs en de individuele keuzevrijheid worden regelmatig in verband gebracht met de segregatie van bevolkingsgroepen. Bijzondere scholen zouden ruimte kunnen geven aan denkbeelden die ingaan tegen de kernwaarden van onze democratische rechtsstaat: vrijheid, gelijkwaardigheid en solidariteit.

Begin 2011 kwam een Amsterdamse islamitische basisschool in het nieuws. De minister had de bestorting van de school opgeschort omdat de school volgens haar onvoldoende aandacht zou besteden aan de onderwijsdoelstellingen actief burgerschap en sociale integratie. Dat was onterecht, vond de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State: de wet laat de scholen op dit punt een grote vrijheid.¹⁶ De sanctie zou daarom alleen op zijn plaats geweest zijn als de school geen enkele aandacht aan actief burgerschap en sociale integratie zou hebben besteed. Dat was niet het geval.

9 De raad besprak dit eerder als een voorbeeld van opting out. Zie Onderwijsraad, 2010, p.27.

10 Stichting Vrije Schoolkeuze Amsterdam, z.j.

11 Vz. Rb. Amsterdam 8 maart 2010, 451954/KG ZA 10-392 MH/MV, LJN BL6789, r.o. 4.6.

12 Een en ander is vastgelegd in het plan *De kaarten uitgelegd*.

13 Bekkers, De Kool & Straten, 2012.

14 Koning & Van der Wiel, 2010.

15 Elias, 2011.

16 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, uitspraak 201006801/1 van 30 maart 2011.

Daarnaast zou vrijstelling van de leerplicht op grond van godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen soms niet in het belang van leerlingen en de samenleving kunnen zijn.

Een groep islamitische ouders in Amsterdam was begin februari 2011 van plan voor hun kinderen vrijstelling van de leerplicht te vragen op grond van hun godsdienst. Zij wilden hun kinderen thuis gaan onderwijzen, nadat het Islamitisch College in Amsterdam wegens zwak presteren zijn deuren moest sluiten. Andere scholen in de stad vormden in de ogen van de ouders geen geschikt alternatief.¹⁷ Na gesprekken met de Amsterdamse onderwijswethouder koos het merendeel van de betrokken ouders alsnog voor een reguliere school.¹⁸ De wethouder stelde: "Onderwijs in de thuissituatie, in een betrekkelijk isolement, is schadelijk voor de leerlingen. Ouders moeten hun specifieke uitleg van de islam niet stellen boven het belang van hun kind." De gang van zaken was voor verschillende Tweede Kamerfracties aanleiding de minister vragen te stellen. In antwoord daarop zei de minister "serieuze twijfel" te hebben in hoeverre godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen als uitzonderingsgrond voor de leerplicht "in het belang van alle betrokkenen en de samenleving als geheel" zijn. Ze zegde de Kamer toe zich te beraden over "de opportuniteit van deze vrijstellingsgrond".¹⁹

Een derde aspect in dit verband is het recht van bijzondere scholen om hun grondslag te bewaken. Bijzondere schoolbesturen kunnen op grond van hun denominatie leerlingen weigeren. Dit zou het ontstaan van zogenoemde 'witte' en 'zwarte' scholen in de hand kunnen werken. PvdA-Kamerlid Mariëtte Hamer diende in 2005 vanuit deze gedachte een initiatiefwetsvoorstel in dat schoolbesturen in het bijzonder onderwijs een acceptatieplicht oplegde.²⁰ Zij zouden leerlingen niet mogen weigeren op denominatieve gronden, tenzij de ouders van de leerling zouden weigeren de grondslag van het onderwijs te respecteren. Het wetsvoorstel werd na advies van de Raad van State in 2006 op belangrijke onderdelen aangepast. De nadruk in het toelatingsbeleid kwam nu te liggen op publieke verantwoording en op versterking van de bekendheid en voorspelbaarheid van het handelen van het schoolbestuur.²¹

Initiatieven zoals die in Nijmegen in 2009 om witte en zwarte scholen te mengen, gaven van het begin af aan discussie over de vrijheid van onderwijs en de vrije schoolkeuze van ouders. Volgens het Nijmeegse gemeentebestuur leverde het initiatief vooralsnog niet het gewenste resultaat op.²² In het voorjaar van 2011 wijzigde het kabinet zijn beleid ten aanzien van het mengen van allochtone en autochtone leerlingen op scholen: integratie zou beter via goed onderwijs en via deelname aan de arbeidsmarkt kunnen worden bereikt.²³

Bijzondere scholen kunnen niet alleen *leerlingen* selecteren met een beroep op hun grondslag (en dus op de vrijheid van onderwijs), maar ook *leraren*.

¹⁷ *Moslimjeugd wil overgaan op thuisonderwijs*, 2011.

¹⁸ Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, 2011, p.2; vgl. ook brief van de Minister van OCW aan de Voorzitter van de Eerste Kamer van 21 juni 2011.

¹⁹ Antwoord van de Minister van OCW op Kamervragen van het lid Biskop (CDA) d.d. 23 maart 2011, Aanhangsel Handelingen II, nr. 1914, alsook op vragen van de leden Van Klaveren, Beertema en Wilders (allen PVV) d.d. 23 maart 2011, Aanhangsel Handelingen II, nr. 1912.

²⁰ *Voorstel van wet van de leden Hamer, Vergeer, Jungbluth en Lambrechts ...* (2005).

²¹ Onderwijsraad, 2010.

²² Afdeling Onderzoek en Statistiek gemeente Nijmegen, 2011.

²³ *Kabinet accepteert zwarte scholen*, 2011: "Het bestrijden van segregatie in het onderwijs is niet langer rijksbeleid. Zwarte scholen zijn een feit", zegt CDA-minister Marja van Bijsterveldt in een vraaggesprek met de Volkskrant. 'Het gaat om kwaliteit van het onderwijs. Wit of zwart is minder belangrijk.'" Zie ook het Kamerdebat hierover, Handelingen Tweede Kamer, 10 maart 2011, 59, p.52-92.

Eind 2011 was er veel aandacht voor het bestuur van een gereformeerde basisschool dat een homoseksuele leraar wilde ontslaan. Zijn seksuele geaardheid zou zich niet verdragen met de grondslag van de school. De betrokken leraar heeft zijn vrouw verlaten, is gaan samenwonen met een man en heeft hierover de publiciteit gezocht. Het komt tot een rechtszaak waarin de kantonrechter beslist in het voordeel van de leraar. Het 'enkele feit' dat hij homoseksueel is, is geen grond voor ontslag, aldus de rechter.²⁴

De mogelijkheid homoseksuele leraren te weigeren is voor de Jonge Socialisten (de jongerenafdeling van de PvdA) mede aanleiding om in *de Volkskrant* van 24 december 2010 te pleiten voor de afschaffing van de vrijheid van onderwijs. D66 heeft geen behoefte aan een grondwetswijziging, maar formuleert wel een initiatiefwetsvoorstel om een einde te maken aan de mogelijkheid dat het bijzonder onderwijs, met een beroep op zijn godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, leraren selecteert.²⁵

Tot slot kunnen bijzondere schoolbesturen met een beroep op hun grondslag bepaalde eisen aan leerlingen stellen. Zo kunnen zij kledingvoorschriften hanteren.

Begin 2011 speelde een kwestie op het katholieke Don Bosco College, een school voor voortgezet onderwijs in Volendam. Het bestuur van de school had een hoofddoekverbod voor moslima's ingesteld. Het beriep zich daarbij op de katholieke grondslag van de school. De rechter stelde het bevoegd gezag tot tweemaal toe in het gelijk bij de vraag of het schoolbestuur een hoofddoekverbod mocht instellen. Ten principale vond de rechter dat hij voor zichzelf grote terughoudendheid moest betrachten: als het gaat om de eisen die nodig zijn voor de verwezenlijking van de (levensbeschouwelijke) grondslag, is het op de eerste plaats aan het bevoegd gezag om daar invulling aan te geven.²⁶

1.3 Adviesvraag: wat is de betekenis van de vrijheid van onderwijs voor deze tijd?

De raad beantwoordt in dit advies de volgende vragen. Wat is de betekenis van de vrijheid van onderwijs en van artikel 23 Grondwet voor deze tijd? Welke interpretatie is, gezien de bedoeling van de grondwetgever en de eisen van de moderne tijd, mogelijk en wenselijk? De aanbevelingen die voortkomen uit het beantwoorden van deze vragen richt de raad aan de leden van de Tweede Kamer, de minister van Onderwijs en alle belanghebbenden binnen en buiten het onderwijs.

Vraag van de Vaste Kamercommissie voor Onderwijs van de Tweede Kamer

Het debat over art. 23 Grondwet heeft behoefte aan meer transparantie en coherentie. De Raad wordt verzocht te komen tot een meer integrale doordenking van art. 23 uitmondend in een gezaghebbende interpretatie die in de plaats kan komen van uiteenlopende en incidentele interpretaties. De Raad wordt gevraagd naast experts hierbij ook de belangrijkste representanten van de partijen in het onderwijs (deelnemers, leerkrachten, schoolbesturen) te betrekken. Een dergelijk gezaghebbend document kan een vergelijkbare functie vervullen als de verkenning van de Raad uit 2002.

24 Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2011, LJN: BU3104.

25 Voorstel van het Kamerlid Van der Ham e.a. tot wijziging van het tweede lid van de artikelen 5, 6a en 7 van de AWGB, 2010. Vgl. ook: *Onderwijsvrijheid gaat te ver*, 2011.

26 Zie Rb. Haarlem, sector kanton, 4 april 2011, LJN: BQ0063 en Hof Amsterdam 6 september 2011, LJN: BR6764.

Overeenkomstig de adviesvraag is de raad uitgegaan van een integrale doordenking en duiding van de belangrijkste elementen van de Nederlandse vrijheid van onderwijs. De raad heeft kwesties en discussies over onderwijs uit de afgelopen jaren geanalyseerd en afgewogen of ze aanleiding geven artikel 23 anders uit te leggen of op onderdelen te heroverwegen.

Totstandkoming van dit advies

Conform de adviesaanvraag heeft de raad via verschillende panelgesprekken representanten van de belangrijkste partijen in het onderwijs (ouders, leerlingen, leerkrachten, directeuren, schoolbesturen) in de voorbereiding van zijn advies betrokken. Op 14 september 2011 organiseerde de raad bovendien het symposium *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief*. Tijdens dit symposium gingen vertegenwoordigers uit de politiek, het onderwijs, de wetenschap en de samenleving met elkaar in debat over het stelsel en over de betekenis ervan voor de huidige samenleving. Ten slotte heeft de raad twee wetenschappelijke essays laten schrijven: één over het begrip richting in het grondwetsartikel (prof. dr. mr. P.W.A. Huisman) en één over het grondwettelijke begrip deugdelijkheidseisen (prof. dr. mr. D. Mentink). Beide essays zijn te raadplegen via de website van de Onderwijsraad.

Leeswijzer

Hoofdstuk 2 schetst de context waarin de raad de adviesvraag beschouwt. Het geeft allereerst op hoofdlijnen weer wat de grondwetgever heeft bedoeld met artikel 23. Vervolgens gaat het hoofdstuk in op relevante veranderingen in de samenleving en in het onderwijs in de laatste tien jaar. Dit is de periode na 2002, de laatste keer dat de raad over het grondwetsartikel heeft geadviseerd. Hoofdstuk 3 beantwoordt de adviesvraag en koppelt daaraan drie aanbevelingen. Hoofdstuk 4 tot en met 6 werken die aanbevelingen nader uit.

In de bijlagen treft de lezer aan:

- de adviesvraag (bijlage 1);
- een uitwerking van de basisbeginselen die aan het grondwetsartikel ten grondslag liggen, en van de internationaalrechtelijke dimensie van het onderwijs (bijlage 2);
- een overzicht van het aantal gestichte openbare en bijzondere scholen (bijlage 3);
- een overzicht van het aantal (zeer) zwakke openbare en bijzondere scholen (bijlage 4); en
- het aantal gewichtenleerlingen op openbare en bijzondere scholen (bijlage 5).

Artikel 23 van de Grondwet is het resultaat van het maatschappelijke verlangen onderwijs te organiseren op grond van specifieke opvattingen over opvoeding en identiteit. Wat heeft de grondwetgever destijds bedoeld? En welke veranderingen in de samenleving en het onderwijs zijn van belang voor de betekenis van artikel 23?

2 Context: in welk licht beziet de raad artikel 23 van de Grondwet?

2.1 Wat heeft de grondwetgever bedoeld met artikel 23?

In 2002 concludeerde de raad in zijn verkenning *Vaste grond onder de voeten* dat er toen geen noodzaak was het artikel inhoudelijk te veranderen, maar dat op termijn een wijziging misschien wel nodig zou zijn. Tien jaar later houdt de raad het artikel opnieuw tegen het licht. Hoofdstuk 1 heeft de aanleiding hiervoor geschetst. Het is goed niet alleen de vraag te stellen of de vrijheid van onderwijs past in het huidige tijdsgewricht, maar ook of die vrijheid toekomstbestendig is. Grondwettelijke regels en beginselen verdienen periodiek herijking. Zijn bepaalde vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan de vrijheid van onderwijs nog juist? Waar klemmen ze, waar verdienen ze bijstelling, op welke punten is herinterpretatie of herwaardering nodig?²⁷

Een grondwet is een basiswet die onder meer fundamentele rechten van individuen en groepen in de samenleving waarborgt. Voor wat betreft het onderwijs is het grondwetsartikel een geval apart: het bevat zowel sociale grondrechten (verplichtingen van de overheid om actief op te treden) als klassieke grondrechten (vrijheids- of afweerrechten van de burger tegenover de overheid). Een dergelijke combinatie van legitieme verwachtingen over ‘overheidshanden uit de mouwen’ en ‘overheidshanden thuis’ vindt men in deze omvangrijke en uitgewerkte vorm niet bij de andere grondrechten.

Duaal bestel

Het eerste lid van artikel 23 van de Grondwet legt de rijksoverheid de plicht op zorg te dragen voor een stelsel van onderwijsvoorzieningen. Het Nederlandse onderwijsstelsel is duaal van aard. Aan de ene kant is er openbaar onderwijs dat van de overheid uitgaat, aan de andere kant is er bijzonder onderwijs dat uitgaat van het particulier initiatief.

²⁷ In *Vaste grond onder de voeten* heeft de raad gezegd dat artikel 23 zowel als ‘top’ en ‘sleutel’ van het onderwijsbestel is te beschouwen. Het is de ‘top’, omdat hierin de dragende juridische elementen van het onderwijsbestel zijn neergelegd. Het is de ‘sleutel’, omdat het de ingang vormt voor het beslechten van principiële politieke strijdvragen over de inrichting en vormgeving van het onderwijsbestel. Dat beslechten kan gebeuren doordat de wetgever een andere uitleg geeft aan een grondrechtelijke norm dan voorheen, of doordat het artikel door de grondwetgever wordt gewijzigd. Onderwijsraad, 2002, p.17.

De vestiging van het duale bestel in 1917 was de principiële erkenning dat Nederland bestond uit verschillende bevolkingsgroepen met uiteenlopende opvattingen over opvoeding en onderwijs. Die erkenning was er feitelijk al bij de belangrijke grondwetsherziening van 1848, maar kreeg door de financiële gelijkstelling van het openbaar en bijzonder onderwijs in 1917 zijn huidige omvang en praktische betekenis. De grondwetgever koos voor inclusiviteit, niet voor exclusiviteit.²⁸ Eenheid en verscheidenheid vormen een grondbeginsel van het Nederlandse schoolwezen.²⁹

Het bijzonder onderwijs heeft de vrijheid van richting: het mag eigen religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen in het onderwijs tot uitdrukking brengen en – hoewel dat feitelijk uitzonderingssituaties betreft – op grond daarvan leerlingen bij de toelating selecteren.³⁰ Openbaar onderwijs mag dat uitdrukkelijk niet, het dient levensbeschouwelijk neutraal te zijn en dus in dat opzicht voor iedereen toegankelijk. De neutraliteit van het Nederlandse openbaar onderwijs betekent overigens niet dat er geen aandacht is in het onderwijs voor religie en levensbeschouwing, maar wel dat dit gebeurt op een generieke, onpartijdige manier.³¹

Het bijzonder onderwijs kan katholiek of protestants-christelijk zijn, maar ook islamitisch, antroposofisch of joods. Het kan ook algemeen bijzonder zijn. Al deze scholen kunnen een onderwijskundig-pedagogisch concept hanteren. Een dergelijk concept valt niet onder de vrijheid van richting, maar onder de vrijheid van inrichting.

Het openbaar onderwijs wordt “van overheidswege” verzorgd (artikel 23, vierde lid). Dit geldt ook nu het openbaar onderwijs op ruime schaal is verzelfstandigd van de gemeente, overwegend in stichtingsvorm.³² De overheidsverantwoordelijkheid uit zich in het wettelijk voorgeschreven toezicht op het bestuur en op wezenskenmerken als algemene toegankelijkheid en pluriformiteit.³³ Het openbaar onderwijs wordt bij de wet geregeld (derde lid).

Een bijzondere school wordt door particulieren gesticht. Inrichting en organisatie van het bijzonder onderwijs worden daarom niet bij de wet geregeld, maar door eigen statuten en eigen regels. Het bijzonder onderwijs komt principieel vrijheid van onderwijs toe, die uiteenvalt in drie deelvrijheden: de vrijheid van stichting, richting en inrichting.

De vrijheid van stichting

De vrijheid van onderwijs van het tweede lid van artikel 23 Grondwet is een klassiek grondrecht. Het begrip onderwijs is daarbij open: het omvat niet alleen het bekende bekostigde basis- en voortgezet onderwijs, maar feitelijk iedere vorm van onderwijs. Het tweede lid beschermt dus

²⁸ Idenburg, 1960, p.3.

²⁹ Idenburg, 1960, p.68.

³⁰ Zie Onderwijsraad, 2002, p.59: “Deze vrijheid komt slechts toe aan een beperkt aantal confessionele scholen, die ter zake een consistent en consequent beleid voeren.”

³¹ Zie bijvoorbeeld in deze zin art. 46, eerste lid, WPO: Het openbaar onderwijs draagt bij aan de ontwikkeling van de leerlingen met aandacht voor de godsdienstige, levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden zoals die leven in de Nederlandse samenleving en met onderkenning van de betekenis van de verscheidenheid van die waarden.

³² Volgens een bericht van het CBS van 26 mei 2008 was naar de stand van eind maart van dat jaar 75 procent van de scholen in het openbaar onderwijs verzelfstandigd. Recentere cijfers zijn niet beschikbaar. Centraal Bureau voor de Statistiek, 2008.

³³ Zie onder meer art. 48 WPO.

ook de vrijheid om schaatsles, dansles of zweefvliegles te geven.³⁴ De vrijheid van onderwijs legt zo ook de basis voor de stichting van onbekostigd, particulier onderwijs.³⁵

De wet kan wel beperkingen stellen aan het bekostigde en niet-bekostigde particulier onderwijs dat de overheid erkent. Voor het bekostigde onderwijs zijn er wettelijke regels (openbaar onderwijs) en bekostigingsvoorwaarden (bijzonder onderwijs). Voor het niet-bekostigde onderwijs, de particuliere scholen, geldt ook dat zij in hun onderwijs sommige van die wettelijke voorschriften moeten naleven. Verder kan de Inspectie op dit soort scholen toezicht uitoefenen, onder meer ten aanzien van de bekwaamheid van docenten.

Om voor bekostiging in aanmerking te komen, moeten de stichters van een bijzondere school aantonen dat een minimum aantal leerlingen de op te richten school zal bezoeken. Ze moeten ook aantonen dat de school uitgaat van een richting die betrekking heeft op een religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging die bovendien doorwerkt op andere terreinen van het maatschappelijk leven. De aanvraag voor de stichting van een boeddhistische school is mede om die reden door de overheid afgewezen.³⁶

Eenmaal toegelaten tot het bekostigde onderwijsstelsel staat het bijzonder onderwijs in een complexe relatie tot de overheid. Door de bekostiging is het volledig opgenomen in het nationale onderwijsbestel dat door wettelijke regels wordt geregeerd. De formele wetgever kan het onderwijs zogenoemde deugdelijkheidseisen opleggen. Het vijfde en zesde lid van artikel 23 bevatten hiervoor de grondwettelijke basis. Bij het stellen van deze eisen moet de vrijheid van richting in acht worden genomen: de kern hiervan, te weten de mogelijkheid eigen opvattingen van religieuze of levensbeschouwelijke aard in het onderwijs tot uitdrukking te brengen, mag niet worden aangetast.

De vrijheid van richting

Onder de vrijheid van richting wordt, naar een recent arrest van de Hoge Raad, de vrijheid verstaan om in het onderwijs uitdrukking te geven aan "een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing".³⁷

Het begrip richting is bepalend voor de bescherming die de Grondwet biedt tegen wettelijke beperkingen en ingrepen door de wetgever. Het is de basis van waaruit (het bestuur van) de bijzondere school het onderwijs en het personeelsbeleid kan inrichten (zesde lid van artikel 23). Het is ook de basis voor en tegelijk de begrenzing van het recht leerlingen te selecteren (artikel 7, tweede lid AWGB, de Algemene wet gelijke behandeling) of een hoofddoekverbod in te stellen – zoals de in hoofdstuk 1 besproken zaak van het Don Bosco College laat zien. Zonder uitpuddend te willen zijn kan 'richting' verder van belang zijn bij het stellen van eisen over de functievervulling van een leerkracht in de school (artikel 5, tweede lid, AWGB).

De vrijheid van inrichting

De vrijheid van inrichting kan worden omschreven als de vrijheid van het schoolbestuur te kiezen voor een bepaalde onderwijskundig-pedagogische visie, de vrijheid om de eigen huishou-

³⁴ Zie Onderwijsraad, 2010, p.17.

³⁵ Het tweede lid van artikel 23 geeft ruimte voor de oprichting of stichting van particuliere scholen. Dat zijn scholen die op grond van particulier initiatief zijn ontstaan, maar niet worden bekostigd door de overheid.

³⁶ Onderwijsraad, 2010.

³⁷ Hoge Raad 6 juli 2010, LJN: BL6719.

ding en de bijbehorende organisatie te regelen, en de vrijheid om het beheer en het bestuur van de school naar eigen inzichten vorm te geven.

De inrichting kan ook betrekking hebben op aangelegenheden die niet direct te maken hebben met de richting van de school, zoals technische eisen aan de organisatie van het bestuur. In die gevallen vormt de vrijheid van inrichting minder een belemmering voor de wetgever om regels te stellen. Andersom gesteld: de vrijheid van inrichting biedt de bijzondere school minder bescherming naarmate de relatie tot zijn vrijheid van richting lossert.³⁸ Die laatste vrijheid vormt de kernvrijheid: daar mag de overheid ten principale niet in treden. Raakt de vrijheid van inrichting meer aan de vrijheid van richting, dan moeten de argumenten van de wetgever zwaarwegender zijn.³⁹

Het is ten slotte een ongeschreven regel dat ook het openbaar onderwijs een zekere bescherming jegens de overheid kent als het gaat om de pedagogische autonomie.⁴⁰ Er is op openbare scholen bijvoorbeeld ruimte voor het zelfstandig kiezen van het leermateriaal. Verder kan ook hier een bepaald onderwijskundig-pedagogisch concept in het onderwijs worden toegepast.

Eerste inhoudelijke wijziging van artikel 23 sinds 1917: de samenwerkingschool

In 2006 werd, na een parlementaire aanloopperiode van zeventien jaar, artikel 23 van de Grondwet voor het eerst sinds 1917 inhoudelijk gewijzigd.⁴¹ Het maakte de weg vrij voor de zogenoemde samenwerkingschool, de school die zowel openbaar als bijzonder onderwijs omvat.⁴² Begin 2011 benadrukte de Tweede Kamer dat de samenwerkingschool geen reguliere samenwerkingsvariant tussen openbaar en bijzonder onderwijs is, maar een uitzondering, die alleen kan ontstaan door fusie in de situatie van een teruglopend aantal leerlingen. De samenwerkingschool is sinds 2011 wettelijk mogelijk.⁴³

Hoeveel speelruimte voor interpretatie heeft de wetgever?

Waar ligt nu de bewegingsruimte voor de wetgever? In welke zin kan en mag de wetgever de normen van de Grondwet interpreteren? De grondwetgever heeft het artikel zo geschreven dat op sommige onderdelen ruimte bestaat voor invulling en interpretatie, en op andere onderdelen niet.

Zo is het eerste lid ("het onderwijs is voorwerp van aanhoudende zorg der regering") geheel open, omdat de betekenis ervan volledig afhankelijk is van de uitwerking bij wet. Minder open, maar niettemin nog voldoende vatbaar voor substantiële invulling en interpretatie, zijn de normen inzake de vrijheid van richting (vijfde lid) en inrichting (zesde lid). Waar halfopen of gesloten normen zijn opgenomen, is kennelijk beoogd kernbestanddelen van het stelsel vast te leggen. Hier is de marge voor invulling en (her)interpretatie door de wetgever begrensd tot smal. Een voorbeeld van een min of meer gesloten norm is de eerste volzin van het vierde lid: "In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen". Deze norm legt in dwingende bewoordingen de garantiefunctie van het openbaar onderwijs vast. Het behoort tot de kernbestanddelen van het duale

38 Kamerstukken II 1976-1977, 13 874, nr.6, p. 24-25; nr. 9, p. 7-8 en nr. 10, p.10-14.

39 De wetgever is bij de gewenste begrenzing van de vrijheid van inrichting steeds gebonden aan de "voorwaarden van een toereikende motivering en van proportionaliteit en subsidiariteit". Zie Onderwijsraad, 2010, p.26.

40 Zoontjens, 2003, p.26.

41 Stb. 2006, 170.

42 Zie uitgebreid: Huisman, 2002.

43 Wet samenwerkingscholen, Stb. 2011, 287.

bestel. Toch is in de wettelijke uitwerking van de garantiefunctie nuancering mogelijk, getuige de tweede volzin van het vierde lid: “Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig [openbaar] onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school”. In de praktijk betekent dit niet dat in iedere gemeente openbaar voortgezet onderwijs aanwezig is.⁴⁴

De belangrijkste onderdelen van artikel 23 van de Grondwet – zoals de garantiefunctie van het openbaar onderwijs, deugdelijkheidseisen voor zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs én gelijke bekostiging – hebben betrekking op het ‘algemeen vormend lager onderwijs’. Daarmee wordt bedoeld het funderend of leerplichtig onderwijs, zeker ook omdat het ‘algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs’ (tegenwoordig de bovenbouw van het voortgezet onderwijs) specifiek wordt onderscheiden. Dat de wetgever sommige principes van de pacificatie – zoals de gelijke bekostiging – heeft doorgetrokken naar niet in de Grondwet genoemde sectoren zoals het middelbaar beroepsonderwijs, is ongeschreven constitutioneel recht.⁴⁵

De wetgever is dus niet strikt gebonden in zijn interpretatie van artikel 23. Dat komt niet alleen door de materiële inhoud van het grondwetsartikel met zijn open en minder open normen, maar ook door twee bijkomende factoren. In de eerste plaats is de positie van de wetgever (regering samen met de Eerste en Tweede Kamer) in het grondwetsartikel dominant. Op vele plaatsen in artikel 23 van de Grondwet staat er een opdracht voor de wetgever om zaken te regelen. Dit heeft tot gevolg dat niet bij de regering of de minister, maar bij de wetgever de belangrijkste bevoegdheden liggen om onderwijsbeleid te voeren. In de tweede plaats kunnen beleidskeuzen die in wetgeving zijn vastgelegd, niet aan de rechter worden voorgelegd met de klacht dat er strijd aanwezig is met artikel 23 van de Grondwet. De rechter mag namelijk wetten niet toetsen aan de Grondwet (artikel 120 van de Grondwet verbiedt dit). Zolang er nog geen sprake is van enige vorm van constitutionele toetsing in Nederland, heeft de wetgever dus veel bewegingsruimte om per geval de betekenis van artikel 23 van de Grondwet nader in te vullen. Vanuit die achtergrond constateerde de raad in 2002 dat de huidige tekst van artikel 23 veel ruimte biedt voor tijdgebonden wetgeving.⁴⁶

Formele wetgever regelt de onderwijskwaliteit bij wet

Onder de zaken die bij wet moeten worden geregeld, vallen ook de eisen aan de onderwijskwaliteit. Artikel 23 onderscheidt twee groepen van deugdelijkheidseisen.

- De algemene eisen van het tweede lid. Hieraan moeten alle scholen voldoen die wettelijk geregeld onderwijs verzorgen (dus ook bijvoorbeeld niet-bekostigde particuliere scholen). Deze eisen hebben betrekking op het toezicht en op de bekwaamheid en zedelijkheid van de docenten.
- De speciale eisen van het vijfde lid. Deze worden niet met name genoemd. Ze worden door de wetgever vastgesteld, waarbij twee beperkingen gelden:
 - deze eisen kunnen alleen met inachtneming van, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, de vrijheid van richting worden vastgesteld; en
 - de deugdelijkheid van het openbaar en bijzonder onderwijs wordt ‘even afdoende (...) gewaarborgd’, hetgeen betekent dat ook rekening moet worden gehouden met de typerende verschillen tussen beide.⁴⁷

44 Mentink & Vermeulen, 2011, p.94-95.

45 Kamerstukken II 1994-1995, 24149, B, p.6.

46 Onderwijsraad, 2002, p.17.

47 Onderwijsraad, 2002, p.23.

Internationale context en recht op onderwijs behoren tot hedendaags interpretatiekader voor artikel 23

De kaders van het internationale recht oefenen feitelijk grote invloed uit op het nationale onderwijsbeleid en de onderwijswetgeving. Het recht op onderwijs in het internationale recht heeft zich ontwikkeld tot een complex van rechten dat naast artikel 23 van de Grondwet volwaardig bestaansrecht geniet (met name artikel 2, eerste protocol, van het EVRM, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, zie bijlage 2). De invloed ervan blijkt onder andere uit wetten en maatregelen die we sinds lang kennen, die geen rechtstreekse basis vinden in de Grondwet, maar wel een directe relatie hebben met het internationaal beschermde recht op onderwijs. Het gaat bijvoorbeeld om de leerplicht, het recht op toelating van zorgleerlingen en het wegnemen van financiële drempels voor toegang tot (hoger) onderwijs.⁴⁸

Een formele reden voor de grote invloed van het EVRM is dat het in de Nederlandse rechtsorde wordt erkend als recht dat hoger van rang is dan het nationale recht. Een materiële reden is dat in het EVRM de positie van het individu het vertrekpunt is. Die positie heeft ook in het Nederlandse onderwijsbeleid aan belang gewonnen. Oorspronkelijk werd aangenomen dat het recht van de onderwijsvrager al in artikel 23 van de Grondwet besloten lag (hoewel de letterlijke tekst van het artikel zich beperkt tot een aanbiederrecht). In de oorspronkelijke gedachtegang van de grondwetgever zouden de expliciete waarborgen voor de vrijheid onderwijs te geven ('droit d'enseigner') ouders de mogelijkheid bieden zich van het voor hun kinderen gewenste onderwijs te verzekeren ('droit d'apprendre').⁴⁹ Maar naar geldend inzicht is artikel 23 toch vooral tot een recht van aanbieders geëvolueerd.⁵⁰

De afgelopen jaren is in Nederland echter weer meer aandacht gekomen voor het perspectief en de rechten van ouders en leerlingen. Verschillende onderwijswetten zijn er gekomen met het oog op het versterken van de positie van de onderwijsvragers (zie verder paragraaf 2.3).

2.2 Secularisatie, ontzuiling en individualisering hebben gevolgen voor schoolkeuzemotieven

De samenleving is sinds de jaren zestig in hoog tempo meer seculier en individualistisch geworden. Was in 1966 nog 64% van de bevolking lid van een kerk, in 1995 was dat percentage tot 37% geslonken.⁵¹ Instellingen als ziekenhuizen en vakbonden hebben hun levensbeschouwelijke grondslag verlaten en zijn opgegaan in algemene organisaties.⁵² Secularisatie dient vooral te worden opgevat als een proces van ontzuiling waarbij de formele binding met de kerk als instituut is afgenomen. Secularisatie komt in veel opzichten neer op individualisering, schrijft De Hart. "Traditionele maatschappelijke verbanden (dorp, buurt, klasse, gezin, kerk) hebben veel van hun dwingende karakter verloren en burgers richten het leven naar eigen inzicht en behoefte in."⁵³ Religiositeit en spiritualiteit zijn hiermee niet verdwenen. Integendeel, vandaag de dag zijn er vele vormen waarin mensen religie en spiritualiteit beleven, maar op een eigen,

48 Huisman & Zoontjens, 2009, hoofdstuk 1.

49 Mentink & Vermeulen, 2011, p.67-68; Huisman, 2011, p.10-11.

50 Mentink & Vermeulen, 2011, p. 67-68.

51 De Hart, 2006.

52 Onderwijsraad, 2002, p.39.

53 De Hart, 2012, p.43.

individuele wijze.⁵⁴ Tegelijkertijd heeft migratie nieuwe groepen gebracht bij wie religie in geïnstitutionaliseerde vorm een grotere rol speelt. Daarbij gaat het vooral om moslims: inmiddels is een kleine 6% van de Nederlandse bevolking islamitisch.⁵⁵ Ook onder moslims neemt het moskeebezoek echter af. De helft van de moslims gaat (bijna) nooit naar de moskee; 25% gaat wekelijks of vaker.⁵⁶

Ook buiten de religiositeit blijft men in de moderne samenleving naar verbinding zoeken. Individualisering sluit solidariteit en de bereidheid tot maatschappelijke inzet niet uit. Er is eerder sprake van een stijlbreek in collectieve bindingsvormen dan van een breuk met binding aan een groep of gemeenschap als zodanig.⁵⁷ De Nederlander organiseert zijn sociale omgeving zelf wel, al dan niet met gebruikmaking van bestaande verbanden. Of, zoals Schuyt het proces van individualisering schetst: “van de gedwongen naar de gewilde gemeenschap”.

De moderne samenleving die de laatste vijftig jaar is ontstaan, kenmerkt zich door de verschuiving van een homogene naar een heterogene bevolkingssamenstelling, van een groepsgewijze naar een individualistische levensinrichting, en van een nationale naar een internationale participatie en oriëntatie. Verder is er een ontwikkeling zichtbaar geweest naar meer pluriformiteit van levensovertuigingen en opvattingen en naar meer differentiatie in de arbeidsverdeling.⁵⁸

Maatschappelijke verschuivingen nauwelijks waarneembaar in scholenaanbod

Voor het onderwijs waren en zijn de institutionele gevolgen van secularisering en ontzuiling nauwelijks aan de oppervlakte waarneembaar. Het grootste deel van de scholen in het primair en in het voortgezet onderwijs had en heeft een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. De meeste bijzondere scholen zijn protestants-christelijk of katholiek. Het aantal bijzondere scholen is in de afgelopen jaren nagenoeg gelijk gebleven, net als het aantal leerlingen dat deze scholen bezoekt.

54 Van de Donk, Jonkers, Kronjee & Plum, 2006, p.33-34.

55 Van de Donk, Jonkers, Kronjee & Plum, 2006, p.114.

56 Arts, 2009, p.44.

57 Schuyt, 2009, p.30.; De Hart, 2012.

58 Schuyt, 2009.

Tabel 1: Aantal instellingen in primair en voortgezet onderwijs naar denominatie, 2005-2010

	Primair onderwijs				Voortgezet onderwijs			
	2005		2010		2005		2010	
		%		%		%		%
Openbaar	2.471	32,4	2.405	32,2	186	28,0	186	28,2
Algemeen- bijzonder	468	6,1	473	6,3	98	14,7	100	15,2
Protestants- christelijk	1.961	25,8	1.915	25,6	123	18,4	122	18,5
Katholiek	2.271	29,9	2.233	29,8	161	24,1	154	23,3
Kleine richtingen	334	4,4	354	4,7	25	3,7	27	4,1
Islamitisch	45	0,6	37	0,5	2	0,3	2	0,3
Samenwerking bijzonder/ bijzonder	45	0,6	57	0,8	5	0,8	5	0,8
Samenwerking bijzonder/ openbaar	7	0,1	6	0,1	67	10,0	63	9,6
Totaal	7.602	100	7.480	100	667	100	659	100

Bron: OCW/DUO

Tabel 2: Aantal leerlingen in primair en voortgezet onderwijs naar denominatie, 2005-2010

	Primair Onderwijs				Voortgezet Onderwijs			
	2005		2010		2005		2010	
		%		%		%		%
Openbaar	502.236	30,3	492.792	30,2	238.129	25,3	246.212	26,2
Algemeen- bijzonder	109.907	6,6	114.677	7,0	123.464	13,1	120.171	12,8
Protestants- christelijk	396.648	24,0	393.180	24,1	173.305	18,4	173.792	18,5
Katholiek	559.355	33,7	550.883	33,7	241.793	25,7	237.977	25,3
Kleine richtingen	66.261	4,0	55.449	3,4	48.909	5,2	49.993	5,3
Islamitisch	9.170	0,6	9.120	0,6	1.628	0,2	959	0,1
Samenwerking bijzonder/ bijzonder	1.253	0,1	897	0,1	5.218	0,6	4.909	0,5
Samenwerking bijzonder/ openbaar	11.589	0,7	15.804	1,0	107.173	11,4	106.145	11,3
Totaal	1.656.419	100	1.632.802	100	939.619	100	940.158	100

Bron: OCW/DUO

Maatschappelijke trends leiden wel tot andere motieven voor schoolkeuze

Secularisering en ontzuiling hebben vooral hun weerslag gehad op de hedendaagse *motieven* achter de schoolkeuze. Religieuze en levensbeschouwelijke motieven worden minder vaak genoemd voor de keuze voor een school dan voorheen.⁵⁹ Ouders vinden in toenemende mate kwaliteit belangrijk. Ze kijken naar de voorbereiding op het vervolgonderwijs, naar de aandacht voor sociale vaardigheden, naar sfeer en naar de mate waarin het onderwijs naar de zin van het kind is. Ook praktische zaken zoals de bereikbaarheid van de school zijn belangrijker voor ouders dan een bepaalde confessionele grondslag.⁶⁰ Dit geldt ook voor nieuwe groepen Nederlanders: van bijvoorbeeld de islamitische ouders in Amsterdam geeft een minderheid aan dat de religieuze (islamitische) grondslag van de school hun keuze bepaalt.⁶¹

⁵⁹ Herweijer & Vogels, 2004, p.82.

⁶⁰ Herweijer & Vogels, 2004, p.82 (basisonderwijs) en 87 (voortgezet onderwijs). Zie ook Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, 2010. In een zaak voor de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit 2009 blijkt dat in de planningspraktijk in het voortgezet onderwijs ook de minister inmiddels aan de nabijheid en de bereikbaarheid van de school veel meer voorspellende waarde hecht dan aan de richting, cultuur of kwaliteit van een school. ABRvS 18 maart 2009, LJN BH6335: "Uit zowel deze feitelijke situatie in Langedijk alsook uit onderzoek van het Sociaal Cultureel Planbureau uit 2004 blijkt dat de bereikbaarheid van de onderwijsvoorziening het meest bepalend is bij de schoolkeuze" (r.o 2.3.2). De Afdeling vindt de redenering van de minister plausibel.

⁶¹ Vgl. Ten Broeke, Bosveld, Van de Kieft, Gerritsen, Koopman, e.a., 2004.

“Toen ik in Amsterdam-Noord kwam, zocht ik een goede school voor mijn kinderen. Dat deze school christelijk is, vind ik goed. Het botst helemaal niet met mijn eigen geloof. Ik ben moslim. Ik draag een hoofddoek, ik bid en ik lees uit de Koran. De verhalen die Safae op school hoort, zijn precies dezelfde als die van ons. Safae heeft thuis een keer gezegd ‘Jezus is god’. Dan zeg ik haar dat hij bij ons een profeet is. Thuis lees ik Islamitische kinderverhalen met haar. Het is een goede school, ook in hoe ze met de kinderen omgaat. Het is hartstikke mooi dat het een gemengde school is. Er is respect voor elkaar. Safae vertelde dat er een Egyptisch meisje in haar klas is die geen moslim is. Ze vroeg of dat kon. Ik heb uitgelegd dat er in Egypte moslims én christenen wonen. Het kan dus. Ze gaat ook met Hollandse kinderen om die niet geloven. Er is van alles wat. Ik heb twee meter van mijn huis een zwarte school, maar die wilde ik niet voor mijn kinderen. Ook niet een hele witte, daar zouden ze zich niet prettig voelen.”

Hada Nasla, moeder van kind op de protestants-christelijke basisschool De Driemaster in Amsterdam

“Je kijkt geen KRO omdat het een katholieke omroep is, maar omdat die een mooi programma maakt. Zo is dat ook in het onderwijs: ouders kiezen voor schoolkwaliteit; het geloof is daar ondergeschikt aan. Misschien met uitzondering van islamitische of reformatorische scholen.”

Rector Paul Scharff van het Erasmiaans Gymnasium in Rotterdam

De verandering van schoolkeuzemotieven heeft zich niet vertaald in fundamentele verschuivingen in en kritiek op het voorzieningenaanbod. Het duale stelsel lijkt goed met de geschetste ontwikkeling te zijn meebewogen. Veel bijzondere en openbare scholen kiezen voor hun profilerings ook een onderwijskundig-pedagogische visie of een bepaald onderwijskundig concept, zoals een technasium of tweetalig onderwijs. Voor veel ouders lijkt ‘algemeenheid’ of ‘richting’ te fungeren als een belangrijke factor bij de inschatting van het klimaat en de onderwijskwaliteit op de school. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat zich nog geen duidelijke alternatieven in het aanbod hebben voorgedaan. Een ouder is voor zijn voorkeur aangewezen op het bestaande aanbod aan openbare en bijzondere scholen.

Politiek en beleid: ook hier ontzuiling

Ook het politieke discours rondom de vrijheid van onderwijs weerspiegelt de ontzuiling en de maatschappelijke veranderingen. Sinds de paarse kabinetten (1994-2002), toen voor het eerst sinds de pacificatie geen confessionele partij in het kabinet zitting had, zijn op verschillende terreinen voorheen geldende interpretaties van artikel 23 van de Grondwet verlaten. De traditioneel scherpe scheiding tussen openbaar en bijzonder onderwijs werd getemperd. De effecten van ontzuiling zijn waarschijnlijk het meest zichtbaar in de maatregelen die in die periode hun oorsprong vonden: de introductie van lokaal onderwijsbeleid, de verzelfstandiging van het bestuur van openbare scholen, het samenbrengen van openbare en bijzondere scholen onder één bestuur (het samenwerkingsbestuur), de grondwettelijke verankering van de samenwerkingsschool (2006) en de totstandkoming van de Wet op de samenwerkingsscholen.⁶²

In het laatste decennium is de komst van sectororganisaties in het primair en het voortgezet onderwijs ook een blijk van verschoven verhoudingen. De PO-Raad en de VO-raad hebben het overleg over de arbeidsvoorwaarden overgenomen van de traditionele identiteitsgebonden besturenorganisaties. De sectorraden vertegenwoordigen nu de besturen van het funderend onderwijs als geheel, ongeacht de denominatie.

⁶² Staatsblad 2011, 287.

In de laatste decennia is in westerse landen een belangrijke verschuiving opgetreden in het perspectief van onderwijsbeleid en -wetgeving. De politieke aandacht is verschoven van de positie van *onderwijsaanbieders* naar die van *onderwijsvragers*. Er is een sterkere nadruk gekomen op het belang van de leerling en de ouder.⁶³ Dit ‘proces van materialisering’ van het recht op onderwijs heeft zich geuit in meer marktwerking: de overheid trok zich terug en scholen kregen via autonomievergroting en deregulering meer vrijheid om in te spelen op wensen van ouders en leerlingen. Het keuzerecht van ouders wordt in verschillende onderwijswetten ondersteund. Zo is er het recht op informatie over de voortgang van het kind (artikel 11 WPO, de Wet op het primair onderwijs) en het recht op algemene informatie over de school (bepalingen rond de schoolgids, artikel 13 WPO). De recente Wet fusietoets in het onderwijs (2011) is tot stand gekomen mede om de keuzevrijheid van ouders te behouden. Ook in de WMS (Wet medezeggenschap op scholen) uit 2006 is de positie van ouders en leerlingen versterkt.

De oorspronkelijke grondwetgever – het is al opgemerkt – zag het onderwijsartikel als een bepaling die tegemoetkwam aan zowel de keuzevrijheid van ouders als aan de vrijheid van schoolbesturen. Wanneer ouders niet tevreden waren met het bestaande aanbod, dan konden zij nieuwe scholen voor bijzonder onderwijs oprichten, die voor volledige overheidsbekostiging in aanmerking kwamen. Juist deze oorspronkelijke vrijheid van ouders om scholen te stichten is in de knel gekomen door de sinds twee decennia geldende hoge wettelijke stichtingsnormen. Het netwerk van scholen is nagenoeg voltooid, het stelsel zit op slot. Sinds het begin van deze eeuw zijn er in het primair onderwijs slechts enige tientallen nieuwe scholen bijgekomen. In het voortgezet onderwijs – waar geen sprake is van de komst van nieuwe scholen, maar hoogstens van nieuwe afdelingen of schoolsoorten – is het beeld niet veel anders (zie bijlage 3).

Ouders zijn dus voor de keuze van een school die aansluit op hun overtuiging, vooral aangegeven op het bestaande aanbod. Deze situatie zal niet snel veranderen, zo blijkt uit onderzoek naar toekomstige demografische ontwikkelingen. Er is sprake van voortzettende krimp en vergrijzing en op de langere termijn – na het midden van de jaren dertig van deze eeuw – van een negatieve bevolkingsgroei.⁶⁴ Het aanbod van scholen, en daarmee de keuzevrijheid van ouders, wordt verder nog beperkt door een andere belangrijke ontwikkeling: de schaalvergroting in het onderwijs.

Schaalvergroting leidt tot minder keuze- en participatiemogelijkheden voor ouders

Begin jaren tachtig bevorderde de overheid deregulering in het onderwijs en kregen scholen meer autonomie. Scholen kregen vooral meer ruimte om hun eigen financiën, personeel en organisatie te beheren. De onderwijskundige ruimte werd juist ingeperkt door de invoering van centrale kerndoelen. De grotere autonomie ging hand in hand met een grotere plicht om verantwoording af te leggen (aan de overheid, maar sinds 2010 ook aan de directe omgeving van de school). Om deze beleidsvrijheid aan te kunnen, maar ook om kosten te beheersen, bevorderde de overheid tot voor enige jaren fusievorming in alle onderwijssectoren. Eerst op institutioneel niveau, tussen onderwijsinstellingen, later ook op bestuurlijk niveau.⁶⁵ Het aantal

63 Glenn & De Groof, 2002, p.61.

64 Van Duin & Garssen, 2011.

65 Onderwijsraad, 2008, p.13. Uitgebreid: Bronneman-Helmers, 2011, p.78 e.v.

besturen in het primair onderwijs nam tussen 1999 en 2006 af van 2.161 naar 1.416.⁶⁶ Het voortgezet onderwijs had 530 besturen in 1999 en 360 in 2006.⁶⁷

In zijn advies *De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs* (2008) uitte de raad zijn zorgen over de schaal van sommige schoolbesturen. Twee essentiële kenmerken van het onderwijsstelsel waren (en zijn) in het geding. Allereerst vermindert schaalvergroting de variëteit in het aanbod en daarmee de keuzevrijheid van ouders. Regionale monopolies maken dat er minder te kiezen valt.⁶⁸ De raad bepleitte in 2008 een zogenoemde fusietoets om verdere schaalvergroting terug te dringen. Ook adviseerde hij het samenwerkingsbestuur in beperkte mate toe te staan. Beide voorstellen hebben inmiddels kracht van wet.⁶⁹

De raad stelde bovendien dat de afstand tussen bestuur en management aan de ene kant en ouders aan de andere kant was vergroot. Door de schaalvergroting en de daarmee gepaard gaande professionalisering van het bevoegd gezag is de vrijwillige ouder uit het bestuur van de school verdwenen.⁷⁰ Volgens de monitor ouderbetrokkenheid zat in 2009 nog maar een minderheid van de ouders in een schoolbestuur: 38% in het primair onderwijs, 25% in het voortgezet onderwijs – en dan overwegend bij een bestuur met één school.⁷¹ Het aantal verenigingen is bovendien afgenomen ten gunste van het aantal stichtingen.⁷² Bestuursvormen waarin ouders kunnen participeren staan dus onder druk.⁷³ De in 2010 ingevoerde wettelijke eis om het interne toezicht te scheiden van het bestuur heeft deze beweging waarschijnlijk versterkt, omdat hierdoor het aantal raden van toezicht met een professionele bezetting zal zijn toegenomen.⁷⁴

Een principieel punt hierbij is in hoeverre ouders nog worden erkend als mededragers van de vrijheid van onderwijs. In juridische zin beslist het bevoegd gezag over de onderwijskundige, beheersmatige en organisatorische zaken in de school.⁷⁵ Als gevolg van de autonomievergroting heeft het bevoegd gezag zich een sterke positie verworven. De vooral in vroeger tijden gekoesterde positie van de ouder als constituant (medevormgever) van de (bijzondere) school is teruggedrongen.⁷⁶ Die positie lijkt nog slechts in afgeleide vorm, via deelname in medezeggenschapsraden, te worden gerealiseerd. De wetgever richtte zich in de afgelopen jaren vooral op het versterken van de positie van de ouder in de rol van onderwijsvrager en consument.

66 Bronneman-Helmers, 2011, p.76 meldt voor 2010 1.284 besturen, waarvan 556 eenpitters; voortgezet onderwijs: 308 schoolbesturen.

67 Onderwijsraad, 2008, p. B.2.2-86 resp. 88.

68 Dit kan ook gelden voor de herkenbaarheid van de individuele school onder een groot bestuur, stelt de minister in de beleidsnotitie over governance in het onderwijs; *Governance: ruimte geven, verantwoording vragen en van elkaar leren*, 2005, p.6-7.

69 Staatsblad 2011, nr.5.

70 Onderwijsraad, 2008, p.13 en 14. Vgl. ook Onderwijsraad, 2010, p.48; Onderwijsraad, 2010, p.31. Dit laatste advies van de raad gaat uitgebreid in op de ouderbetrokkenheid en doet aanbevelingen voor de versterking daarvan. Zie hiervoor ook Kans, Lubberman & Van der Vegt, 2009.

71 Kans, Lubberman & Van der Vegt, 2009, p.65 en 66.

72 Van de zogenoemde meerpitters in het primair onderwijs is het overgrote deel, namelijk 70%, een stichting. Bij éénpitters is bijna 60% een vereniging. Van Kessel & Hovius, 2011, p.21.

73 Onderwijsraad, 2010, p.14.

74 Ook aldus voor het primair onderwijs: Van Kessel & Hovius, 2011, p.22.

75 Mentink & Vermeulen, 2011, p.67.

76 Uitgebreid hierover: Huisman, 2011.

Onderwijs is van cruciaal belang voor een samenleving. De eisen die aan de kwaliteit van het onderwijs worden gesteld, liggen hoog en zijn talrijk. Het concurrentievermogen, de productiviteitsontwikkeling en de economische groei van ons land vragen om een goed en breed opgeleide beroepsbevolking. Daarbij stelt de complexe en dynamische, individualistische samenleving van vandaag hoge eisen aan de weerbaarheid van de burger. Onderwijs levert bovendien een bijdrage aan de sociale cohesie in onze maatschappij. Juist in deze moderne tijd is samen leren leven een belangrijk opvoedingsdoel waarin ook de school een taak heeft.

In het afgelopen decennium is de kwaliteit van het onderwijs dan ook centraler komen te staan in het overheidsbeleid. Deugdelijkheidseisen alléén garanderen, in de opvatting van de wetgever, niet langer goed onderwijs.⁷⁷ Vanaf de jaren negentig wordt in het rijksbeleid goed onderwijs gekoppeld aan eindresultaten, aan onderwijsopbrengsten. De wetgever gaat steeds verder in het stellen van kwaliteitseisen en (dus) in het beperken van de inrichtingsvrijheid in het bijzonder onderwijs. Wat is er concreet gebeurd op dit gebied?

Met de invoering in 1992 van de kerndoelen zijn de ambities van de overheid om te sturen op inhoudelijke onderwijskwaliteit, sterker naar voren gekomen. Daarvoor werd al in het voortgezet onderwijs en het middelbaar beroepsonderwijs gestuurd op centrale exameneisen. In 2002 werd het inspectietoezicht in een aparte wet geregeld. Daarbij werd onder meer bepaald dat de Inspectie aan de hand van deugdelijkheidseisen, maar ook aan de hand van een lijst met ‘aspecten van kwaliteit’, welke verder is uitgewerkt in toezichtkaders, uitspraken kan doen over de kwaliteit van het onderwijs in een school (artikel 11, tweede lid, WOT, de Wet op het onderwijstoezicht). Dat toezicht is in 2010 verder ontwikkeld door er op grond van de wet de opbrengsten van Nederlandse taal en rekenen (wiskunde) bij te betrekken.⁷⁸ De intensivering van het inspectietoezicht op zwakke en zeer zwakke scholen (het zogenoemde risicogericht toezicht) heeft onder meer geresulteerd in een reductie van hun aantal. In het basisonderwijs daalde het percentage zeer zwakke scholen van 1,7% in 2009 naar 0,6% in 2011. In het voortgezet onderwijs zakte het percentage zeer zwakke afdelingen van 1,7% in 2009 naar 0,9% in 2011.

Verdeling van zwakke en zeer zwakke scholen over de denominaties in 2011

Er zijn relatief veel zwakke scholen in het openbaar onderwijs (5%), het gereformeerd vrijgemaakt onderwijs (4,7%) en in het islamitische onderwijs (17,5%). Het landelijke percentage zwakke basisscholen is 3,8%. *Zeer* zwakke basisscholen zijn voornamelijk te vinden in het islamitisch onderwijs: 2,5% tegen landelijk 0,6%. In het voortgezet onderwijs zijn relatief veel zwakke scholen in het openbaar onderwijs (12,3%) en in het algemeen bijzonder en overig bijzonder onderwijs (11,5%). Landelijk is dit percentage 9,4%. Wanneer het gaat om *zeer* zwakke scholen valt het reformatorische onderwijs op met 3,5% ten opzichte van het landelijke percentage van 0,9% (zie bijlage 4).

In 2010 werd de Wet goed onderwijs, goed bestuur van kracht. Deze wet geeft de minister expliciet de bevoegdheid de bekostiging van langdurig zwak presterende scholen te beëindigen. De nadruk op (snelle) kwaliteitsverbetering en op centrale eindnormering uit zich verder in de voorbereiding van een wetsvoorstel voor de landelijke verplichtstelling van een leerlingvolgstelsel en een centrale, uniforme eindtoets in het primair onderwijs. Ook in het voort-

⁷⁷ *Memorie van toelichting bij Wet op het onderwijstoezicht*, 2001, p.11.

⁷⁸ Wet van 4 februari 2010 (Wet goed onderwijs, goed bestuur), Stb. 2010, 80, en de Wet van 29 april 2010 (Wet referentieniveaus Nederlandse taal en rekenen), Stb. 2010, 194.

gezet onderwijs is een verplichte toets voorzien, in het derde leerjaar. Hierbij richt de aandacht zich vooral op taal en rekenen, gekoppeld aan referentieniveaus die omschrijven wat leerlingen op zeker moment in hun leerloopbaan moeten kunnen. De raad heeft bij het voorstel voor de referentieniveaus opgemerkt dat de niveaus een belangrijk stap vormen naar meer opbrengstgericht werken in het onderwijs, vooral als het gaat om de versterking van de basisvaardigheden. Tegelijkertijd waarschuwde hij dat de overheid terughoudend moet zijn ten aanzien van de aanpak (het hoe) en ook ten aanzien van de aanschaf van methoden en het gebruik van de referentieniveaus. Dit omdat de overheid hiermee treedt in de inrichtingsvrijheid van het bevoegd gezag en in de verantwoordelijkheid van docenten.⁷⁹

Een principiële vraag is hier in hoeverre de wetgever deugdelijkheidseisen kan stellen, die beperkingen opleggen aan de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs en de pedagogische autonomie van het openbaar onderwijs.

2.5 Onderwijsvrijheid en de aandacht voor integratie en gelijke behandeling

Integratie en gelijke behandeling zijn net als tien jaar geleden belangrijke maatschappelijke vraagstukken.⁸⁰ Onderwijs kan sociale cohesie bevorderen en segregatie tegengaan. Vormt onderwijsvrijheid daarvoor een belemmering?

Het ontstaan van witte en zwarte scholen

In 2005 stelde de raad een toenemende tweedeling in het scholenbestand vast: kinderen van allochtone en/of laagopgeleide ouders bezochten andere scholen dan kinderen van autochtone en/of hoogopgeleide ouders. Dit was het gevolg van het schoolkeuzegedrag van ouders, de woonsegregatie, maar ook in zekere mate van het beleid van scholen.⁸¹

Onderstaande tabellen geven het aantal leerlingen van niet-westerse herkomst in het openbaar en het bijzonder voortgezet onderwijs weer in 2005 en in 2009. De tabellen laten zien dat in vergelijking met het bijzonder onderwijs het openbaar onderwijs relatief meer leerlingen van niet-westerse herkomst opneemt. Maar net als in 2002 is er voor de raad onvoldoende reden om te stellen dat het bijzonder onderwijs zich aan zijn verantwoordelijkheid voor deze leerlingen onttrekt.

⁷⁹ Onderwijsraad, 2009, p.17.

⁸⁰ Handelingen TK van 10 maart 2011, p.59-92.

⁸¹ Onderwijsraad, 2005, p.18.

Tabel 3: Niet-westerse allochtone leerlingen in het voortgezet onderwijs in 2005

		G4		G21		Landelijk	
			%		%		%
Openbaar onderwijs	Niet-westerse allochtonen	13.523	47,1	9.250	15,6	42.797	18,0
	Totaal	28.723	100	59.440	100	237.430	100
Bijzonder onderwijs	Niet-westerse allochtonen	30.818	43,1	18.436	14,5	89.380	13,0
	Totaal	71.486	100	127.143	100	684.924	100
Totaal	Niet-westerse allochtonen	44.341	44,2	27.686	14,8	132.177	14,3
	Totaal	100.209	100	186.583	100	922.354	100

G4 = Amsterdam, Rotterdam, Den Haag, Utrecht

G21 = 21 grootste gemeenten exclusief G4

Bron: OCW/DUO

Tabel 4: Niet-westerse allochtonen in het voortgezet onderwijs in 2009

		G4		G21		Landelijk	
			%		%		%
Openbaar onderwijs	Niet-westerse allochtonen	13.115	44,5	9.843	16,2	45.001	18,4
	Totaal	29.446	100	60.817	100	244.268	100
Bijzonder onderwijs	Niet-westerse allochtonen	32.190	44,7	16.357	12,7	97.850	14,2
	Totaal	71.995	100	129.027	100	690.720	100
Totaal	Niet-westerse allochtonen	45.305	44,7	26.200	13,8	142.851	15,3
	Totaal	101.441	100	189.844	100	934.988	100

G4 = Amsterdam, Rotterdam, Den Haag, Utrecht

G21 = 21 grootste gemeenten exclusief G4

Bron: OCW/DUO

Uit de tabellen blijkt dat sinds 2002 in het voortgezet onderwijs de verdeling van leerlingen met een niet-westerse achtergrond over het openbaar en bijzonder onderwijs redelijk stabiel is gebleven. In 2005 was 18% van de leerlingen in het openbaar onderwijs van niet-westerse komaf, tegenover 13% in het bijzonder onderwijs. In 2009 is dit respectievelijk 18,4% en 14,2%. Het openbaar onderwijs neemt dus relatief meer leerlingen met een niet-westerse achtergrond op. In 2009 is landelijk gezien het verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs in dit opzicht iets kleiner geworden. Als we naar de vier grote steden kijken, is te zien dat in 2005 in het openbaar onderwijs 47,1% van de leerlingen van niet-westerse komaf is, tegenover 43,1% in het bijzonder onderwijs. Ook hier neemt het openbaar onderwijs dus relatief meer leerlingen op met een niet-westerse achtergrond. In 2009 is dit verschil tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs verdwenen. Alleen in de G21 is het verschil gegroeid.

Voor het primair onderwijs zijn geen gegevens beschikbaar over het aandeel leerlingen van niet-westerse herkomst. De gewichtenregeling in die sector maakt geen onderscheid meer naar herkomst. Dat gebeurde nog wel tot 1 augustus 2006. In die oude regeling ging het om een bredere groep van kinderen van niet-Nederlandse herkomst, waarin geen onderscheid werd gemaakt tussen westerse en niet-westerse afkomst. In 2006 was 12,7% van de leerlingen een 0.9-leerling in het openbaar onderwijs. In het bijzonder onderwijs was dit 7,2%. Als we dit vergelijken met de percentages uit 2001 (respectievelijk 19,1 en 10,2%), dan is het verschil kleiner geworden.⁸² In de vier grote steden en de G21 zien we hetzelfde beeld: het openbaar onderwijs neemt relatief meer 0.9-leerlingen op, maar in vergelijking met 2001 wordt het verschil met het bijzonder onderwijs kleiner (zie bijlage 5).

Het ontstaan van witte en zwarte scholen moet voor het belangrijkste deel worden toegeschreven aan de samenstelling van de betrokken woonwijken en/of het keuzegedrag van ouders. Scholen nemen doorgaans de 'kleur' aan van de wijk waarin ze staan (ouders kiezen voor de dichtstbijzijnde school). Segregatie kan zich echter ook binnen één buurt manifesteren. Autochtone ouders mijden bijvoorbeeld scholen waar te veel allochtone leerlingen zijn en melden hun kind in een heel vroeg stadium aan bij een populaire school (witte vlucht). Allochtone ouders kunnen bewust kiezen voor een school omdat het onderwijs is afgestemd op de (taal)achterstand van hun kinderen, of omdat veel andere kinderen uit de buurt daarop zitten.⁸³

De bestrijding van dit verschijnsel kan niet alleen en niet in de eerste plaats vanuit het onderwijsbeleid gestalte krijgen. Niettemin herhaalt de raad hier dat het onderwijs een integratietask heeft. Integratie vormt daarbij een waarde op zichzelf. Dat kinderen van Nederlandse en niet-Nederlandse herkomst, met en zonder onderwijsachterstanden, niet gescheiden maar samen onderwijs volgen, is op zich een nastrevenswaardig doel - los van de vraag of gemengde scholen de onderwijsprestaties van vooral achterstandsléerlingen verbeteren.⁸⁴

Gelijke behandeling en bijzonder onderwijs

In de AWGB is in overeenstemming met de vrijheid van onderwijs bepaald dat een bijzondere school in verband met de grondslag personeel mag selecteren.⁸⁵ Die selectie mag echter niet leiden tot onderscheid tussen mensen op grond van het enkele feit van hun politieke gezindheid, of ras, of geslacht, of hetero- of homoseksuele gerichtheid, of nationaliteit, of

⁸² Onderwijsraad, 2002, p.54-55.

⁸³ Onderwijsraad, 2002, p.56.

⁸⁴ Onderwijsraad, 2005, p.47. Herweijer en Van den Brink vinden geen effect van etnische diversiteit van schoolpopulaties op de leerprestaties van leerlingen in het primair en voortgezet onderwijs; Herweijer & Van den Brink, 2011.

⁸⁵ De 'enkelefeitconstructie' is niet alleen van belang bij de toelating van personeel tot de bijzondere school (art. 5, tweede lid, AWGB), maar ook bij de toelating van leerlingen (art. 7, tweede lid, AWGB). De positie van leerlingen wordt voor dit onderdeel verder buiten beschouwing gelaten.

burgerlijke staat. Het voorbehoud dat bekend staat als de 'enkelefeitconstructie', is in de wet opgenomen omdat de persoonskenmerken (ras, geslacht, enzovoorts) op zichzelf niet als relevante criteria kunnen worden beschouwd bij de toelating als leraar tot de bijzondere school.

Toch zijn er volgens de wetgever omstandigheden denkbaar, die onderscheid op basis van een van de persoonskenmerken in verband met de grondslag wel kunnen rechtvaardigen. De memorie van toelichting bij de AWGB spreekt hier van bijkomende omstandigheden. Er worden dan omstandigheden bedoeld die weliswaar verband houden met een van de genoemde persoonskenmerken, maar ook – en soms in doorslaggevende mate – relevant zijn voor het functioneren in of de toelating tot een bijzondere school. Deze bijkomende omstandigheden moeten dan betrekking hebben op gedragingen in het functioneren van de leerkracht, die afbreuk kunnen doen aan de grondslag van de school.⁸⁶

De enkelefeitconstructie stuit momenteel op politieke bezwaren. Tijdens de totstandkoming van de AWGB is veel gediscussieerd over het voorbeeld van de homoseksuele docent in het christelijk onderwijs. Wanneer een homoseksuele leraar een relatie heeft met een partner van hetzelfde geslacht en daarmee samenleeft, is er geen sprake van een bijkomende omstandigheid die selectie door de bijzondere school rechtvaardigt. Hij mag dan niet om die reden voor de functie worden afgewezen of eruit worden ontslagen. Er is dan immers sprake van onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid. Wat wel een bijkomende omstandigheid kan opleveren is bijvoorbeeld de functie-eis van een bijzondere school "dat de betrokkene – ook blijkens zijn of haar gedragingen – de tot (de) grondslag te rekenen seksuele moraal onderschrijft".⁸⁷ In het algemeen wordt met bijkomende omstandigheden bedoeld: gedragingen die aantonen dat betrokkene de grondslag van de school in feite verwerpt.⁸⁸ Een leraar die openlijk door woord en gedrag tijdens de lessen en in de school zijn homoseksuele aard uitdraagt, kan in deze visie vanwege een bijkomende omstandigheid worden ontslagen.

D66, VVD, PvdA, SP en GroenLinks hebben eind 2010 een initiatiefwetsvoorstel ingediend om de enkelefeitconstructie uit de AWGB te schrappen.⁸⁹ Schoolbesturen zouden daarbij niet langer aan medewerkers mogen vragen de grondslag van de scholen te onderschrijven. Personeelsleden zouden die grondslag wel moeten respecteren.

Dit vraagstuk raakt op twee manieren aan het recht van minderheden op vrij onderwijs. Aan de ene kant hebben zij het recht, vanwege hun grondslag, personeel te selecteren en daarmee uiting te geven aan hun vrijheid van onderwijs. Dit recht is echter aan de andere kant begrensd door het recht op gelijke behandeling van personen zonder onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of welk kenmerk dan ook. Hier moet een balans gevonden worden die recht doet aan elk van deze grondrechten.

86 *Memorie van toelichting bij de Algemene Wet Gelijke Behandeling*, 1991. p.7. Zie ook *Naar een discriminatievrije school*, advies Commissie Gelijke Behandeling inzake gelijke behandeling in onderwijs; CGB: Utrecht, 4 april 2008, p. 37-38. In 2008 stelde de Commissie Gelijke Behandeling vast dat zij in slechts twee gevallen om een oordeel omtrent het maken van onderscheid door een schoolbestuur van bijzonder onderwijs met betrekking tot een homoseksuele leraar was gevraagd, vgl. CGB 29 april 1999, oordeel 1999-38 en CGB 15 juni 2007, oordeel 2007-100. In 2011 heeft zich de eerste rechtszaak omtrent het ontslag van een homoseksuele leerkracht aan een gereformeerde basisschool voorgedaan. Zie Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2011, LJN: BU3104.

87 *Memorie van toelichting bij de Algemene Wet Gelijke Behandeling*, p.8.

88 Ministerie van Binnenlandse Zaken, 2004, p.19.

89 *Voorstel van het Kamerlid Van der Ham e.a. tot wijziging van het tweede lid van de artikelen 5, 6a en 7 van de AWGB*, 2010.

“Er komen regelmatig kritische vragen op over het bestaansrecht van de reformatorische scholen. Men vraagt zich af of ons onderwijs nog wel van deze tijd is. Terwijl wij onze jongeren willen voorbereiden op de samenleving vanuit een normen- en waardepatroon dat aansluit bij de gezinnen, de kerk en de school. Dat maakt ze sterkere mensen. De vanzelfsprekendheid waarmee artikel 23 altijd behoorde tot de Nederlandse samenleving neemt af. Er lijkt minder ruimte te zijn voor minderheden. Dat baart ons zorgen.”

Wim Fieret, lector identiteit aan het Hoornbeek College, het enige mbo op reformatorische grondslag

“Iedereen moet integreren, daar ben ik helemaal voor. De ouders van onze kinderen willen heel graag. Maar je moet de stap naar de samenleving kunnen maken op een manier die bij je past, vanuit wie je werkelijk bent. Mensen hechten aan hun eigen club, ze kiezen voor veiligheid. De school zoekt de verbinding vanuit het geloof, dat vind ik prima. Voor mij is de vrijheid om te zijn wie je bent een groot goed”

Janneke van Eldonk, directeur van de basisschool Imam Albogari in Den Bosch

2.6 Leidraad voor het advies: pluriformiteit, recht op onderwijs en kwaliteit

Onderwijs weerspiegelt als geen andere sector de cultuur en tradities van een land.⁹⁰ Artikel 23 van de Nederlandse Grondwet heeft een lange ontstaansgeschiedenis, die halverwege de negentiende eeuw begon. Deze zogenoemde schoolstrijd kwam ten einde met de pacificatie in 1917 en met het opnemen van onderwijsvrijheid in de Grondwet. Artikel 23 vormt de uitdrukking van het maatschappelijke verlangen onderwijs te organiseren waaraan specifieke, eigen opvattingen over opvoeding en identiteit ten grondslag liggen. Bij elke beoordeling van het duale bestel en bij elke interpretatie van het grondrecht is het besef van deze geschiedenis en van de waarden en beginselen die daarbij horen, een basisvoorwaarde. De raad heeft die waarden en beginselen in zijn verkenning van 2002 beschreven: vrijheid, pluriformiteit, deugdelijkheid en gelijkheid.⁹¹ Zij vormen de kernbestanddelen van het grondwettelijke onderwijsbestel. De raad gebruikt ze ook nu als richtlijnen voor het advies over artikel 23.

Ook het internationaal erkende recht op onderwijs is een belangrijk uitgangspunt in dit advies. Dit recht is een vast, normatief kader voor de betekenis van de vrijheid van onderwijs en van artikel 23 van de Grondwet in onze moderne tijd. Een algemene consequentie hiervan is dat de vermelde kernwaarden van vrijheid, pluriformiteit, deugdelijkheid en gelijkheid niet alleen refereren aan de positie van onderwijsaanbieders (schoolbesturen, scholen en leraren), maar ook aan die van vragers (ouders en leerlingen).

Bij vrijheid gaat het aldus niet alleen over vrijheid van richting van het bijzonder onderwijs. Het gaat ook over individuele keuzevrijheid: is die voldoende gewaarborgd? Deugdelijkheid als kernwaarde van artikel 23 beperkt zich niet tot wettelijke regels voor scholen die de Inspectie handhaaft, maar heeft ook betrekking op het recht van de individuele leerling om zich te ontwikkelen en een relevante kwalificatie te behalen. Tot slot gaat het bij gelijkheid niet slechts om gelijke waarborg van deugdelijkheid en van financiering van de scholen door de overheid, maar ook over gelijke toegang en gelijkheid in deelname aan het onderwijs. Voor scholen betekent dit dat gelijke behandeling een actieve opdracht voor ze is.

⁹⁰ Glenn & De Groof, 2002, p.46.

⁹¹ Onderwijsraad, 2002, p.20-30.

De raad vindt artikel 23 onverminderd van grote waarde. Het heeft door de jaren heen een goede basis geboden voor keuzevrijheid én voor sociale binding in een pluriforme samenleving. Die functies heeft het artikel nog steeds. Wel ziet de raad aanleiding om enkele basisbeginselen ruimer te interpreteren. Daarmee sluit het grondwetsartikel beter aan bij de moderne tijd.

3

Advies: verruim de interpretatie van artikel 23 om zijn waarde te behouden

3.1 Het duale bestel faciliteert keuzevrijheid en sociale binding

Artikel 23 van de Grondwet voegt aan het Nederlandse onderwijs iets wezenlijks toe. De in de grondwet besloten principes van vrijheid, pluriformiteit, deugdelijkheid en gelijkheid geven mensen de kans zich te ontplooiën binnen een zelfgekozen, solidaire omgeving. Van daaruit kunnen ze bruggen slaan naar anderen. De vooraanstaande rol van de wetgever in het bestel biedt waarborgen voor rechtszekerheid, gelijkheid en kwaliteit. Deze rol waarborgt ook dat het stelsel zich kan blijven voegen naar de eisen van de veranderende samenleving en dat eventuele aanpassingen democratisch tot stand komen.

Het duale bestel, zoals neergelegd in artikel 23 van de Grondwet, is voor de raad een groot goed.⁹² Er komen twee essentiële waarden voor onderwijsvrijheid in samen: keuzevrijheid en sociale binding.

Keuzevrijheid

Het bijzonder onderwijs geeft uitdrukking aan de pluriformiteit van voorkeuren en opvattingen in de samenleving. Het biedt onderwijs vanuit een godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, in het verlengde van waarden die ouders ook thuis in de opvoeding voorstaan. Ook het openbaar onderwijs komt tegemoet aan keuzevrijheid. Het biedt een alternatief voor het bijzonder onderwijs en geeft onderdak aan hen die bewust voor een school kiezen waar leerlingen met uiteenlopende achtergronden en opvattingen thuis zijn. De betrokkenheid van de overheid betekent een solide garantie voor de levensbeschouwelijke neutraliteit en continuïteit van het openbaar onderwijs. Daarnaast is het aanbod van scholen in zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs gevarieerd: er zijn in beide takken categorale gymnasia, jenaplan-, dalton- en montessorischolen, enzovoort.⁹³

92 De kernbegrippen daarvan zijn 'richting' en 'neutraliteit'. Zie het vijfde lid, en de woorden "met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging" van het derde lid.

93 De onderwijskundig-pedagogische inrichting behoort tot de in artikel 23 Grondwet beschermde vrijheid van het bijzonder onderwijs. Het algemeen bijzonder onderwijs profileert zichzelf als onderwijs met een pedagogische identiteit. Zie Vereniging Bijzondere Scholen, z.j.. Vgl. wat betreft het openbaar onderwijs: Braster, 1996.

“Het is misschien een gek woord, maar ik heb gekozen voor deze school om de ‘nestgeur’. Ik ben van oorsprong katholiek en herken me in de sfeer: de school is solide, integer. Er is op een spirituele, beschouwelijke manier aandacht voor het kind en de omgeving. Ik ben niet meer traditioneel belijdend, ik wil het meer in de mensen zelf zoeken. Mijn zoon was een voorloper en een dondersteen. Daarover heb ik persoonlijke gesprekken gevoerd met de mentor, waaruit een warme betrokkenheid sprak. Nog steeds als ik hem tegenkom, is hij belangstellend. Ik ervaar geborgenheid, je gestut weten door een systeem. De jezuïeten zijn tolerant, niet dogmatisch: ze houden geen verhaal vanaf de preekstoel, maar inspireren. Bijvoorbeeld tijdens de gespreksavonden voor ouders. Ik laad mij eraan op.”

Annet Zwinkels, moeder van een oud-leerling van het Stanislascollege in Delft, en lid van de werkgroep Ignatiaanse pedagogiek

Sociale binding

De waarde van de bijzondere school is dat hij op grond van zijn inrichtingsvrijheid het onderwijs (en de opzet en organisatie ervan) dicht bij de opvattingen van ouders kan brengen. In een omgeving met gelijkgestemden is vaak sprake van een sterke interne sociale cohesie, wat bevorderend is voor het samenbindend sociaal kapitaal.⁹⁴ Maar ook de openbare scholen vervullen een bindende functie. In een school met leerlingen met verschillende achtergronden en zienswijzen kunnen kinderen op een vanzelfsprekende manier leren samenleven met anderen. Verder kunnen ook openbare scholen adequaat rekening houden met een variëteit aan voorkeuren van ouders. Op voorhand is een bijzondere of een openbare school, of een school met een homogene of een heterogene leerlingpopulatie, niet méér of minder bevorderend voor sociale binding. Beide kunnen daaraan bijdragen. Van cruciaal belang zijn de waarde-oriëntaties in de school.⁹⁵

“Wij komen alle twee uit een katholiek gezin, maar geloofsovertuiging stond niet bovenaan ons lijstje toen we een school zochten. We bekeken er verschillende en De Dijk sprong eruit. Ook omdat mijn dochter, die toen erg aan mij hing, binnen vijf minuten al ergens aan het spelen was. Het bleek een goede keuze. Al na de eerste schoolweek vroeg de juf: zo zie ik haar gedrag, merken jullie dat thuis ook? Haar faalangst wordt op een speelse manier aangepakt. De Vreedzame School spreekt me aan: ruzies worden gelijk opgelost, voorvallen worden serieus genomen, kinderen spreken elkaar aan zonder schoppen of slaan. In de les worden conflicten met een aap en een tijger nagespeeld. Ik vind dat juist in deze samenleving belangrijk, er is zo veel agressie. Onze school laat zien dat het op een andere manier kan: met praten kom je verder. Ik ben daar misschien ouderwets in, ze zeggen bij mij ook ‘u’ tegen volwassenen, maar ik voel me daarin begrepen door de school. Verder vind ik het heel goed in deze tijd van Nintendo’s dat de school sport en beweging stimuleert.”

Judith van Kesteren, moeder van twee kinderen op openbare basisschool Meerwerk De Dijk in Den Helder

Behoeftes aan zowel openbaar als bijzonder onderwijs

In de visie van de raad zijn openbaar en bijzonder onderwijs dus beide nodig. Het is een algemeen gegeven dat het Nederlandse *bijzonder* onderwijs in al zijn varianten, met de vrijheid van richting en inrichting die het geniet, betrokken en verantwoordelijke burgers aflevert. Dit geldt evenzeer voor het Nederlandse *openbaar* onderwijs. Een stelsel met alleen (bekostigde) openbare scholen zou afbreuk doen aan de keuzevrijheid van ouders en hen verhinderen om hun kinderen onderwijs te laten volgen aan een school die complementair is aan hun specifieke opvattingen over opvoeding. En wie alleen voor bijzondere scholen pleit, moet accepteren dat deze scholen dan de huidige functies van het openbaar onderwijs moeten overnemen, te weten: algemene toegankelijkheid en gelijke behandeling van naar religie of levensovertui-

⁹⁴ Putnam, 2000; Hart, 2008.

⁹⁵ Ten Dam, Dijkstra, Geijsel, Ledoux & Van der Veen, 2010.

ging verschillende groeperingen. Via het openbaar onderwijs voldoet ons stelsel aan de internationaalrechtelijke eis van toegankelijkheid van onderwijsvoorzieningen. Openbare scholen sanctioneren feitelijk de diversiteit en eigenheid van het bijzonder onderwijs. Een duaal bestel garandeert al met al de meest basale vorm van variëteit in het stelsel.⁹⁶

3.2 **Aanpassing van artikel 23 is niet nodig**

Artikel 23 heeft alle eigenschappen in zich om antwoord te geven op complexe (onderwijs) vraagstukken van deze tijd. De raad ziet geen aanleiding of noodzaak het grondwetsartikel te wijzigen of aan te passen. Een moderne uitleg van het artikel volstaat. Deze uitleg moet wel zo veel mogelijk in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever. Paragraaf 3.3 gaat hier verder op in. Hieronder volgt eerst een toelichting op de stelling dat aanpassing van het grondwetsartikel zelf niet nodig is.

Er zijn geen aanwijzingen dat onderwijsvrijheid segregatie veroorzaakt

Om te beginnen heeft de raad geen aanwijzingen gevonden voor het vermeende segregerende effect van het bijzonder onderwijs. Zoals hoofdstuk 1 liet zien, bestaan er op dit punt vooral zorgen over islamitische scholen.⁹⁷ Maar artikel 23 biedt – als die zorgen al terecht zouden zijn – voldoende ruimte om de kwaliteitseisen aan het onderwijs van bijzondere richtingen te verzekeren. Die eisen moeten dan wel proportioneel zijn en op het hele onderwijs betrekking hebben. De raad komt hierop terug in hoofdstuk 6.

Daar komt bij dat veel van wat men onder integratie en burgerschapsvorming wil verstaan, in het duale bestel aanwezig is. Het is niet zo, zoals in de Amerikaanse discussie enige tijd terug werd gesteld, dat confessionele of levensbeschouwelijk geïnspireerde scholen minder ‘democratisch’ zouden zijn.⁹⁸ Juist in scholen van eigen (ouder)keuze zijn goede voorwaarden aanwezig voor leerlingen om te worden meegenomen in een proces waarin ze worden opgeleid tot goed burger met de benodigde kennis en vaardigheden, en waarin ze de kans krijgen normen en waarden te internaliseren.⁹⁹ De in de wet besloten afzijdige opstelling van de overheid ten opzichte van de inhoud van burgerschapsvorming sluit hier goed op aan.¹⁰⁰ Nadere regels op dit gebied ten aanzien van het bijzonder onderwijs zijn volgens de raad niet nodig.

⁹⁶ Onderwijsraad, 2008, p.51.

⁹⁷ Néhémé & De Graaf, 2011, p.44-49.

⁹⁸ Volgens de verdedigers van deze stelling moeten bijzondere scholen ‘publieke waarden’ uitdragen (waarden van de rechtsstaat en democratie, en waarden als vrijheid en gelijkheid) en zich aldus gaan - gedragen als ‘public schools’. De belangrijkste voorvechtster van deze opvatting, waarvan de wortels teruggaan naar de gedachten van John Dewey in zijn boek *Democracy and education* (1916), is Amy Gutmann. Zie Glenn & De Groof, 2002, p.12.

⁹⁹ Glenn & De Groof, 2002, p. 12, citeren de Canadese onderzoeker Thiessen: “the attempt to define a liberal non-indoctrinatory kind of upbringing fails to take into account the need for a stable and coherent primary culture for a young child, a need which can only be adequately provided within the context of a home which achieves an ‘organic unity’ in which all share a common world-view, common loyalties, and commitments.”

¹⁰⁰ Zie ook ABRvS 30 maart 2011, LJN: BP9541. Uiteraard sluit de wettelijke afzijdigheid mogelijk intensievere bemoeienis met de doelstellingen van burgerschapsvorming niet uit, maar de overheid en wetgever dienen dan wel de levensbeschouwelijke, religieuze en opvoedkundige grondslagen van de verschillende scholen in acht te nemen. Dat kan immers worden gerekend tot de vrijheid van richting en inrichting (bijzonder onderwijs) of de pedagogische autonomie (openbaar onderwijs).

Geen noodzaak tot invoering van een algemene acceptatieplicht of afschaffing van het recht leraren te selecteren

De raad heeft geen grote knelpunten gevonden bij het recht van bijzondere scholen hun grondslag te bewaken. Er is dan ook geen reden voor invoering van een acceptatieplicht voor bijzondere scholen met een zeer uitgesproken signatuur. De raad heeft dit eerder gezegd in zijn advies over het initiatiefwetsvoorstel-Hamer. Zulke bijzondere scholen kunnen daardoor onevenredig worden geschaad, terwijl het praktisch nut van de maatregel moeilijk aantoonbaar is.¹⁰¹ Zo staan instellingen met een streng christelijke grondslag vaak in homogene gebieden (als het gaat om leerlingenpopulatie). Dat is voor deze scholen in de regel een bedrijfs-economische noodzaak. De kans dat een leerling met een andere achtergrond zich bij een school met een streng christelijke grondslag meldt, is daarom niet groot; ook omdat er meestal een alternatief in de buurt is in de vorm van een openbare school. En waar er geen openbare school op redelijke afstand aanwezig is, verplicht de wetgeving al de bijzondere school om elke leerling die zich aanmeldt in principe te accepteren.¹⁰²

Ook voor het voornemen om de enkelefeitconstructie in de AWGB af te schaffen, ziet de raad onvoldoende noodzaak. Hij wijst allereerst op artikel 1 van de Grondwet. Dat gaat uit van gelijke behandeling zonder onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of welke grond dan ook. De enkelefeitconstructie en de erkenning van bijkomende omstandigheden (die selectie van leerlingen en leraren voor een bijzondere school kunnen rechtvaardigen, zie paragraaf 2.5) is daarmee niet in strijd. Het principe om een uitzondering op het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet te aanvaarden – vanwege de grondslag van bijzondere scholen – is ingebed in het grondwettelijke systeem: conflicterende grondrechten moeten *per geval* tegen elkaar worden afgewogen. Enerzijds wordt daarmee duidelijk dat niet elke willekeurige bijzondere school een beroep kan doen op bijkomende omstandigheden, maar dat hiervoor een specifieke grondslag en praktijk noodzakelijk is. Anderzijds wordt daarmee het uitgangspunt gehuldigd dat ook de tegemoetkoming aan een specifiek religieus belang een kwestie van gelijke behandeling is. Ongelijke situaties kunnen niet per definitie allemaal gelijk behandeld worden, omdat dan opnieuw een vorm van ongelijkheid ontstaat. De enkelefeitconstructie hoeft ten slotte in de toepassing geen grote problemen op te roepen. De mogelijkheid om op het terrein van arbeid en beroep een uitzondering te regelen op het verbod van discriminatie, wordt vooralsnog gesteund door Europese regelgeving.¹⁰³

Betrokkenheid van ouders

De raad wees er in het vorige hoofdstuk op dat ouders door bestuurlijke schaalvergroting en de daaraan gepaard gaande professionalisering van bestuur en (intern) toezicht minder invloed op het onderwijs kunnen uitoefenen. Aan de betrokkenheid van ouders, volgens sommigen hun grondwettelijke positie als 'constituent' (medevormgever) van de (bijzondere) school, wordt zagezegd geen recht gedaan.¹⁰⁴ Toch is het de vraag of het proces van professionalisering enkel afbreuk doet aan de rechten en de positie van ouders.

¹⁰¹ Onderwijsraad, 2010, p.24.

¹⁰² Zie art. 58 WPO en 48 WVO.

¹⁰³ Vgl. artikel 4, tweede lid, van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb 2 december 2000, L 303/16. De Europese Commissie is een inbreukprocedure tegen Nederland begonnen wegens strijd met deze richtlijn, omdat artikel 5 AWGB met de 'enkelefeitconstructie' een te ruime uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling zou maken. De Raad van State oordeelde evenwel dat aanpassing van de AWGB aan de terminologie van de richtlijn mogelijk is, zonder dat de bestaande grondrechtenbalans wijzigt. Dat oordeel is door de regering onderschreven, zie *Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling; Advies en nader rapport*.

¹⁰⁴ Huisman, 2011.

Aan de schoolorganisatie worden hoge eisen gesteld. De samenleving, ouders en leerlingen verlangen goed onderwijs, terwijl tegelijkertijd de taak kinderen te socialiseren omvangrijker en ingewikkelder is geworden.¹⁰⁵ Dat scholen zich in de richting van professionele organisaties ontwikkelen, is zo gezien in het belang van de leerlingen en hun ouders; ook als dit betekent dat hun bestuurlijke betrokkenheid afneemt. De uitdaging voor de scholen is om het oorspronkelijke dragerschap van ouders (en hun betrokkenheid) langs andere principes te organiseren. Een verdere versterking van de medezeggenschap of van de juridische positie van ouders zal onvoldoende effect sorteren. Deze versterkingen bieden geen garantie dat de ouderbetrokkenheid daadwerkelijk toeneemt. Integendeel, het kan de betrokkenheid juist verminderen en leiden tot denken in tegengestelde belangen, terwijl de school in de opvatting van de raad een sociaal verband is met in beginsel parallelle belangen van betrokkenen.¹⁰⁶ Die belangen vinden naar de mening van de raad hun gemeenschappelijke basis in de visie en in de richting van de school. Het is de opdracht die belangen en hun gemeenschappelijkheid helder te benoemen en te onderhouden.

3.3 Wel nodig, gewenst en mogelijk: een moderne interpretatie van artikel 23

Aanpassing van artikel 23 is dus niet nodig. Een moderne interpretatie van het grondwetsartikel wel, vindt de raad. Hij maakt een principiële keuze voor een ruimere interpretatie van het begrip richting, dat is vastgelegd in het vijfde lid van artikel 23. De verruiming moet ook plaats bieden aan andere dan alleen de huidige religieuze of levensbeschouwelijke oriëntaties. Pluriformiteit in de maatschappij en in het onderwijs is immers één van de dragende principes van artikel 23 van de Grondwet. Alleen in een onderwijsbestel waarin recht wordt gedaan aan de verschillen in opvattingen, levensstijlen, overtuigingen en voorkeuren zoals die zich voortdurend in de samenleving ontwikkelen, kunnen gemeenschappelijke waarden tot bloei komen. Artikel 23 creëert, met andere woorden, adequate voorwaarden voor binding van individuen, van mensen van verschillend pluimage aan hun onderwijs. De raad heeft dit eerder betiteld als het 'mixed authority arrangement'.¹⁰⁷

"Ik voelde me niet thuis op de katholieke school waar mijn kinderen eerst zaten. De vooroordelen begonnen al op het schoolplein. Door mijn hoofddoek dachten ze dat ik geen Nederlands kon spreken. Mijn kind werd gepest. Toen ik hier wilde gaan kijken was mijn man bang dat de school te extreem zou zijn. Maar als je binnenstapt, dan zie je hoe het echt is. Hier kwam ik erachter dat mijn oudste kind een reken- en taalachterstand had. De sfeer is goed. Mijn kind hoort hier thuis."

Ajda Sari-Ozdemir, moeder van twee kinderen op de islamitische basisschool Imam Albogari in Den Bosch

De raad vindt dat een moderne interpretatie van artikel 23 rekening moet houden met de historisch en systematisch bepaalde betekenis van het grondwetsartikel, maar nadrukkelijk ook met het moderne, internationale gedachtegoed omtrent het recht op onderwijs van individuen. In de huidige interpretatie van artikel 23, zoals die in de literatuur en de rechtspraak wordt gevolgd, ligt de nadruk op de bescherming van de aanbieders (scholen) tegen overheidsbemoediging. Tegelijkertijd staan de rechten van onderwijsvragers (ouders, studenten en leerlingen) al langer centraal in het onderwijsbeleid en de onderwijswetgeving. Het gaat er dus ook om de geldende interpretatie beter in overeenstemming te brengen met de vigerende

¹⁰⁵ Onderwijsraad, 2008, p.33.

¹⁰⁶ Onderwijsraad, 2010, p.44.

¹⁰⁷ Zie eerder Onderwijsraad, 2009.

beleidspraktijk. Tot slot kan een ruimere interpretatie tegemoetkomen aan de wens van de samenleving om de overheid meer te laten sturen op kwaliteit.

De formele wetgever heeft de ruimte voor een moderne interpretatie van artikel 23. Dat komt door de (uitzonderlijke) aard van het artikel zelf, dat veel aan de formele wetgever overlaat. Het komt ook doordat Nederland geen constitutionele toetsing kent. Formele wetten kunnen niet worden getoetst aan de Grondwet. Anders dan in de meeste andere landen legt daardoor de formele wetgever in hoogste instantie de Grondwet uit en bepaalt deze zijn betekenis.

In de oorspronkelijke opvatting van de grondwetgever was het begrip richting ruimer dan het tegenwoordig in wetgeving en jurisprudentie wordt gehanteerd.¹⁰⁸ De regering stond aanvankelijk principieel neutraal tegenover opvattingen van ouders omtrent de opvoeding van hun kinderen en hoe zij die in de keuze van een school wilden terugzien. Opvoeding en onderwijs waren in die benadering nauw met elkaar verbonden in het funderend onderwijs. “Dat de wetgeving en jurisprudentie zich anders hebben ontwikkeld, met name een tot religie en levensbeschouwing beperkt richtingbegrip hebben opgeleverd, is niet het resultaat van een expliciet debat geweest, maar is er onder invloed van maatschappelijke verzuiling en bezuinigingspolitiek ingesleten.”¹⁰⁹

Er is dus nu reden de bakens te verzetten en de situatie in overeenstemming te brengen met de eerste jaren na de grondwetswijziging van 1917. Richting moet weer worden opgevat als een open begrip, waarbij het erom gaat zonder inmenging van de overheid voluit te kunnen kiezen voor de (opvoedkundige) grondslag van een school. Bij een verruimd, open richtingbegrip betekent vrijheid van richting voor een bijzondere school dat deze in zijn onderwijs uitdrukking mag geven aan een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing, of aan een pedagogische benadering.

Een ruimere interpretatie zal voor een belangrijk deel pas effect hebben als de wetgeving daarop wordt aangepast. In de wetgeving wordt richting in het algemeen gebruikt voor levensbeschouwelijke en religieuze oriëntaties, met als gevolg een zekere bevoorrechtiging van deze oriëntaties ten opzichte van andere. De voorgestelde aanpassing zal er in de meeste gevallen toe leiden dat deze ongelijkheid wordt opgeheven. Een ruimere interpretatie van het begrip richting heeft dus tot gevolg dat het begrip zelf in de wetgeving geen bepalende rol meer speelt.

3.4 Concrete aanbevelingen voor het in praktijk brengen van een moderne interpretatie van artikel 23

De formele wetgever speelt – zoals de grondwetgever het destijds ook heeft bedoeld – een bepalende rol bij het in praktijk brengen van een ruimere interpretatie van artikel 23. De raad doet concreet de volgende aanbevelingen.

Aanbeveling 1: geef meer ruimte om scholen te stichten én stel scherpere eisen bij aanvang van de bekostiging

Als het begrip richting verruimd wordt opgevat, neemt de toetsende rol van de overheid evenzo ruim toe. De overheid moet immers ook toetsen of pedagogische visies vallen onder het begrip richting. Zo'n rol van de neutrale overheid gaat naar het oordeel van de raad te ver. Hij vindt een systeem van richtingvrije scholenplanning dan ook passen in de huidige tijd: een sys-

¹⁰⁸ Huisman, 2012; ook Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011.

¹⁰⁹ Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011, p. 58-59.

teem dus, waarin het begrip richting geen rol meer speelt bij de stichting van scholen. De raad stelde dit al in 1996, in zijn advies *Richtingvrij en richtingbepalend*. Met de invoering van richtingvrije planning neemt de wetgever een belangrijk knelpunt voor de stichting van scholen weg. Het huidige, beperkt opgevatte begrip van richting belemmert ouders in de uitoefening van hun grondwettelijke vrijheid van onderwijs. Richtingvrije planning doet bovenal recht aan het beginsel van pluriformiteit en aanbodvariëteit. Een school die voldoende leerlingen weet te trekken, heeft in de visie van de raad maatschappelijk draagvlak en komt voor overheids-bekostiging in aanmerking. De raad doet voorstellen voor een betrouwbare en doelmatige uitvoering van het richtingvrije systeem en geeft zo antwoord op twijfels die de Raad van State had bij eerdere plannen voor invoering daarvan. Centraal in de door de Onderwijsraad voorgestelde uitvoering staan ouderverklaringen.

De raad beveelt daarnaast aan in het primair onderwijs het oorspronkelijk bestaande ouderlijk initiatief om zelf ook *openbare* scholen te stichten, opnieuw in te voeren. In het voortgezet onderwijs kan het bestaande recht een steviger wettelijke basis krijgen.

Tot slot beveelt de raad aan, bij stichting van een school *voorafgaande* aan de eerste bekostiging te toetsen of het onderwijs past binnen de uitgangspunten van de rechtsstaat en de democratische rechtsorde, en of de school kan voldoen aan minimum deugdelijkheidseisen. Gezien het belang van adequate onderwijskwaliteit voor individuen en voor de samenleving als geheel acht de raad zo'n toets proportioneel.

Aanbeveling 2: verminder de bepalende rol van richting in de onderwijswetgeving

Een open richtingbegrip, waaronder ook opvoedkundige opvattingen en opvattingen over 'het goede leven' vallen, heeft pas effect als de wetgeving daarop is aangepast. De raad doet een aantal voorstellen daarvoor en kiest voor een pragmatische en gedifferentieerde benadering. Dat wil zeggen dat voor de verschillende terreinen waar het richtingbegrip een rol speelt, de ruimere interpretatie ook verschillend kan worden toegepast.

Een ruimer richtingbegrip binnen het bestaande aanbod zal mogelijk meer discussie oproepen in de school over invulling en ontwikkeling ervan. Het bevoegd gezag zou de bestaande richting daarom periodiek moeten toetsen aan de wens van ouders: voldoet de invulling nog steeds aan de behoeften? Initiatieven vanuit de medezeggenschapsraad om de richting te heroverwegen dient het bevoegd gezag serieus in behandeling te nemen. De medezeggenschapsraad kan immers in zekere zin als mededragers van de vrijheid van onderwijs worden beschouwd.

Aanbeveling 3: laat deugdelijkheidseisen daadwerkelijke kwaliteit omvatten

De toegenomen aandacht van de wetgever voor de kwaliteit van de scholen in het fundamenteel onderwijs heeft ertoe geleid dat sommige kwaliteitselementen, zoals leeropbrengsten, onder het grondwettelijke begrip deugdelijkheidseisen zijn gebracht. Deze elementen behoren vanuit de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever tot het kwaliteitsdomein van de school. Er is zo sprake van een versmelting van de begrippen deugdelijkheid en kwaliteit. Dit roept spanning op met de vrijheid van onderwijs, meer in het bijzonder met de vrijheid van inrichting. Het vraagt om behoedzaam handelen. De kansen en de ontwikkeling van individuen en de (economische) ontwikkeling van de samenleving als geheel hangen in sterke mate samen met de kwaliteit van het onderwijs. Dan zijn waarborgen voor de hoogst mogelijke opbrengst van het onderwijs nodig. De raad acht het op grond hiervan proportioneel dat het overheidsbeleid en de wetgeving opschuiven van het stellen van eisen van deugdelijkheid naar het streven naar daadwerkelijke kwaliteit en leeropbrengsten.

De raad geeft tegen deze achtergrond richtlijnen voor de omgang van de wetgever met deugdelijkheidseisen en eisen van kwaliteit. De eisen die de overheid stelt, moeten gebaseerd zijn op voldoende duidelijke en, voor zover mogelijk, objectieve wettelijke normen op hoofdlijnen. Deze nieuwe (met kwaliteit verzwaarde) deugdelijkheidseisen zijn minimumeisen. Voor zover volledige objectiviteit van normen niet mogelijk is, vragen rechtszekerheid en de beginselen van goed bestuur dat dit gebrek wordt gecompenseerd met procedurele maatstaven, zoals een adequate rechtsbescherming.

In de rechtsverhouding tussen overheid en schoolbestuur ten aanzien van de inrichtingsvrijheid respecteert de overheid de onderwijskundige identiteit van de school. Dit principe ligt ook al vast in artikel 4 van de WOT, dat stelt dat bij de uitoefening van het toezicht de vrijheid van onderwijs in acht wordt genomen.

De volgende hoofdstukken lichten de aanbevelingen toe en motiveren deze.

Meer keuzemogelijkheden voor ouders: de veranderingen op een rij

Door uit te gaan van een open richtingbegrip krijgen ouders meer mogelijkheden om hun kinderen onderwijs te laten volgen dat aansluit bij hun opvattingen. Op dit moment kan men alleen een door de overheid bekostigde school stichten als deze een zogenoemde erkende richting heeft. Zo'n richting is bijvoorbeeld katholiek, protestants-christelijk, islamitisch, algemeen-bijzonder of antroposofisch. Om die erkenning van de minister te verkrijgen, moet worden voldaan aan vier criteria.

- De richting moet een godsdienst of levensovertuiging betreffen die zich voldoende onderscheidt van andere godsdiensten of overtuigingen. De richting mag geen pedagogische stroming zijn.
- De grondslag moet eenduidig in de statuten zijn vastgelegd.
- Er dient sprake te zijn van een zekere maatschappelijke institutionalisering, ofwel een "aan het onderwijs ten grondslag liggende geestelijke stroming, die zich in een binnen Nederland waarneembare beweging openbaart en ook op andere terreinen van het maatschappelijk leven doorwerkt." Dat is het geval bij "een zekere bewezen verankering, duurzame openbare manifestatie of toekomstige groei in (landelijke) organisatie".
- Er moet voldoende draagvlak zijn. Dit wordt verondersteld als aan de wettelijke stichtingsnorm wordt voldaan.

Met name het derde criterium (maatschappelijke institutionalisering) blijkt in de praktijk een struikelblok. Zo werden op basis hiervan aanvragen tot stichting van een koptisch-orthodoxe basisschool (2005) en een boeddhistische basisschool (2010) afgewezen.

Wat verandert er bij een open richtingbegrip?

Bij een open richtingbegrip doet het er niet meer toe of de gewenste richting 'erkend' is. Iedere oriëntatie voldoet. Er is een systeem van richtingvrije planning. In principe telt alleen het aantal leerlingen als aanwijzing dat er voldoende maatschappelijk draagvlak is voor de gewenste richting. Het initiatief tot de nieuwe school moet bij een open richtingbegrip voldoen aan de volgende eisen.

- *De school zal door voldoende leerlingen worden bezocht.* Zowel voor het basisonderwijs als het voortgezet onderwijs gelden hiervoor op dit moment al minimaal aantallen, zogeheten stichtingsnormen (die in het basisonderwijs verschillen per gemeente en in het voortgezet onderwijs per onderwijssoort). Als de beoogde school de norm haalt, wordt aangenomen dat de school levensvatbaar is en kent de minister bekostiging toe. Ook het door de raad voorgestelde systeem van richtingvrije planning gaat hiervan uit. Maar in plaats van het aanleveren van leerlinjeprognozes, is het dan voldoende als genoeg ouders verklaren hun kind naar een school te sturen als deze wordt gesticht.

- *Er is voldoende garantie voor de integriteit en kwaliteit van de school.* De initiatiefnemers van de nieuwe school moeten aantonen dat de school past binnen de uitgangspunten van de rechtsstaat en de democratische rechtsorde. Ze moeten bovendien aantonen dat de school kan voldoen aan minimum deugdelijkheidseisen, zoals de aanwezigheid van gediplomeerd personeel, een schoolplan en afdoende inzicht in de organisatie en het bestuur van de school. Als aan deze eisen is voldaan, kan de minister beslissen de school te bekostigen en mag de school van start gaan.

Herijken of verandering van richting

Het kan voorkomen dat ouders op enig moment ontevreden zijn over de richting van hun school. Ze vinden bijvoorbeeld dat de identiteit beter in het onderwijsaanbod tot uitdrukking zou moeten komen, of dat de grondslag niet meer voldoende aansluit bij de (veranderende) leerlingenpopulatie. Met een periodieke toets van de grondslag van de school kan dit naar boven komen. Deze geeft het bevoegd gezag informatie over de wens van ouders in relatie tot de identiteit van de school.

In het uiterste geval kan een groep ouders besluiten uit het bestuur te stappen en een eigen school te beginnen. Dit heeft uiteraard vergaande gevolgen. Het voortbestaan van de school kan immers in gevaar komen. In het advies *Verzelfstandiging in het onderwijs I* (2010) besteedt de raad uitgebreid aandacht aan de verschillende mogelijkheden, variërend van het tot stand brengen van een eigen concept of aanbod binnen het bestaande bestuurlijke verband (interne verzelfstandiging) tot volledige afsplitsing (externe verzelfstandiging). In alle gevallen besluit het bevoegd gezag van de betrokken school over de variant die wordt gekozen. De medezeggenschapsraad moet wel advies geven en uiteindelijk instemmen. Als een verzoek om verzelfstandiging van ouders afkomstig is (het kan ook van leraren komen), dan dient de oudergeleding het plan in bij de medezeggenschapsraad.

Initiatiefrecht stichting openbare scholen

Los van de grotere keuzemogelijkheden die ontstaan door een open richtingbegrip, pleit de raad ervoor ouders weer het recht te geven om het initiatief te nemen tot het stichten van openbare scholen.

Particulier onderwijs en thuisonderwijs

Ten slotte blijft het mogelijk een – particuliere – school te beginnen die niet door de overheid wordt gefinancierd. Ook kunnen ouders onder bepaalde voorwaarden kiezen voor thuisonderwijs.

De raad is een voorstander van het verruimen van de mogelijkheid om scholen naar eigen overtuiging te stichten. Een systeem van richtingvrije planning komt daaraan het beste tegemoet. Tegelijkertijd adviseert de raad voorafgaand aan de aanvang van de bekostiging deugdelijkheidseisen te stellen.

4

Aanbeveling 1: geef meer ruimte om scholen te stichten én stel scherpere eisen vóór aanvang van de bekostiging

4.1 Verruimen van mogelijkheden om scholen te stichten vraagt om richtingvrije planning

Net als in zijn advies uit 1996 (*Richtingvrij en richtingbepalend*) pleit de raad voor richtingvrije planning van scholen: een systeem waarin het begrip richting geen rol meer speelt bij de stichting van onderwijsinstellingen. De raad stelt vast – mede naar aanleiding van zijn bevindingen in *Verzelfstandiging in het onderwijs I* (2010) en *Boeddhisme als richting* (2010) – dat het huidige systeem van schoolstichting niet meer van deze tijd is. De eis bij stichting dat de richting van de te plannen school doorwerking kent op andere maatschappelijke terreinen, veronderstelt een op de zuilen gebaseerde structuur, die te grote beletselen opwerpt voor nieuwe initiatieven. Bovendien zou de overheidsverantwoordelijkheid bij de stichtingsprocedure zich niet op zulke voorwaarden moeten richten, maar op datgene waar het werkelijk om gaat: een redelijke garantie van kwaliteit, doelmatigheid en continuïteit – met dat laatste wordt bedoeld dat de te bekostigen school bezocht zal blijven worden door voldoende leerlingen. Door de huidige systematiek van prognoses en indirecte meting (het aantonen van belangstellingspercentages op basis van bevolkingsgegevens en overig aanwezig onderwijs) moeten er soms allerlei omwegen worden bewandeld om een school te stichten. Richting is dan louter een strategisch argument om een school op een blinde vlek van de planningskaart te krijgen.¹¹⁰

Met de invoering van richtingvrije planning neemt de wetgever een belangrijke belemmering weg die ouders ondervinden in de uitoefening van hun grondwettelijke vrijheid van onderwijs door het huidige, beperkt opgevatte begrip van richting. Het nieuwe systeem bevordert het beginsel van pluriformiteit dat aan het stelsel ten grondslag ligt. Het vergroot de variëteit van het aanbod.

Richtingvrije planning is een directe consequentie van de door de raad voorgestane verruiming van het begrip richting. Het vereist dat dit begrip in de wettelijke regelingen voor de stichting van scholen wordt geschrapt. Waarom schrappen in plaats van verruimen?

¹¹⁰ Zie Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011; voorbeelden genoemd in de inleiding, p.5.

Het begrip richting biedt de overheid in de bestaande constellatie de mogelijkheid én de plicht om de grondslag van de voorgenomen school te toetsen. De overheid dient zich daarbij vanwege haar constitutioneel gewenste neutraliteit terughoudend op te stellen. Als het richtingbegrip beperkt wordt opgevat, zoals nu het geval is, is toetsing in de praktijk mogelijk gebleken. Als echter het bestaande wettelijke begrip bij schoolstichting verruimd wordt opgevat, neemt de toetsende rol van de overheid automatisch naar evenredigheid toe. Dan zal de overheid ook moeten beoordelen of pedagogische visies onder het begrip richting vallen. Zo'n ruime toetsende rol van de overheid gaat naar het oordeel van de raad te ver.¹¹¹

4.2 Voer richtingvrije planning in op basis van ouderverklaringen

Voor de uitwerking van richtingvrije planning is de ouderverklaring een centraal instrument. Daarmee verklaren ouders hun kind naar een school te sturen als deze wordt gesticht. In het verre verleden is hier al mee gewerkt om na te kunnen gaan of er voldoende potentieel is voor de nieuwe school en of de school aan de stichtingsnormen voldoet. De raad heeft over dit instrument eerder positief geadviseerd.¹¹² Het criterium van leerlingenaantal bij stichting is niet enkel een boekhoudkundig gegeven. Als zich een substantieel aantal mensen (ten minste overeenkomend met het wettelijke minimum) rond een bepaalde opvatting verenigt, beschouwt de raad dit als een duidelijke indicatie dat er van een levensvatbare, maatschappelijk gearticuleerde opvatting sprake is.

De Raad van State heeft zijn twijfels over de betrouwbaarheid van de ouderverklaring uitgesproken: er zou geen sluitende garantie zijn dat ouders die een verklaring afleggen, zich ook hieraan zullen houden.¹¹³ De Onderwijsraad is van mening dat dit denkbeeldige risico onvoldoende zwaar weegt om van zo'n systeem af te zien. Daarbij: de huidige indirecte meting geeft in de opvatting van de raad geen waarheidsgetrouw beeld. Het aantonen van belangstellingspercentages gebeurt aan de hand van reeds bestaande verhoudingen en machtsposities. Nieuwkomers hebben aldus geen kans tot het scholenbestand toe te treden.

Een betrouwbaar systeem van ouderverklaringen dat goede prognoses geeft, zou volgens de raad aan de volgende voorwaarden moeten voldoen:¹¹⁴

- een centrale en gewaarborgde (elektronische) aanmelding van ouders via het burgerservicenummer bij de gemeente;
- de overlegging van een zeker bewijs van organisatie (door de initiatiefnemer tot stichting), onder meer van rechtspersoonlijkheid;
- de beperking van de geldigheid van de handtekening (dit betekent dat de initiatiefnemers bij uitblijven van de voorgenomen stichting periodiek opnieuw de belangstelling en daarmee de 'hardheid' van de (aantallen) verklaringen peilen); en
- de bepaling door de initiatiefnemers op welke locatie (gemeente, wijk) zij de nieuwe school wenselijk vinden te stichten; afhankelijk daarvan zal ook het voedingsgebied van de op te richten school bepaald moeten worden.

¹¹¹ Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011, p.39.

¹¹² Onderwijsraad, 1996.

¹¹³ Advies van 12 april 2002, W05.01.0643/III, bijvoegsel Stct. 14 december 2004, nr. 241.

¹¹⁴ Advies bij Onderwijsraad, 2000, p.7.

Richtingvrije planning in nieuwe wijken

De ouderverklaring is in aanleg ongeschikt bij de stichting van scholen in nieuwe wijken. Er zijn dan immers nog geen bewoners om te raadplegen. Voor zover de nieuwe bewoners al wel bekend zijn, moet elk initiatief een kans krijgen. Wanneer de initiatieven om een bijzondere school te stichten er niet komen of niet haalbaar zijn, adviseert de raad dat de gemeentelijke overheid moet voorzien in een openbare school. Dan treedt het principe in werking dat de overheid handelt bij het falen van de markt. Na twee of drie jaren, als de nieuwe wijk geheel of ten dele is ingericht, worden de ouders van leerlingen die de school bezoeken (of willen bezoeken) rechtstreeks bevroegd. Dat gebeurt via een instrument van directe meting dat zich richt op de gewenste signatuur of richting (denominatie en/of pedagogische voorkeur) van de school. Bij een gekwalificeerde meerderheid van stemmen wordt de richting of signatuur van de school vervolgens definitief bepaald. Eventuele veranderingen van de signatuur of richting in de verdere toekomst kunnen geschieden met instemming van het bevoegd gezag, volgens de procedure van medezeggenschap en de regels die de raad heeft geschetst in het advies *Verzelfstandiging in het onderwijs I*. Zie hiervoor paragraaf 5.3.¹¹⁵

Initieer of versterk het ouderlijk initiatiefrecht tot stichting van een openbare school

Daarnaast adviseert de raad het vroeger bestaande recht van ouders om op eigen initiatief *openbare* basisscholen te stichten, opnieuw in te voeren. Dit versterkt de mogelijkheid voor ouders het door hen gewenste onderwijs te realiseren en daarmee hun keuzevrijheid. In het voortgezet onderwijs bestaat dit recht nog, maar kan het een steviger wettelijke basis krijgen. Dat kan in het bestaande artikel 67 van de WVO (Wet op het voortgezet onderwijs).

4.3 Geef afgewogen ruimte aan particulier onderwijs en regel toezicht op thuisonderwijs

De eisen voor oprichting van particuliere (dus niet door de overheid bekostigde) scholen zijn in de loop der jaren verzwaard. Een nieuwe school wordt, om aan de eisen van een school in de zin van de Leerplichtwet te voldoen, getoetst aan de eisen van de WPO, met name de artikelen 8, 9 en 12. De overheid kan van een particuliere school eisen dat er “onderwijs wordt gegeven, in die zin dat kennis en vaardigheden aan leerplichtigen worden overgedragen”. Daarbij mag de overheid uitgaan “van een zekere mate van sturing en structurering van het leerproces”.¹¹⁶ Vervolgens wordt ten aanzien van een goedgekeurde particuliere school inspectietoezicht uitgeoefend. Hier bestaat een spanning tussen de kwaliteitseisen die de overheid stelt en de vrijheid van oprichting. Kunnen particuliere scholen zich voldoende onderscheiden door de huidige wettelijke maatstaven? Is er voldoende ruimte voor innovatie via het particulier onderwijs?

In het licht van artikel 23 van de Grondwet zal het nooit zo kunnen zijn dat het particuliere onderwijs volledig wordt gelijkgeschakeld met het bekostigde onderwijs. Particulier onderwijs valt immers louter onder het regime van het tweede lid, dat zegt dat het geven van onderwijs vrij is, “behoudens het toezicht van de overheid en het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van hen die onderwijs geven”. Bij het particulier onderwijs moet dus worden gebalanceerd tussen substantiële vrijheid aan de ene kant en de behoefte aan overheidsregulering en -toezicht aan de andere kant.

¹¹⁵ Onderwijsraad, 2010, p.39-41.

¹¹⁶ ABRvS, 20 juli 2011, LJN: BR2291 (De Koers).

De regels voor het bekostigd onderwijs en het particulier onderwijs maken duidelijk dat er een sterke nadruk ligt op kwaliteit. Dit is om het recht op onderwijs voor iedereen, voortvloeiend uit het internationaal recht (EVRM), zo goed mogelijk te dienen. In dit opzicht is het vreemd dat voor het thuisonderwijs (ongeveer driehonderd leerlingen op jaarbasis) niets is geregeld ten aanzien van de verplichtendheid, de kwaliteit en het toezicht. De overheid kan de kinderen en jongeren waar het hier om gaat, hoe klein deze groep ook is, niet ongelijk behandelen ten opzichte van leerlingen in bekostigde en particuliere scholen. Ook deze kinderen hebben recht op goed onderwijs. De raad adviseert daarom voor het thuisonderwijs wettelijke waarborgen te creëren dat ouders – die dus voor hun kinderen ontheffing van de leerplicht hebben gekregen – vervangend onderwijs aanbieden. Ook moet wettelijk gewaarborgd worden dat de overheid daar adequaat en proportioneel toezicht op uitoefent en deugdelijkheidseisen kan stellen, die vergelijkbaar zijn met die voor het particulier onderwijs.

4.4 **Verscherp de eisen bij aanvang van de bekostiging**

De raad stelt tegelijk voor de eisen die gelden voor het in aanmerking komen van bekostiging aan te scherpen. Daarmee is een grotere sturing op kwaliteit ook mogelijk voor scholen die net toetreden tot het stelsel.

In het in hoofdstuk 1 genoemd wetsvoorstel van het oud-Kamerlid Jan Jacob van Dijk (CDA) staat de vraag centraal: is het grondwettelijk mogelijk om eisen van deugdelijkheid te stellen als *voorwaarde* voor het in aanmerking komen van bekostiging?¹¹⁷ In de huidige situatie treden verplichtingen pas in werking na aanvang van bekostiging van een school. Het wetsvoorstel wil de periode waarin nieuw bekostigde scholen niet voldoen aan cruciale deugdelijkheidseisen, sterk inkorten.

De raad is van mening dat zich echter niets verzet tegen het uitgangspunt om al vóór de bekostiging, maar ná de oprichting van de school, wettelijke verplichtingen aan scholen op te leggen. De wettelijke eisen mogen natuurlijk niet zo zwaar zijn dat bekostiging feitelijk onbereikbaar wordt, of dat de vrijheid van richting en inrichting van de bijzondere school in het gedrang komt. De raad acht een dergelijke maatregel vanuit de overheidszorg voor de onderwijskwaliteit proportioneel. Er is vanuit het perspectief van de Grondwet reden om de daad van oprichting en het besluit tot bekostiging los van elkaar te zien.¹¹⁸ Een historische analyse van het artikel toont aan dat de oorspronkelijke grondwetgever (in 1848 toen het tweede lid van artikel 23 in de Grondwet kwam) eigenlijk alleen wilde verbieden dat de overheid een vergunning vroeg voorafgaande aan de oprichting van een school. De overheid mocht dus geen eisen stellen bij de oprichting van een school (stap 1). Dit spoort met datgene wat tot op heden in het internationale recht is vastgelegd. Maar als de eenmaal opgerichte school bekostiging wil van de overheid (stap 2), dan kunnen er wél eisen worden gesteld. Pas in 1917 is het beginsel van volledige bekostiging van het bijzonder onderwijs in de Grondwet terechtgekomen.

Toetsingsgronden: deugdelijkheid en rechtsstaat

De raad adviseert om nieuwe bepalingen in de wet op te nemen, aan de hand waarvan de verwachte kwaliteit en de rechtsstatelijke integriteit van bijzondere scholen kan worden getoetst, nog voordat zij in aanmerking komen voor bekostiging. Voor het primair onderwijs zou het

¹¹⁷ Vgl. Van Dijk, 2009.

¹¹⁸ Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011, p.46.

moeten gaan om voorwaarden voorafgaand aan opname in het plan van nieuwe scholen (WPO). Voor het voortgezet onderwijs moet het gaan om voorwaarden voorafgaande aan het besluit om een aanvraag voor bekostiging van een nieuwe school of afdeling toe te wijzen (WVO). De betrokken aanvraag moet dan worden beoordeeld in het licht van de vraag of het onderwijs aan de te stichten bijzondere school:

- past binnen de uitgangspunten van de rechtsstaat en de democratische rechtsorde; en
- kan voldoen aan minimum deugdelijkheidseisen, zoals de aanwezigheid van gediplomeerd personeel, de voorbereiding van een schoolplan, en afdoende inzicht in de beoogde 'governance' (te weten de organisatiestructuur en de daarbij behorende taak- en verantwoordelijkheidsverdeling waartoe ten minste behoort de wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend op het bestuur).

Een en ander moet de wetgever nader uitwerken. Deze eisen gelden niet op deze wijze voor het openbaar onderwijs. Bij het van start gaan van een openbare school garandeert de overheid zelf dat aan alle wettelijke regels is voldaan.

Een open richtingbegrip heeft veel consequenties. De belangrijkste is dat richting geen bepalende rol meer kan spelen in de wetgeving. De raad brengt de gevolgen in kaart en doet de wetgever suggesties voor hoe hiermee om te gaan.

5 Aanbeveling 2: verminder de bepalende rol van richting in de wetgeving

5.1 Duidelijk aanwijsbare consequenties van een open richtingbegrip

In het voorgaande heeft de raad aangegeven dat een ruimere interpretatie van het begrip richting voor een belangrijk deel pas effect zal kunnen hebben als de wetgeving daarop wordt aangepast. De raad pleit voor het bewerkstelligen van een meer gelijke positie tussen de huidige geijkte richtingen en nieuwe richtingen. In het algemeen brengt een ruimere interpretatie van het begrip richting in de Grondwet met zich mee dat het begrip in de wetgeving geen bepalende rol meer speelt.

Richtingbegrip op zeven plaatsen in de wet aan de orde

Voor welke in wetten vastgelegde onderwerpen heeft een open richtingbegrip consequenties? Dat zijn er zeven.¹¹⁹

- *Leerlingenvervoer*. Wat zijn de consequenties voor de wettelijke garanties (artikel 4 WPO, WVO en WEC, de Wet op de expertisecentra) dat de gemeente de vervoerskosten van een onderwijsvrager betaalt als deze kiest voor een school van de gewenste richting die niet binnen redelijke afstand van de woning ligt?
- *Richtingbezwaren*, op grond van artikel 5 Leerplichtwet 1969. Betekent een open richtingbegrip dat ontheffing van de leerplicht ook mogelijk is als de ouder van een leerplichtige jongere overwegende bezwaren heeft tegen de (religieuze, levensbeschouwelijke, pedagogische of andersoortige) richting van alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen?
- *Gelijke behandeling*. In hoeverre kan een niet levensbeschouwelijke of godsdienstige opvatting de grondslag vormen, op basis waarvan een schoolbestuur leerlingen aan de poort van de school mag selecteren (op grond van artikel 7, tweede lid AWGB)? Dezelfde vraag geldt voor de selectie van leerkrachten en de uitzonderingsmogelijkheid op grond van artikel 5, tweede lid, AWGB.
- *Substituut-kerndoelen*. Hoe ver gaat de mogelijkheid om eigen kerndoelen vast te stellen als het bevoegd gezag van een bijzondere school – op grond van de pedagogische grondslag – dringende bedenkingen heeft tegen de bestaande kerndoelen (artikel 9, zevende lid, WPO)?
- *Inspectietoezicht*. Wat wordt bedoeld met de regel van artikel 4, eerste lid, WOT, waarin staat dat de Inspectie het toezicht uitoefent met inachtneming van de vrijheid van onderwijs?
- *Huisvestingsgeschillen*. Deze zijn relevant omdat via de huisvesting een ongelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs zou kunnen optreden. Er moet een nadere afba-

¹¹⁹ Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011, p.51.

kening komen in de taak van de Onderwijsraad tot advisering over de vaststelling van het programma huisvestingsvoorzieningen (artikelen 95, negende lid WPO en 76f, negende lid WVO) of de gemeentelijke huisvestingsverordening (artikelen 102, zesde lid WPO en 76m, zesde lid WVO) "in relatie tot de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting".

- *Laatste school naarrichting.* Hoe om te gaan met de laatste school in een kleine gemeenschap (bijzonder of openbaar) die ondanks een te klein aantal leerlingen open mag blijven omdat het de enige van die denominatie is, of de enige openbare school (artikel 153, vierde lid, WPO)?

Om tot een werkbare oplossing voor deze deelgebieden te komen, onderscheidt de raad vier functies die het begrip richting in de verschillende onderwijswetten heeft.

- Richtingvrijheid als uitzondering op een dwingende wettelijke bepaling. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de ontheffing van de Leerplichtwet. Hierbij is de adressant de ouder. Ook de uitzondering op de wettelijke verplichting van kerndoelen en van het verbod van onderscheid in de AWGB vallen hieronder.
- Richting als element in een aanspraak op bekostiging of subsidie. Dit betreft de rol van richting in de stichtingsprocedure (zie aanbeveling 1), de positie als laatste school van de richting (bestuur is adressant) en het leerlingenvervoer (ouder is adressant).
- Richting als instructienorm voor overheid, wetgever en toezichthouder. Hierbij is te wijzen op de norm in artikel 4 van de WOT, maar ook de leden 5 en 6 van artikel 23 van de Grondwet. Het betreft hier de norm van terughoudende regeling en toezicht ten aanzien van de kern van de vrijheid van onderwijs. Adressant is hier de overheid.
- Richting als toetsingsnorm voor overheids- of adviesorganen. Zie in dit verband de bepalingen voor wat betreft de advisering van de Onderwijsraad en bij de Wet fusietoets onderwijs ingevoerde bepalingen in de WPO en WVO.¹²⁰

De raad adviseert het richtingbegrip per functie een andere grondslag of invulling te geven, afhankelijk van de kern van het betreffende grondrecht en de adressant. In het navolgende werkt de raad dit uit voor de verschillende deelgebieden.

5.2 Het richtingbegrip per deelgebied uitgewerkt

Richtingvrijheid als uitzondering op een dwingende wettelijke bepaling

Leerplicht

De raad geeft in overweging om bij vrijstelling van de leerplicht op basis van de Leerplichtwet de bestaande situatie te handhaven. Dat wil zeggen dat vrijstelling alleen toegestaan is bij bezwaren van de ouder tegen de richting van scholen op grond van godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuiging.

De eventuele doorvoering van een verruiming van het begrip richting tot ook pedagogische opvattingen of andere waardeoriëntaties zou, gezien de systematiek van richtingbezwaren als uitzonderingsgrond in de Leerplichtwet, het thuisonderwijs tot een reguliere mogelijkheid maken. Het is uiteindelijk aan de wetgever hierover een inhoudelijke afweging te maken. Maar zou het thuisonderwijs een reguliere mogelijkheid worden, dan moet de wetgever de onderwijskwaliteit en de toegankelijkheid ervan garanderen. Het internationale recht dwingt de wetgever niet om een keuze voor thuisonderwijs te maken. De beslissing of thuisonderwijs wel of niet wordt toegestaan valt onder de zogenoemde 'margin of appreciation' van de nationale staat.¹²¹

¹²⁰ Staatsblad 2011, 95.

¹²¹ EHRM 11 september 2006, nr. 35504/03 (Konrad t. Duitsland).

Kerdoelen

De raad is van mening dat bij introductie van een open richtingbegrip de bestaande bepaling in de WPO inzake substituu-kerndoelen bij dringende bedenkingen tegen de landelijke kerndoelen, ongewijzigd kan blijven.¹²² Artikel 9 WPO biedt ook dan voldoende waarborgen om voor die doelen af te wijken van de wet. De eigen kerndoelen van een school, óók als die uitgaat van bijvoorbeeld een pedagogisch richting, moeten – zoals ook in de wet staat – uiteraard van hetzelfde niveau zijn als de wettelijke kerndoelen.

Gelijke behandeling

Het grote maatschappelijke en juridische belang van het verbod van discriminatie staat buiten kijf. Uitzonderingen hierop moeten tot het uiterste worden beperkt. In artikel 5, tweede lid, van de AWGB, waarin een uitzondering voor het bijzonder onderwijs is geregeld, wordt niet van vrijheid van richting, godsdienst of levensovertuiging gesproken, maar gaat het om “de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag”. Feitelijk kan de grondslag breder worden opgevat dan alleen godsdienst of levensovertuiging. Uit het advies van de Raad van State over het Wetsvoorstel algemene wet gelijke behandeling blijkt ook, dat er welbewust niet voor gekozen is om grondslag te beperken tot godsdienst of levensbeschouwing. Er waren immers ook bijzondere instellingen op niet-levensbeschouwelijke grondslag.¹²³

De raad is geen voorstander van de mogelijkheid om de selectie van leerlingen op scholen buiten de grond van religieuze en levensbeschouwelijke grondslag toe te staan. Een louter pedagogisch ingevulde grondslag rechtvaardigt geen selectie van leerlingen. Het is naar Europees recht eveneens twijfelachtig of voor de toelating van leerlingen tot onderwijs van een pedagogische richting afwijking van het verbod van discriminatie mogelijk is. Volgens het voorstel van een nieuwe Europese richtlijn voor gelijke behandeling buiten de arbeid is zo'n afwijking alleen voorzien in de verhouding van kerken en andere religieuze organisaties tot de staat, dus op religieuze gronden.¹²⁴

Een pedagogisch ingevulde grondslag rechtvaardigt in de ogen van de raad wel de selectie van personeel. Een school moet de geschiktheid van nieuw personeel in het licht van haar richting – in welke betekenis dan ook – kunnen onderzoeken. Per geval zal moeten worden uitgemaakt of de enkelefeitconstructie en het element van bijkomende omstandigheden bij de selectie van personeel voor een school van een pedagogische richting afwijking van het discriminatieverbod rechtvaardigt. In het licht van de vigerende Europese richtlijnen voor gelijke behandeling is het niet uitgesloten dat de pedagogische richting als grond daartoe kan dienen. Een en ander is echter sterk afhankelijk van hoe de daarin gebezigde term overtuiging moet worden begrepen. Artikel 4, tweede lid van de Kaderrichtlijn staat uitzonderingen toe op het discriminatieverbod in de sfeer van arbeid en beroep als er sprake is van een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon en “indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtui-

122 “Indien een bevoegd gezag van een bijzondere school dringend bedenkingen heeft tegen de krachtens het vijfde lid vastgestelde kerndoelen, kan het bevoegd gezag eigen kerndoelen voor de school vaststellen. Deze kerndoelen zijn van gelijk niveau als de kerndoelen, bedoeld in het vijfde lid. Het bevoegd gezag zendt de vastgestelde kerndoelen aan de inspecteur”. Zie artikel 9, zevende lid, WPO.

123 *Memorie van toelichting bij de Algemene Wet Gelijke Behandeling, 1991.*

124 Voorstel Commissie voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, Brussel 2 juli 2008, COM(2008) 426 definitief, p. 6. Men heeft hier kennelijk mede het oog op het toestaan van selectieve toelating tot bijzondere scholen.

ging een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie".¹²⁵

Richting als element in een aanspraak op bekostiging of subsidie

Als het gaat om bekostigingsaanspraken op grond van richting, adviseert de raad de aanspraken te 'neutraliseren', dat wil zeggen: het begrip richting als bepalende factor te schrappen.

Laatste school

Met een ruimere interpretatie van het begrip richting vervalt het begrip laatste school van de richting. Zoals voor de aanspraak op bekostiging bij stichting niet langer de richting een factor zal zijn (maar enkel het aantal leerlingen), zo zal de richting bij een afnemend aantal leerlingen evenmin een onderscheidend criterium zijn. Alleen het aantal leerlingen en de opheffingsnorm zullen dan relevant zijn voor de vraag of de school recht kan doen blijven gelden op bekostiging en voor opheffing bewaard zal blijven. De bestaande laatste scholen van de richting kunnen onder een overgangsregime worden gebracht om hun rechtszekerheid te garanderen.

Leerlingenvervoer

Ook ten aanzien van het leerlingenvervoer zou alleen gewerkt moeten worden met 'neutrale' criteria zoals afstand en inkomen van de ouders. Als ouders een verder weg gelegen school voor hun kind kiezen, dient de overheid die keuze alleen actief te ondersteunen als voor het vervoer naar die school kosten moeten worden gemaakt, die redelijkerwijs niet volledig ten laste van het individu kunnen worden gebracht, en het inkomen van de ouders het niet toelaat die kosten zelf te dragen. Het leerlingenvervoer kan dezelfde vorm krijgen als de bestaande regelingen voor de bijstand, huur-, kinder- of zorgtoeslag, en tegemoetkoming in de opvangkosten voor kinderopvang. Voor zover invoering van zo'n nieuwe regeling consequenties heeft voor bestaande aanspraken, dient hiervoor een overgangsregeling te worden getroffen.

De regeling voor de vergoeding van de vervoerskosten zou, zoals de raad al stelde in zijn advies *Richtingvrij en richtingbepalend* uit 1996, de volgende kenmerken kunnen hebben:

- een minimale kilometergrens;
- een eigen bijdrage als bodem;
- een inkomensafhankelijke tegemoetkoming; en
- geen toets van de wens van ouders om een bepaalde school te bezoeken.

Dit betekent niet dat de aanspraken van ouders zoals die tot nu toe op enkel godsdienstige of levensovertuiging zijn gegrond, aan kracht inboeten. Integendeel, een neutraal criterium breidt de kring uit van waaruit een aanspraak kan worden gedaan: er vindt immers niet langer een toets van de wens van de ouders plaats. Enkel de eerste drie kenmerken zullen als criterium een rol spelen om na te gaan of men in aanmerking komt voor een vergoeding.

Wat het speciaal onderwijs betreft moet worden nagegaan in hoeverre het mogelijk is daarvoor dezelfde criteria op te leggen. Daarbij moet worden meegewogen dat de aanmelding van een kind op een school voor speciaal onderwijs niet vrijwillig is, en dat de afstand tot een voorziening voor speciaal onderwijs in de meeste gevallen aanmerkelijk groter is dan tot een voorziening voor het reguliere basisonderwijs.

¹²⁵ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb 2 december 2000, L 303/16.

Richting als instructienorm bij het onderwijstoezicht

In de WOT staat dat de Inspectie het toezicht uitoefent met inachtneming van de vrijheid van onderwijs (artikel 4, eerste lid). Deze bepaling hoeft geen verandering te ondergaan. Het wetsartikel dekt ook de pedagogische en opvoedkundige richting van de school. Zie de memorie van toelichting bij de wet: "De Grondwet stelt de vrijheid van onderwijs voorop en daarmee de eigen verantwoordelijkheid van de instellingen voor het onderwijs. De inspectie zal bij de uitoefening van het toezicht rekening dienen te houden met de eigen ruimte van de instellingen en de keuzen die zij daarbinnen hebben gemaakt."¹²⁶ En: "Bij het aan de onderwijsinstelling voorhouden van de spiegel met de onafhankelijke beoordeling neemt de inspectie de vrijheid van onderwijs in acht (artikel 4, eerste lid). Dit betekent dat zij door de instelling gemaakte keuzen die voortvloeien uit de identiteit, respecteert en daarover dus geen op zichzelf staand oordeel geeft".¹²⁷

De regering zag in de vrijheid van onderwijs ook een plicht tot proportionaliteit van het toezicht. Het toezicht mag de vrijheid van onderwijs niet verder inperken dan voor het doel van dat toezicht noodzakelijk is (tweede lid van artikel 23 van de Grondwet).

Richting als toetsingsnorm voor overheids- of adviesorganen

Huisvestingsgeschillen

De Onderwijsraad adviseert op verzoek van de betrokken partijen over geschillen bij de huisvesting van scholen. Het gaat om precies te zijn om de vaststelling van het programma van huisvestingsvoorzieningen (artikelen 95, negende lid WPO en 76f, negende lid WVO) of de gemeentelijke huisvestingsverordening (artikelen 102, zesde lid WPO en 76m, zesde lid WVO) "in relatie tot de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting". De raad beoordeelt in feite of er via de huisvesting geen sprake is van ongelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs.¹²⁸

In de praktijk blijkt dat de Onderwijsraad hier een pacificerende rol vervult en dat het met name gaat om de gelijke behandeling tussen scholen in gemeenten. De raad adviseert de betreffende bepaling opnieuw te formuleren in termen van ongelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs.

Fusietoets

In artikel 64c, eerste lid WPO staat sinds 2011 het volgende: "Onze minister kan goedkeuring onthouden [aan een fusie tussen onderwijsinstellingen] indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, zowel in het opzicht van richting en pedagogisch-didactische aanpak binnen het voedingsgebied van de te fuseren scholen of rechtspersonen, op significante wijze wordt belemmerd."¹²⁹

In de Regeling en beleidsregels fusietoets is deze bepaling als volgt uitgewerkt in artikel 11: "In het basisonderwijs is in ieder geval sprake van een significante belemmering van de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, bedoeld in artikel 64c, eerste lid, van de WPO, indien er als gevolg van de institutionele fusie minder dan twee scholen overblijven zowel in

¹²⁶ Memorie van toelichting bij Wet op het onderwijstoezicht, 2001.

¹²⁷ Wet op het onderwijstoezicht; nota n.a.v. het verslag, 2001, p.4.

¹²⁸ Memorie van toelichting bij Wet op de Onderwijsraad, 1996, p.3-4. Dit is van regeringszijde ook tot uitdrukking gebracht in de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel decentralisatie huisvestingsvoorzieningen in het primair en voortgezet onderwijs in de Eerste Kamer, Handelingen I, 25 juni 1996, p.36-1819.

¹²⁹ Zie ook artikel 53g, eerste lid, WVO.

het opzicht van richting als pedagogisch-didactische aanpak, in een straal van 10 kilometer gerekend vanaf het vestigingsadres van de hoofdvestiging van de school, zonder dat daarvoor een aannemelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig is.¹³⁰ Om vast te stellen of het aanbod van richting of pedagogisch-didactische aanpak minder gevarieerd is, zal er – hoe marginaal men ook beoogt te toetsen – uitgegaan moeten worden van een normatief begrip van wat een richting of pedagogisch-didactische aanpak is.

De raad meent dat de wettelijke bepaling om twee redenen wijziging verdient. In de eerste plaats dient er geen verschil meer te worden gemaakt tussen richting en pedagogisch-didactische aanpak. Verder kan de overheid niet bepalen hoe de ene pedagogisch-didactische aanpak van de andere moet worden onderscheiden. “De overheid bezit daarvoor eigenlijk niet de geschikte instrumenten, zij zal moeten afgaan op adviezen van deskundigen, binnen welke groep niet vanzelfsprekend consensus bestaat over de aard of waarde van bepaalde pedagogische opvattingen. Het hoeft daarnaast nauwelijks betoog dat de overheid hiermee ingrijpt in de pedagogische autonomie van (nieuwe en bestaande) scholen en zich daarmee een rol aanmeet op een terrein waarvoor vanouds de algemene opvatting geldt dat zij het niet dan met uiterste terughoudendheid doet.”¹³¹

De raad adviseert de wettelijke bevoegdheid van de minister om de variëteit aan richting en pedagogisch-didactische aanpak in een bepaalde regio te toetsen, geen deel meer te laten uitmaken van de fusietoets. Behouden blijven dan de bepalingen dat onderwijsinstellingen die willen fuseren moeten laten zien dat dit echt nodig is, en dat leraren, ouders en leerlingen/studenten het eens moeten zijn met de fusie.

Overige bepalingen leveren geen problemen op voor een open richtingbegrip

Voor de overgebleven artikelen waar het begrip richting wordt gehanteerd (zoals artikel 17 WPO en 22 WVO) is een ruimere interpretatie evenmin een probleem. Artikel 17 WPO en zijn equivalent in de WVO stellen dat het statutaire doel van een samenwerkingsbestuur in elk geval is: het geven van openbaar onderwijs en onderwijs van een of meer richtingen in afzonderlijke scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs. Artikel 22 WVO verplicht het bevoegd gezag in het maatschappelijk verkeer ondubbelzinnig tot uitdrukking te brengen wat de richting van de school is. Dit kan dus ook de pedagogische richting van een school betreffen.

5.3 Periodieke toets op bestaande richting

Een open richtingbegrip kan binnen het bestaande aanbod op scholen tot meer discussie leiden over invulling en ontwikkeling van de gekozen richting. Denkbaar is dat zowel interne als externe ontwikkelingen aanleiding kunnen geven de bestaande, gekozen richting te wijzigen. Dat kan door nieuwe maatschappelijke en/of onderwijskundige inzichten, bijvoorbeeld ingebracht vanuit de professionaliteit van de leraar. Het kan ook in reactie op specifieke wensen van ouders of naar aanleiding van een peiling onder ouders en het netwerk in de lokale omgeving.

De raad vindt dat de overheid geen taak heeft ten aanzien van de (ontwikkeling van de) bestaande richting. Een open richtingbegrip brengt op dit punt geen principiële wijziging met

¹³⁰ Regeling van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 6 juli 2011, nr. WJZ/221491 (2752). Zie ook artikel 15 van de Regeling met betrekking tot het voortgezet onderwijs.

¹³¹ Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011, p.39.

zich mee ten opzichte van de huidige situatie. De gewenste neutrale opstelling van de overheid vraagt hier terughoudendheid.

De raad ziet voldoende aanleiding voor een periodieke toetsing op schoolniveau: een toets (bijvoorbeeld één keer in de vier jaar) waarbij het bevoegd gezag nagaat of het aanbod van de scholen voldoet aan de duurzame wens van ouders in een bepaald gebied (wens in brede zin: identiteit, onderwijskundige inrichting, profiel). Een dergelijke toetsing komt principieel tegemoet aan de waarde van artikel 23 om ontwikkelingen in levensovertuigingen en –visies van mensen te accommoderen. De uitkomst van de periodieke toetsing zou ertoe kunnen leiden de richting van de school opnieuw te ijkten of te herzien, of over te gaan tot vormen van interne of externe verzelfstandiging.¹³²

Verandering van richting

De raad heeft eerder uitgebreid aandacht besteed aan de mogelijke situatie dat ouders en/of onderwijspersoneel enerzijds en het bevoegd gezag anderzijds fundamenteel van mening verschillen over de koers van de school.¹³³ De raad heeft daarbij weliswaar vastgesteld dat het bevoegd gezag de drager is van de richting van de school, maar niet buiten de medezeggenschapsraad om kan, nu die in zekere zin als mede-eigenaar ten aanzien van de richting geldt. Immers, het bevoegd gezag behoeft de instemming van de oudergeleding van de medezeggenschapsraad voor het wijzigen van de grondslag van de school (artikel 13g WMS). Het bevoegd gezag dient daarom een eventueel verzoek van de oudergeleding van de medezeggenschapsraad tot uitbreiding of aanpassing van de richting serieus te nemen en een eventuele uitspraak van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS ter zake ter harte te nemen.

¹³² Onderwijsraad, 2010.

¹³³ Onderwijsraad, 2010.

Deugdelijkheidseisen kunnen ook daadwerkelijke kwaliteit omvatten. De raad vindt dat daarbij gestreefd moet worden naar objectieve normen. Waar dat niet kan, zijn procedurele maatregelen nodig ter bescherming van de rechtszekerheid van scholen.

6

Aanbeveling 3: laat deugdelijkheidseisen daadwerkelijke kwaliteit omvatten

Het overheidsbeleid richtte zich in de afgelopen periode in toenemende mate op de realisering van daadwerkelijke kwaliteit in het onderwijs. De regering zei het in 2000 (bij de indiening van het voorstel van de WOT) zo: "Het toezicht staat niet langer alleen ten dienste van de overheid, maar is tevens gericht op de belangen van de direct betrokkenen bij de onder toezicht staande instellingen. (...) Het voorstel van wet onderkent de terechte aandacht voor de concrete situatie op scholen en voorziet in een versterking van de publieke verantwoording over de kwaliteit van het onderwijs."¹³⁴ Ook de raad onderstreept het belang van goed onderwijs voor de kansen en ontwikkeling van individuen in onze complexe samenleving.

Bij het overheidsstreven naar daadwerkelijke kwaliteit rijst evenwel een aantal vragen. Artikel 23 van de Grondwet schrijft voor dat eisen van deugdelijkheid alleen bij wet kunnen worden gesteld, en dus niet behoren tot de bevoegdheid van de minister of de Inspectie. Tegelijk is het echter duidelijk dat enkel wettelijke vastlegging van deugdelijkheidseisen geen effectieve realisering van kwaliteit garandeert. Buiten de wet zijn instanties nodig, zoals naast de scholen een onderwijsinspectie, die deze wettelijke normen in praktijk brengen. Daarbij heeft zo'n instantie ook enige vrijheid nodig om die wettelijke normen uit te werken en in de praktijk toe te passen.

6.1 Vloeiende overgang van deugdelijkheid in kwaliteit is aanvaardbaar

Bij de totstandkoming van de bepaling in 1917 werd een onderscheid gemaakt tussen deugdelijkheid en kwaliteit, en werd de realisering van kwaliteit vooral tot de autonome sfeer van de scholen gerekend.¹³⁵ De overheid kon alleen controleren of scholen voldeden aan deugdelijkheidseisen. Het gaat hier om eisen ten aanzien van de deugdelijkheid van het onderwijs. Zij omvatten in beginsel het gehele gebied van de inrichting van het schoolonderwijs. Zij hebben een kwaliteitsnormerende functie, maar kunnen ook een stelselbeschermende of pacificerende functie hebben.¹³⁶ Voorbeelden van het eerste zijn de bepalingen omtrent het schoolplan, de schoolgids en de kerndoelen en van het tweede de gelijke salariering van personeel

¹³⁴ *Advies Raad van Staten en nader rapport 2001.*

¹³⁵ Onderwijsraad, 2002, p.24.

¹³⁶ Onderwijsraad, 2002, p. 23-24.

aan bijzondere en openbare scholen. Scholen die niet aan de deugdelijkheidseisen voldoen, verliezen hun bekostiging.

De raad vindt dat nu een zekere mate van versmelting van de begrippen deugdelijkheid en kwaliteit in het overheidsbeleid aanvaardbaar en verdedigbaar is.¹³⁷ Niet enkel de autonomie van de school, maar ook het belang van de onderwijsvrager dient mee te wegen bij de reikwijdte van het begrip deugdelijkheidseis. Dit betekent niet dat de wetgever op grond van het belang van goed onderwijs naar believen deugdelijkheidseisen kan stellen, die vanuit de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever tot het domein van de school behoren. De oorspronkelijk bedoelde terughoudendheid van de wetgever moet het uitgangspunt blijven. De wetgever is in zijn afwegingen onverminderd gebonden aan het principe dat het stellen van deugdelijkheidseisen alleen aan de orde is, als is gebleken dat zich daarvoor een evidente noodzaak aandient. Verder is de wetgever gebonden aan de grenzen die de vrijheid van richting en inrichting stellen. Wetgeving, of die nu meer of minder ingrijpt, is grondwettelijk immers een inbreuk op een klassiek grondrecht voor het bijzonder onderwijs.

De Grondwet bevat geen belemmering voor een veranderde kijk op het begrip deugdelijkheid.¹³⁸ In de tekst is een open norm opgenomen. Naar internationaal recht heeft de overheid de verplichting om minimumregels te stellen met betrekking tot de inhoud, de relevantie en de kwaliteit van het onderwijs.¹³⁹ De enige grenzen vanuit het internationaal recht betreffen de eisen waaraan het door de overheid geregelde curriculum mag worden getoetst. Daarbij gaat het erom dat het curriculum op een objectieve, kritische en pluralistische manier moet zijn geregeld en worden uitgevoerd. Ook het internationale recht bevat dus geen belemmering om minimumnormen voor effectieve kwaliteit te stellen. Tegelijk is het recht op onderwijs van elk individu optimaal gediend met een overheidswaarborg tot het beschikbaar stellen van inhoudelijk relevant en hoogwaardig onderwijs. Met andere woorden: aan het sociale grondrecht op onderwijs moet een groot belang worden toegedicht. En zoals de raad al eerder aangaf: ouders en leerlingen hebben op grond van de leerplicht ook een zeker leerrecht. Dit houdt in dat de overheid aan een ieder een minimale garantie geeft inzake de basiskwaliteit van het onderwijs.¹⁴⁰

6.2 Stel vast wat deugdelijkheidseisen zijn en compenseer zo nodig via procedurele bescherming

Democratische legitimatie en vereisten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn leidend bij het grondwettelijke voorschrift dat deugdelijkheidseisen bij wet worden gesteld.¹⁴¹ De vraag is vervolgens tot hoever de normerende werking van de wettelijke deugdelijkheidseisen strekt, en waar de beoordelings- en beleidsvrijheid van instanties die deze normen toepassen, begint en eindigt.

¹³⁷ In 2002 vond de raad dat er geen grondwettelijke basis was voor een interpretatie die ertoe leidde dat het grondwettelijk bedoelde onderscheid tussen de begrippen deugdelijkheid en kwaliteit vervaagde en hen maakte tot "bestanddelen van een nieuw begrip 'basiskwaliteit'". Nu, tien jaar later, in het licht van het zwaarwegende maatschappelijke belang dat vandaag de dag aan de kwaliteit van het onderwijs voor ieder kind moet worden gehecht, nuanceert de raad deze zienswijze.

¹³⁸ Vgl. ook Mentink, 2012, paragraaf 6.3.3.

¹³⁹ EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).

¹⁴⁰ Onderwijsraad, 2010, p.7.

¹⁴¹ Vgl. Mentink, 2012.

“We werken met periodeonderwijs, dat wil zeggen dat een klas gedurende een periode van drie of vier weken aan één onderwerp werkt, bijvoorbeeld rekenen of geschiedenis. Leerkrachten bereiden eerst de lessen deels in hun hoofd voor. Elke dag reflecteerden ze op wat de kinderen hadden gedaan en beslisten ze welke onderdelen extra aandacht nodig hadden. Dat kan niet meer. De inspectie verlangt dat we heel precies verantwoorden wat we doen. We moeten de lessen op papier voorbereiden en aangeven wat de tussen- en einddoelen zijn. Er wordt ook een logboek bijgehouden. Toetsen analyseren we nauwkeurig. Voor zorgkinderen zijn de eisen nog strenger. En ouders vragen ook steeds vaker om waarborgen van kwaliteit. En terecht. We trekken als vrije scholen wel duidelijke grenzen. De kleutertoets doen we niet. Die past niet in onze visie op het jonge kind.”

Ceciel Wolfkamp, directeur van twee vrije (basis)scholen in Zutphen

Aspecten van kwaliteit in het toezichtkader van de Inspectie zijn niet zonder meer deugdelijkheidseisen

De raad heeft zich in 2002 ook over de zojuist geformuleerde vraag gebogen, specifiek in verband met het probleem van de overdracht van bevoegdheden op het terrein van het onderwijs naar decentrale overheden. Volgens de raad is decentraal onderwijsbeleid op gemeentelijk niveau slechts toelaatbaar als de formele wetgever op genoegzame wijze de inhoudelijke normen voor het onderwerp dat beoogd wordt, heeft vastgesteld.¹⁴² Een gelijkkluidend standpunt ligt in de rede bij de afgrenzing van de rol van de wetgever enerzijds en van de minister of de onderwijsinspectie anderzijds. Ook de Raad van State vindt dat “ten minste de hoofdlijnen van deugdelijkheidseisen”, bij wet moeten worden gesteld; ze dienen “zodanig helder te zijn geformuleerd dat de vrijheid van richting en inrichting gewaarborgd blijven”.¹⁴³

Deze opvatting kent twee elementen:

- er moet een wettelijke grondslag op hoofdlijnen (formeel) zijn voor de deugdelijkheidseisen; en
- er moet een zodanig duidelijke formulering in de wet staan dat inzicht wordt geboden in de consequenties voor de vrijheid van richting en inrichting (materieel).

Dit brengt met zich mee dat de aspecten van kwaliteit (artikel 11 WOT) niet zonder meer deugdelijkheidseisen zijn. Het zijn pas deugdelijkheidseisen als de desbetreffende kwaliteitsaspecten materieel zijn omlijnd en als zodanig zijn vastgelegd in de sectorwetgeving (WPO en WVO). Dit is alleen het geval bij het kwaliteitsaspect opbrengsten. In de artikelen 10a WPO en 23a1 WVO is vastgelegd welke minimumleerresultaten (eindopbrengsten) van scholen worden verwacht. Voor de overige aspecten van kwaliteit in het toezichtkader van de Inspectie geldt dit niet. De aspecten van kwaliteit in de WOT zijn nauwelijks omlijnd, in de zin dat scholen weten waaraan ze zich te houden hebben in de praktijk. Niet de wet, maar pas de uitwerking van de kwaliteitsaspecten in het toezichtkader van de Inspectie en de toepassing ervan in het concrete geval geven die duidelijkheid. Hier bepaalt de Inspectie dus in overwegende mate wat de effecten van de kwaliteitsaspecten in het concrete geval zijn. Het gevolg is dat de Inspectie wel aan de hand van deze aspecten het onderwijs aan basisscholen en scholen in het voortgezet onderwijs kan beoordelen, maar onderwijsinstellingen niet op overtredingen kan aanspreken. De scholen kunnen geen bekostigingssanctie krijgen van de minister wegens het niet voldoen

¹⁴² Onderwijsraad, 2002, p.22. Vgl. ook in algemene zin Mentink, 2012.

¹⁴³ *Advies Raad van State en nader rapport*, 2009, p.6.

aan de aspecten van kwaliteit.¹⁴⁴ Dit laat onverlet dat de raad het toezicht van de Inspectie van belang vindt voor het versterken van de onderwijskwaliteit op scholen.

Wettelijke deugdelijkheidseisen dienen heldere en objectieve normen te bevatten

Hoe moeten de nieuwe deugdelijkheidseisen dan worden vastgesteld? In artikel 10a WPO en 23a1 WVO is de eis geïntroduceerd dat scholen kunnen worden beoordeeld op de gerealiseerde leerresultaten. Deze moeten voldoende zijn. Wat (on)voldoende is, wordt bepaald aan de hand van een vergelijking met gemiddelde leerresultaten over diezelfde schooljaren van scholen met een vergelijkbaar leerlingenbestand.¹⁴⁵

De Raad van State oordeelde in zijn advies over het wetsvoorstel dat de beoogde norm van voldoende leerresultaten niet de eigenschap heeft van een "objectieve norm die de toegevoegde waarde van het onderwijs op alle scholen meet. (...) Het hanteren van een gemiddelde impliceert per definitie dat sprake is van een groep die onder en een groep die boven het gemiddelde valt. Hantering van deze norm leidt er dan ook toe dat een groot aantal scholen de norm niet zal halen, terwijl dit niet noodzakelijkerwijs te wijten is aan de prestatie of kwaliteit van de school."¹⁴⁶

De Onderwijsraad onderschrijft de opvatting van de Raad van State dat de wettelijke deugdelijkheidseisen zo veel mogelijk de eigenschap moeten hebben van objectieve normen. Daarmee wordt bedoeld dat de wet rechtstreeks, dat wil zeggen zonder tussenkomst van enige handeling op uitvoerend niveau, uitsluitel moet geven aan scholen over wat van hen wordt verwacht. Objectieve normen bevatten bijvoorbeeld de bepalingen in de WPO en WVO over schoolplan en schoolgids of – heel iets anders – over het karakter van het openbaar onderwijs.¹⁴⁷ Met het vereiste van objectiviteit is de constitutioneel verankerde voorspelbaarheid van het overheidshandelen en de rechtszekerheid en gelijkheid van scholen gediend.¹⁴⁸

De raad vindt evenwel dat onder bijzondere omstandigheden van de strikte eis van objectiviteit moet kunnen worden afgeweken. Dat moet mogelijk zijn als over de noodzaak en wenselijkheid van de nieuwe wettelijke regeling ruime consensus bestaat en het 'gebrek' in de regeling naar redelijke verwachting tijdelijk zal zijn. In zijn algemeenheid beoordeelde de raad daarom in 2009 – in zijn reactie op het Wetsvoorstel goed onderwijs, goed bestuur – de in te voeren deugdelijkheidseisen via het nieuwe artikel 10a WPO als nuttig, proportioneel en noodzakelijk.¹⁴⁹ Het gaat hier om maatschappelijk wenselijke en noodzakelijke wettelijke normen voor het reken- en taalonderwijs, die op brede steun kunnen rekenen van het onderwijsveld en de samenleving. De raad merkte in zijn advies uit 2009 verder op: "Daarbij zullen relatieve normeringen ook nodig blijven; er is een ontwikkelpad nodig naar de juiste combinatie van absolute en relatieve normen. Daarbij is ook van belang wie de norm stelt. Bij de huidige relatieve normen heeft de inspectie het voortouw. De raad acht het gewenst aan de onderhavige regeling van minimum leerresultaten een horizonbepaling toe te voegen en een tijdpad uit te

¹⁴⁴ Uiteraard kan de minister de scholen op grond hiervan wel op een andere manier tegemoet treden, zoals het bieden van extra ondersteuning om te bereiken dat de scholen alsnog aan aspecten van kwaliteit voldoen. *Memorie van toelichting bij Wet op het onderwijs-toezicht*, 2001.

¹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld het nieuwe artikel 10a WPO.

¹⁴⁶ *Advies Raad van State en nader rapport*, 2009, p.5.

¹⁴⁷ Zie resp. artikelen 12 en 13 WPO en 24 en 24a WVO (schoolplan en schoolgids) en 46 WPO en 42 WVO (karakter openbaar onderwijs).

¹⁴⁸ Zie uitgebreid Mentink, 1989.

¹⁴⁹ En zijn equivalent voor het voortgezet onderwijs: artikel 23a1 WVO.

zetten voor het streven naar een wettelijke regeling van objectieve, absolute minimumstandaarden op enkele kernonderdelen van de leergebieden rekenen en taal.¹⁵⁰

Compenseer via procedurele maatstaven

Er is in het algemeen een spanning zichtbaar bij de toenemende sturing op de kwaliteit van het onderwijs. Eisen worden alleen op hoofdlijnen vastgelegd, het zijn streefniveaus of kwantitatieve eisen. Het impliciete uitgangspunt van de Grondwet dat de eisen zo helder zijn voor scholen dat zij hun gedrag erop kunnen afstemmen, komt daarmee onder druk te staan. Dit is al zichtbaar bij 'nieuwe' eisen als de kerndoelen, maar ook bij die waarvan men zegt dat ze een beleidsvrijheid van de scholen impliceren. Een voorbeeld van dit laatste is de burgerschapsbepaling van artikel 9 WPO.

Deugdelijkheidseisen van deze soort zijn aanvaardbaar, mits zij noodzakelijk zijn, het om minimumnormen gaat en zij worden gecompenseerd door procedurele maatstaven. De procedurele maatstaven moeten scholen zo veel mogelijk rechtszekerheid bieden en zorgen voor een gelijke behandeling van onderwijsinstellingen. De kerndoelen bijvoorbeeld worden via procedurele maatregelen vastgesteld, namelijk bij een besluit dat ten opzichte van de wet als een uitvoeringshandeling moet worden beschouwd en dus ook van lagere rang is, een AMvB (Algemene Maatregel van Bestuur). Deze AMvB wordt, alvorens in werking te treden, in beide Kamers 'voorgehangen'. De Kamers kunnen er dus nog naar kijken. De maatregel geldt bovendien telkens voor een bepaalde tijd, zodat periodieke heroverweging en eventuele bijstelling mogelijk zijn. Tot slot biedt de bestuursrechter rechtsbescherming aan scholen als de overheid maatregelen jegens hen wil nemen omdat zij zich niet aan de kerndoelen zouden houden.

6.3 Hanteer het wat en hoe minder streng bij verantwoordelijkheidsverdeling

Deugdelijkheidseisen zijn minimumnormen in de rechtsverhouding tussen overheid en schoolbestuur, waarvan wettelijke vastlegging alleen aan de orde is als dat noodzakelijk is.¹⁵¹ Maar hoe ver mogen ze gaan? Wat is aan de wetgever, wat aan de school? De vrijheid van onderwijs moet zo veel mogelijk gerespecteerd worden.

De commissie-Dijsselbloem bepleitte in 2008 in haar rapport *Tijd voor Onderwijs* een meer terughoudende opstelling van de wetgever. Met de verschillende onderwijsvernieuwingen, zoals de basisvorming, het studiehuis en de schaalvergroting, was de overheid te veel in het onderwijsinhoudelijke domein van de school getreden. Om voor de toekomst richting te geven aan het wetgevingsbeleid beveelt de commissie onder meer aan een duidelijker onderscheid te maken tussen het 'wat' en het 'hoe': "De overheid moet haar verantwoordelijkheid voor het in heldere kaders vaststellen van het 'wat' hernemen. Wat verwachten we nu dat leerlingen op enig moment in hun schoolloopbaan kennen en kunnen? De wijze waarop deze kennis en vaardigheden worden aangebracht is primair aan de scholen (...). De overheid dient zich, anders dan in het verleden het geval was, (...) te beperken tot een faciliterende rol."¹⁵²

De raad vindt dat deze scheiding van verantwoordelijkheden relativering verdient. Volgens hem is het onderscheid tussen wat (eindproduct) en hoe (proces) niet zo scherp, juist als het gaat om regelgeving en overheidsbemoedening. Er is namelijk een beperkte tussencategorie,

¹⁵⁰ Onderwijsraad, 2009, p.17.

¹⁵¹ Onderwijsraad, 2002, p.24; Mentink, 2012.

¹⁵² Commissie Parlementair Onderzoek Onderwijsvernieuwingen, 2008, p.142-143.

waarbij de overheid wel dirigerend kan optreden. Zo kan worden gesteld dat de schoolcarrière te lang duurt om alleen te koersen op de twee ijkmomenten waarin het wat wordt getoetst (de afsluitende toets in het basisonderwijs en het eindexamen in het vervolgonderwijs). Verder zijn sommige proceskenmerken essentieel voor de onderwijsopbrengsten vanwege hun hoge voorspellende waarde voor het eindresultaat. Denk daarbij aan de kwaliteit van leraren of het toetsen van de voortgang van leerlingen. Daarom mag de overheid op deze terreinen voorschrijvend zijn.

Dit betekent dat de vraag wat de overheid mag ten opzichte van de instellingen, zich dus niet eenduidig laat beantwoorden. Bovendien gaan in de visie van de raad zowel de overheid als de scholen over het wat en het hoe. Het onderscheid levert geen heldere, harde normen op voor een goede afbakening van taken tussen overheid en scholen of voor het voorschrijven van kwaliteit enerzijds en ruimte geven aan variëteit anderzijds. Die harde normen kunnen waarschijnlijk ook niet elders gevonden worden.

De raad acht hier wel enkele algemene uitgangspunten van belang voor het nader bepalen van de verhouding tussen overheid en scholen. Zo is een louter procedurele of op processen gerichte normstelling (bijvoorbeeld het hebben van een kwaliteitszorgsysteem) onvoldoende waarborg voor goed onderwijs. De overheid zal ook inhoudelijke, op resultaten gerichte normen moeten stellen. De raad gaf dit al aan in zijn advies *Doortastend toezicht* uit 2006. Het gaat uiteindelijk voor de onderwijsontvangers steeds om de volgende stap: basiskennis voor het voortgezet onderwijs, een diploma voor een studie of toegang tot de arbeidsmarkt. Er moet een getoetste en niet-onderhandelbare basisnorm zijn voor iedereen die onderwijs volgt binnen de leerplicht. De raad vindt dat de overheid vanuit haar stelselverantwoordelijkheid op drie gebieden centrale normen moet stellen om de kwaliteit te garanderen: (1) vakinhouden en prestaties, (2) examinering en (3) bevoegdheidseisen aan leerkrachten (zie het recent verschenen raadsadvies *Geregelde ruimte*).

Tegelijkertijd acht de raad ook meer vrijheid voor scholen wenselijk. Regels van de overheid moeten scholen niet belemmeren om het onderwijsproces op een door hen gekozen manier in te richten. Daarom moet er slechts op een beperkt aantal cruciale gebieden, zoals hierboven aangegeven, sprake zijn van strikte normstelling. Wanneer duidelijk is waar elke school zich aan dient te houden, is ook duidelijk waar vervolgens de ruimte ligt voor eigen invulling.

6.4 Wees terughoudend bij het nemen van maatregelen met uniformerende werking

Ruimte voor eigen invulling betekent ook dat de overheid terughoudendheid betracht bij *uniformerende* maatregelen. Die maatregelen zijn soms nodig, zoals hierboven is betoogd. Maar in het licht van artikel 23 moet de overheid er voorzichtig mee omgaan.

Zo is de raad voorstander van een verplichte jaarlijkse eindtoets in het basisonderwijs voor de doorstroomrelevante vakken rekenen en taal. Het gaat hier om een maatregel die maatschappelijk gewenst is met het oog op het versterken van de kwaliteit van het onderwijs, en die op brede steun kan rekenen in het onderwijsveld en de samenleving. Maar een *uniforme* eindtoets (bijvoorbeeld Cito-toets) wijst de raad af (zie het advies *Toetsing in het primair onderwijs*, 2011). Het is naar zijn oordeel voldoende om voor te schrijven dat de eindtoets geijkt moet zijn op de referentieniveaus voor de doorstroomrelevante vakken. Scholen moeten de vrijheid houden

zelf een keuze te maken welke eindtoets (mits geijkt op de referentieniveaus) zij gebruiken als onderdeel van hun kwaliteitszorgsysteem.

De raad heeft verder benadrukt dat de gegevens uit de eindtoets primair ten dienste moeten staan van de schoolloopbaan van de leerlingen: de toets is een instrument voor een onafhankelijk advies aan het voortgezet onderwijs. De school kan zelf de resultaten gebruiken voor kwaliteitsverbetering. De gegevens kunnen ook een wetenschappelijk en beleidsmatig belang dienen. Om een landelijk beeld te verkrijgen van het algemene beheersingsniveau van basisschoolleerlingen voor de betrokken vakken is een landelijke peiling wel nodig. Het is voldoende als elke school eens in de vijf jaar daaraan meedoet.¹⁵³

Behalve tegen het voorstel voor een uniforme centrale eindtoets keert de raad zich (in hetzelfde advies) tegen andere onderdelen van het conceptwetsvoorstel die een uniformerende werking kunnen hebben. Tussentoetsen zijn daarvan een voorbeeld. "In de visie van de raad heeft de overheid een taak in het laten ontwikkelen van (tussen)toetsen, waar scholen desgewenst gebruik van kunnen maken ten behoeve van het monitoren van de leervorderingen van leerlingen op de doorstroomrelevante vakken. Het verdient daarom ook volgens de raad aanbeveling de toetsen te ijken op de referentieniveaus en deze door een daarvoor in te stellen onafhankelijke commissie op inhoudelijke en methodologische kwaliteit te laten beoordelen. De raad zet echter vraagtekens bij een vergaande intrede van de overheid in de professionele verantwoordelijkheid van scholen waar het gaat over wettelijke voorschriften ten aanzien van afnamecondities voor alle toetsen die deel uitmaken van een leerlingvolgsysteem."¹⁵⁴ De vrijheid van onderwijs vraagt om een terughoudende rol van de overheid.

¹⁵³ Onderwijsraad, 2011, p.20.

¹⁵⁴ Onderwijsraad, 2011, p.21.

Epiloog

Aan het begin van de vorige eeuw, zo'n honderd jaar geleden, was de Nederlandse samenleving divers. Bevolkingsgroepen met verschillende levensbeschouwelijke opvattingen leefden naast en mét elkaar. Hun politieke vertegenwoordigers zochten naar manieren om recht te doen aan de verschillen in levensvisies. Artikel 23 van de Grondwet, tot stand gekomen in 1917, is een prachtig en historisch voorbeeld van de vereniging van een gemeenschappelijk belang (een deugdelijk onderwijsstelsel) met verschillende deelbelangen (de wens van ouders om kinderen te onderwijzen vanuit hun eigen levensvisie).

Nu, bijna een eeuw later, kunnen we constateren dat de ontwerpers van het grondwetsartikel hun werk goed hebben gedaan. Artikel 23 is tegemoetgekomen aan zijn oorspronkelijke doelstellingen en heeft bovendien maatschappelijke veranderingen doorstaan. Aanvankelijk liet het grondwetsartikel veel ruimte voor religieuze, levensbeschouwelijke én opvoedkundige opvattingen. In de loop van de vorige eeuw, met de groei van de typisch Nederlandse zuilenstructuur, is het steeds smaller geïnterpreteerd. Uitsluitend religieuze en levensbeschouwelijke oriëntaties konden nog ten grondslag liggen aan bijzondere scholen – niet opvoedkundige. Nu de samenleving de laatste decennia weer diverser is geworden en de verschillende levensvisies niet meer overeenkomen met de vroegere zuilen, is er behoefte aan een ruimere interpretatie van artikel 23. De grote kracht van het grondwetsartikel is dat dit mogelijk is. De opstellers hebben de formele wetgever (regering en Eerste en Tweede Kamer) de ruimte gegeven voor een in de tijd passende interpretatie.

De raad is van oordeel dat die ruimte moet worden benut. Artikel 23 is een uitstekend instrument om nu én in de toekomst ouders te laten kiezen voor onderwijs dicht bij hun eigen opvattingen, waardenpatroon en/of levensbeschouwing. "Het is niet *one size fits all*," zegt historicus James Kennedy in het *Jaarboekje 2011*, dat de raad uitgeeft tegelijk met dit advies (en dat ook in het teken staat van onderwijsvrijheid). Kennedy noemt de variëteit in het aanbod een grote verworvenheid, die juist in deze moderne tijd belangrijk is: "Burgers zijn steeds mondiger en hebben specifieke wensen."

Keuzevrijheid voor ouders is niet alleen voor individuen van grote waarde, maar ook voor de samenleving als geheel. In een omgeving met gelijkgestemden is vaak sprake van een sterke interne sociale cohesie, wat bevorderend is voor het samenbindend sociaal kapitaal. Schooldirecteuren vertellen in het *Jaarboekje 2011* hoe belangrijk het is om mensen de kans te geven om vanuit hun eigen identiteit een brug te laten slaan naar anderen.

Maar bovenal hebben leerlingen recht op goed onderwijs. Om in onze complexe samenleving volwaardig mee te kunnen draaien, moeten burgers aan veel kwalificaties voldoen. Ouders, scholen en de overheid zijn niet voor niets kritischer geworden over de kwaliteit van het onderwijs. Leraren en schoolleiders moeten alle ruimte krijgen om het onderwijs vorm te geven. Vrijheid van onderwijs is een groot goed, maar er is ook reden om er grenzen aan te stellen. Het onderwijs op scholen moet vóór alles deugdelijk zijn en passen binnen onze democratische rechtsorde.

Afkortingen

AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
CPB	Centraal Planbureau
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
G4	Amsterdam, Rotterdam, Den Haag, Utrecht
G21	21 grootste gemeenten, exclusief G4
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
IVESC	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten
IVUR	Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie
OCW	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
po	primair onderwijs
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SVPO	Stichting voor Persoonlijk Onderwijs
vo	voortgezet onderwijs
WEC	Wet op de expertisecentra
WMS	Wet medezeggenschap op scholen
WOT	Wet op het onderwijstoezicht
WPO	Wet op het primair onderwijs
WVO	Wet op het voortgezet onderwijs

Figuren

Tabel 1:	Aantal instellingen in primair en voortgezet onderwijs naar denominatie, 2005-2010	24
Tabel 2:	Aantal leerlingen in primair en voortgezet onderwijs naar denominatie, 2005-2010	25
Tabel 3:	Niet-westerse allochtone leerlingen in het voortgezet onderwijs in 2005	31
Tabel 4:	Niet-westerse allochtonen in het voortgezet onderwijs in 2009	31
Tabel 5:	Gestichte (+) en opgeheven (-) scholen primair onderwijs, 2003-2010	88
Tabel 6:	Stichting naar schoolsoort voortgezet onderwijs, 2005-2012; gehonoreerde (+) en afgewezen (-) aanvragen	89
Tabel 7:	Percentage scholen primair onderwijs zwak en zeer zwak, 2009-2011	92
Tabel 8:	Percentage scholen voortgezet onderwijs zwak en zeer zwak, 2009-2011	92
Tabel 9:	Aantallen en percentages leerlingen met 'gewicht' in basisonderwijs; 2006	94

Literatuur

- Advies Raad van State en nader rapport* (2001). Kamerstukken II, 27783, A.
- Advies Raad van State en nader rapport* (2009). Kamerstukken II, 2008-2009, 31828, nr.4.
- Afdeling Onderzoek en Statistiek gemeente Nijmegen (2011). *Evaluatie anti-segregatiebeleid*. Geraadpleegd op 1 maart 2012 via de website van VNG, http://www.vng.nl/Praktijkvoorbeelden/JOS/2011/Nijmegen_eval_antisegrbel_2011.pdf.
- Arts, K. (2009). Ontwikkelingen in kerkelijkheid en kerkbezoek (1999-2008). In H. Schmeets & R. van der Bie (eds.), *Religie aan het begin van de 21ste eeuw*. Den Haag: CBS.
- Bekkers, V.J.J.M., De Kool, D. & Straten, G.F.M. (2012). *Ouderbetrokkenheid bij schoolbeleid*. Rotterdam: NWO.
- Bessemers, K. (2011, 21 juni). Onderwijsvrijheid gaat te ver. *De Pers*.
- Braster, J.F.A. (1996). *De identiteit van het openbaar onderwijs*. Proefschrift. Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Bronneman-Helmers, R. (2011). *Overheid en onderwijsbestel*. Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2008). *Verzelfstandiging openbare scholen zet flink door*. Geraadpleegd op 8 maart 2012 via de website van CBS, <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themes/onderwijs/publicaties/artikelen/archief/2008/2008-90123-wk.htm>.
- Commissie Parlementair Onderzoek Onderwijsvernieuwingen (2008). *Tijd voor Onderwijs*. Den Haag: Sdu.
- De Hart, J. (2006). *Meer geloof, minder kerk*. Den Haag: SCP.
- De Hart, J. (2008). Sociale cohesie: het thema van dit Sociaal en Cultureel Rapport. In P. Schnabel, R. Bijl & J. de Hart (eds.), *Betrekkelijke betrokkenheid* (11-29). Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.
- De Hart, J. (2012). *Maak het nieuw!* Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau.
- Een school beginnen, waar kan dat nog? (2010, 21 juni). *NRC Handelsblad*.
- Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling; Advies en nader rapport* (2009). Kamerstukken II, 2009-2010, 28481, nr. 7.
- Gerards, J. (2011). Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over? *Nederlands Juristenblad*, 86(10), 608-612.
- Glenn, Ch. & De Groof, J. (2002). *Finding the Right Balance: freedom, autonomy and accountability in education, volume II*. Utrecht: Boom Juridische Uitgevers/Lemma.
- Governance: ruimte geven, verantwoording vragen en van elkaar leren* (2005). Kamerstukken II 2004-2005, 30183, nr.1.
- Herweijer, L. & Van den Brink, Y. (2011). *Etnische diversiteit en leerprestaties*. Geraadpleegd op 12 maart 2012 via <http://www.ord2011.nl/data/conference/1/papers/552-Etnische%20diversiteit%20en%20leerprestaties.pdf>.
- Herweijer, L. & Vogels, R. (2004). *Ouders over opvoeding en onderwijs*. Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (2011). *Burgerrechten*. Rede, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de rechten van de mens aan de Universiteit van Amsterdam.
- Huisman, P.W.A. (2002). *De samenwerkingsschool: conflicterende convergentie*. Proefschrift. Den Haag: Elsevier.
- Huisman, P.W.A. (2011). *Onderwijsrecht in meervoud*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Huisman, P.W.A. (2012). *Richting als pluriform begrip in de onderwijswetgeving*. Geraadpleegd via de website van Onderwijsraad, www.onderwijsraad.nl.

Huisman, P.W.A., Laemers, M.A.T.B., Mentink, D. & Zoontjens, P.J.J. (2011). *Vrijheid van stichting*. Den Haag: Ministerie van Onderwijs Cultuur en Wetenschap.

Huisman, P.W.A. & Zoontjens, P.J.J. (2009). *Selectie bij toegang tot het onderwijs*. Deventer: Kluwer.

Idenburg, Ph. J. (1960). *Schets van het Nederlandse Schoolwezen*. Groningen: J.B. Wolters.

Kabinet accepteert zwarte scholen (2011, 7 februari). *de Volkskrant*.

Kans, K., Lubberman, J. & Van der Vegt, A. L.(2009). *Monitor ouderbetrokkenheid in het funderend onderwijs*. Rotterdam: Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

Koning, P. & Van der Wiel, K.(2010). *Ranking the Schools: How Quality Information Affects School Choice in the Netherlands*. Geraadpleegd op 1 maart 2012 via de website van Centraal Planbureau, <http://www.cpb.nl/en/publication/ranking-schools-how-quality-information-affects-school-choice-netherlands>.

Memorie van toelichting bij de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Kamerstukken II, 1990-1991, 22014, nr.3.

Memorie van toelichting bij Wet op de Onderwijsraad (1996). Kamerstukken II, 1996-1997, 25041, nr. 3.

Memorie van toelichting bij Wet op het onderwijstoezicht (2001). Kamerstukken II 2000-2001, 27783, nr.3.

Mentink, D. (1989). *Orde in onderwijsbeleid*. Deventer: Kluwer.

Mentink, D. (2012). *De kwaliteitsnormerende functie van deugdelijkheidseisen, waarborg voor goed onderwijs*. Geraadpleegd via de website van Onderwijsraad, www.onderwijsraad.nl.

Mentink, D. & Vermeulen, B.P. (2011). *Artikel 23 grondwet; de basis van het Nederlandse onderwijsrecht*. Den Haag: Sdu Uitgevers.

Ministerie van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties (2004). *Grondrechten in een pluri-forme samenleving* (2004). Kamerstukken II, 2003-2004, 29614, nr.2.

Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (2011). *Collectief thuisonderwijs*. Brief van Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 21 juni 2011. Kamerstukken II, 2010-2011, 32500 VIII, nr.190.

Moslimjeugd wil overgaan op thuisonderwijs (2011, 4 februari). *Parool*.

Motie Elias (2011). Kamerstukken II 2011-2012, 33000 VIII, nr.83.

Néhmé, H.N. & De Graaf, F. (2011). Tijd voor ontmoedigingsbeleid. *Socialisme en Democratie* 2011(4), 44-49.

Onderwijsraad (1996). *Richtingvrij en richtingbepalend*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2000). *Over de beleidsnotitie 'Naar een flexibeler scholenbestand'*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2002). *Vaste grond onder de voeten*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2005). *Bakens voor spreiding en integratie*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2008). *De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2009). *Kaders voor de referentieniveaus*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2009). *Minimum leerresultaten, interventie en intern toezicht*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2009). *Uitwijken en inbrengen*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2010). *Boeddhisme als richting*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2010). *Het recht op toelating nogmaals bezien*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2010). *Ouders als partners*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2010). *Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2010). *Verzelfstandiging in het onderwijs I*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2010). *Verzelfstandiging in het onderwijs II*. Den Haag: Onderwijsraad.

Onderwijsraad (2011). *Toetsing in het primair onderwijs*. Den Haag: Onderwijsraad.

- Onderwijsraad (2012). *Geregelde ruimte*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsvrijheid gaat te ver (2011, 21 juni). *De Pers*.
- Putnam, R.D. (2000). *Bowling alone*. New York: Simon & Schuster.
- Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling (2010). *Je voelt het gewoon*. Den Haag: RMO.
- Schuylt, K. (2009). *Over het recht om wij te zeggen*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet (1969). *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*. Den Haag: Staatsuitgeverij.
- Stichting Vrije Schoolkeuze Amsterdam (z.j.). *Achtergronden mismatch*. Geraadpleegd op 1 maart 2012 via de website van www.stichtingvsa.nl, <http://www.stichtingvsa.nl/doelstelling.php>.
- Ten Broeke, L., Bosveld, W., Van de Kieft, M., Gerritsen, L., Koopman, C., Kuhnen, C. & Eijcken, B. (2004). *Schoolkeuzemotieven*. Geraadpleegd op 1 maart 2012 via de website van Gemeente Amsterdam, Bureau Onderzoek en Statistiek, http://www.os.amsterdam.nl/pdf/2004_schoolekeuzemotieven.pdf.
- Ten Dam, G., Dijkstra, A.B., Geijsel, F., Ledoux, G. & Van der Veen, I. (2010). Maakt de school verschil? . In J. Peschar, H. Hooghoff, A.B. Dijkstra & G. ten Dam (eds.), *Scholen voor burgerschap* (157-180). Antwerpen/Apeldoorn: Garant.
- Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting. Voorstel van wet van het lid Jan Jacob van Dijk (CDA) houdende wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen*. (2009). Kamerstukken II 2008-2009, 32007, nr.2.
- Van de Donk, W.B.H.J., Jonkers, A.P., Kronjee, G.J. & Plum, R.J.J. (2006). *Geloven in het publieke domein*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Van Duin, C. & Garssen, J. (2011). Bevolkingsprognose 2010–2060: sterkere vergrijzing, langere levensduur. In Centraal Bureau voor de Statistiek (ed.), *Bevolkingstrends, 1e kwartaal 2011* (16-23). Den Haag: CBS.
- Van Kessel, N. & Hovius, M. (2011). *Bestuur en management*. Nijmegen: ITS.
- Verandering in de Grondwet, strekkende tot wijziging van de bepalingen inzake het onderwijs; Nota n.a.v. het verslag* (2003). Kamerstukken II, 2002-2003, 28726, nr.5.
- Vereniging Bijzondere Scholen (z.j.). *Missie & Visie*. Geraadpleegd op 12 maart 2012 via de website van VBS, http://www.vbs.nl/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=2.
- Vermeulen, B.P. (1999). *Constitutioneel onderwijsrecht*. Den Haag: Reed business.
- Voorstel van het Kamerlid Van der Ham e.a. tot wijziging van het tweede lid van de artikelen 5, 6a en 7 van de AWGB* (2010). Kamerstukken II 2009-2010, 32476, nrs.1-3.
- Voorstel van wet van de leden Hamer, Vergeer, Jungbluth en Lambrechts houdende wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op het voortgezet onderwijs en de Wet educatie en beroeps- onderwijs inzake toelating tot bijzondere onderwijsinstellingen van leerlingen of deelnemers die, of van wie de wettelijk vertegenwoordigers, de grondslag van de instelling niet onderschrijven (regeling toelatingsrecht bijzonder onderwijs)* (2005). Kamerstukken II 2005-2006, 30417, nr.2.
- Wet op het onderwijstoezicht; nota n.a.v. het verslag* (2001). Kamerstukken II, 2001-2002, 27783, nr.5.
- Wijziging van diverse onderwijswetten in verband met de invoering van bekostigingsvoorschriften voor minimumleerresultaten, alsmede een aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheidstoezicht, en de verbetering van het intern toezicht; Nota n.a.v. het verslag* (2009). Kamerstukken II, 31828, nr. 9.
- Zoontjens, P.J.J. (1999). *Inleiding tot de onderwijswetgeving*. Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie/Open Universiteit Nederland.
- Zoontjens, P.J.J. (2003). *Het bewegeelijke recht op onderwijs*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Geraadpleegde deskundigen

De heer dr. mr. L.F. Asscher	Gemeente Amsterdam
De heer mr. D.P. van den Bosch	Ministerie van Binnenlandse Zaken
De heer prof. dr. W.B.H.J. van de Donk	Provincie Brabant
De heer prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin	Universiteit Tilburg
De heer prof. mr. P.W.A. Huisman	Erasmus Universiteit Rotterdam (tevens lid voorbereidingscommissie raadsadvies)
De heer drs. S. de Jong	Gemeente Oegstgeest
De heer drs. N. van Kessel	Universiteit Nijmegen
De heer drs. D. Kutschenreuter	Gemeente Nijmegen
Mevrouw prof. mr. M.T.A.B. Laemers	Universiteit Nijmegen (tevens lid voorbereidingscommissie raadsadvies)
De heer prof. mr. dr. D. Mentink	Universiteit Rotterdam (tevens lid voorbereidingscommissie raadsadvies)
Mevrouw prof. mr. B.M. Oomen	Universiteit Utrecht
Mevrouw mr. C.H.C. Overes	Vrije Universiteit Amsterdam (tevens lid voorbereidingscommissie raadsadvies)
De heer mr. A.J. Overbeeke	Vrije Universiteit Amsterdam
De heer mr. S. Pilon	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
De heer mr. K. van der Steenhoven	Ministerie van Binnenlandse Zaken

Sprekers Symposium "Artikel 23 in Maatschappelijk Perspectief" 16 september 2011

De heer prof. dr. P. Schnabel	Sociaal Cultureel Planbureau
Mevrouw prof. dr. P.L. Meurs	Erasmus Universiteit Rotterdam
De heer prof. dr. J. de Groof	Europa College Brugge/Universiteit Tilburg
De heer prof. dr. M. Merry	Universiteit van Amsterdam
De heer prof. mr. drs. B.P. Vermeulen	Raad van State

Schriftelijke inbreng organisaties

AOb (Algemene Onderwijsbond)
AVS (Algemene Vereniging Schoolleiders)
Besturenraad (centrum voor christelijk onderwijs)
Bond KBO (Katholiek primair onderwijs)
CNV Onderwijs (Christelijk Nationaal Vakverbond)
ISBO (Islamitische Schoolbesturen Organisatie)
LAKS (Landelijk Aktie Komitee Scholieren)
LOBO (Landelijke Oudervereniging Bijzonder Onderwijs)
LVGS (Landelijk Verbond voor Gereformeerde Schoolverenigingen)
NKO (Nederlandse oudervereniging Katholiek Onderwijs)
Ouders & Coö (landelijke vereniging voor ouders, ouderraden en medezeggenschapsraden in het christelijk onderwijs)
PO-Raad
VO-Raad
VBS (Vereniging Bijzondere Scholen)
VGS (Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs)
VOO (Vereniging Openbaar Onderwijs)
VOS/ABB (Vereniging van openbare en algemeen toegankelijke scholen)

Panelgesprek organisaties

De heer D. den Bakker MBA-ME	Besturenraad
Mevrouw drs. L. Barbosa-Biesbroeck	NKO
De heer W.J. Berg	CNV Onderwijs
De heer drs. W.T.G. Dresscher	AOb
Mevrouw C. Drijver	LAKS
De heer P. Gilden	KBO
De heer drs. B.J. Kollmer	VOO
De heer mr. J.G. Macdaniel	VGS
Mevrouw A. Schipper MSc	VOS/ABB
De heer drs. S. Slagter	VO-raad
De heer mr. S. Steen	VBS
De heer drs. L. de Wit	LOBO
Mevrouw mr. A. Yandere-Köycü	ISBO

Panelgesprek bestuur en onderwijspersoneel

De heer A. Bolijn	Stichting de Mare Olst-Wijhe
De heer mr. L.J. van der Deijl	Strabrecht College Geldrop
De heer drs. R. van der Horst	Meerwegen Scholengroep Amersfoort e.o.
De heer drs. J.W. van Katwijk	AOb
De heer M. Oortwijn	CNV en bao-school De Groeiling te Gouda e.o.
De heer drs. G.A. Oosterom	Wartburg College Rotterdam
De heer J.H. van der Veecken	AOb
De heer H. de Vink	SPCO Groene Hart

Panelgesprek ouders

De heer dr. K.W.H. van Beek	Stichting Vrije Schoolkeuze Amsterdam
Mevrouw M. Bruins	Democratische school De Ruimte te Soest
De heer H. Hommen	Lid oudergeleding gmr Onderwijsstichting MOVARE
De heer mr. W. Idema	De Eerste Leidse Schoolvereniging
Mevrouw L. Koetsveld MBA	Stichting Actief Ouderschap
De heer F. Leijnse	Stichting voor Persoonlijk Onderwijs
De heer T. Nijenhuis	Nederlandse Vereniging voor Thuisonderwijs
De heer dr. F. Smit	Universiteit Nijmegen
Mevrouw C. Verberg MSc	De Eerste Leidse Schoolvereniging
De heer drs. P.J. van Zuidam	Nederlandse Vereniging voor Thuisonderwijs

Bijlage 1

Adviesvraag



Voorzitter

Aan de Onderwijsraad
t.a.v. de voorzitter,
mevrouw prof. dr. G.T.M. ten Dam
Nassaulaan 6
2514 JS Den Haag

Den Haag, 16 maart 2011

Geachte mevrouw Ten Dam,

In haar vergadering van 15 maart jl. heeft de Kamer op grond van artikel 30 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal besloten, de Onderwijsraad advies te vragen over *Ruim baan voor kleine verbeteringen en over Artikel 23 Grondwet*.

In de bijlage vindt u een uitgewerkte vraagstelling.

Namens de Kamer vraag ik u aan het verzoek te voldoen.

Met vriendelijke groet,

Gerdi A. Verbeet
Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal



Bijlage

Ruim baan voor kleine verbeteringen

De Raad wordt verzocht advies te geven over de manier waarop, op grond van evidentie, de bestaande onderwijspraktijk kan worden verbeterd met kleine aanpassingen in plaats van het introduceren van grote onderwijsvernieuwingen die van bovenaf worden opgelegd. De volgende vragen kunnen daarbij leidend zijn: welke kleine verbeteringen heeft het onderwijs afgelopen jaren gekend en werken deze voldoende door in de onderwijspraktijk? Is de rol van kleine verbeteringen duidelijker in bijvoorbeeld het basisonderwijs vergeleken met beroepsonderwijs of hoger onderwijs? Zijn kleine verbeteringen structureel in te passen in het onderwijsbeleid door toetsing van voorgenomen beleid op effectiviteit?

Art 23 Grondwet

Het debat over artikel 23 Grondwet heeft behoefte aan meer transparantie en coherentie. De Raad wordt verzocht te komen tot een meer integrale doordenking van artikel 23 uitmondend een gezaghebbende interpretatie die in de plaats kan komen van uiteenlopende en incidentele interpretaties. De Raad wordt gevraagd naast experts hierbij ook de belangrijkste representanten van de partijen in het onderwijs (deelnemers, leerkrachten, schoolbesturen) te betrekken. Een dergelijk gezaghebbend document kan een vergelijkbare functie vervullen als de verkenning van de Raad uit 2002.

Bijlage 2

Interpretatie van artikel 23 en het recht op onderwijs

1

De wetgever interpreteert: methoden en bandbreedte

De Tweede Kamer heeft de raad om advies gevraagd over de duiding van artikel 23 voor vraagstukken in deze tijd. Ten behoeve hiervan komen in deze paragraaf allereerst de gangbare methoden voor interpretatie van grondwettelijke artikelen aan de orde en hun specifieke betekenis bij interpretatie van artikel 23. Deze bijlage gaat vervolgens uitgebreid in op het internationale recht en het recht op onderwijs. Dit laatste recht is zowel geworteld in de bedoeling van de grondwetgever ten aanzien van de vrijheid van onderwijs als in het internationale recht.

In een moderne interpretatie van artikel 23 mag de internationaalrechtelijke dimensie niet ontbreken. Deze dimensie vraagt, zoals hier zal blijken, om een blik op het artikel die nauwer aansluit op de actuele en de te verwachten maatschappelijke ontwikkelingen.

1.1 Interpretatiemethoden; wetshistorische methode in onderwijs dominant

Anders dan in de meeste andere landen geldt in Nederland een verbod formele wetten aan de Grondwet te toetsen. Het is dus de wetgever die de Grondwet uitlegt en zijn betekenis bepaalt.

Interpretatie is aan de orde indien de wet op zichzelf geen uitsluitel geeft. Dit vraagt zorgvuldigheid omdat de grondwetgever het artikel aan de ene kant bewust open heeft gelaten voor onvoorziene rechtsontwikkeling en aan de andere kant bewust gesloten heeft geformuleerd ter waarborging van de kernbestanddelen van het duale bestel.

De wetgever staan bij onduidelijkheden verschillende interpretatiemethoden ter beschikking. In het algemeen is er geen strikte rangorde, al ligt het in de rede eerst te kijken naar de tekst en het systeem. Vanwege zijn bijzondere totstandkomingsgeschiedenis heeft de zogenoemde historische interpretatie voor artikel 23 in de doctrine het primaat en is, vanwege het ontbreken van constitutionele toetsing, voorzichtigheid geboden bij de teleologische interpretatie.

Grammaticale en systematisch interpretatiemethode

De grammaticale interpretatiemethode kijkt naar de tekst van het artikel. Wat is de gebruikelijke betekenis daarvan? Wat moet men bijvoorbeeld verstaan onder de term "eisen van deugdelijkheid" in het vijfde lid van artikel 23? Of, in het tweede lid, onder "een en ander bij de wet te regelen"? Bij artikel 23 volstaat deze methode niet altijd. Sommige termen, zoals "algemeen vormend lager onderwijs" in het zesde lid, zijn verouderd. Andere kennen een open formulering die nadere invulling vraagt, zoals "het geven van onderwijs is vrij" in het tweede lid. In die gevallen kunnen andere interpretatiemethoden uitkomst bieden.

De systematische interpretatie plaatst een grondwettelijke bepaling in zijn context, in zijn verhouding tot andere bepalingen van het artikel of de wet als geheel. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het tweede, vijfde en zesde lid van artikel 23. Het zesde lid bepaalt dat de deugdelijkheidseisen, zoals die in het vijfde lid hun basis vinden, de vrijheid van het bijzonder onderwijs eerbiedigen "betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers". Deze vrijheid, algemeen opgevat als een specificatie van de vrijheid van inrichting, is een uitwerking van de vrijheid van onderwijs zoals vastgelegd in het tweede lid.

Teleologische en wetshistorische methode

Bij de teleologische interpretatiemethode zijn de actuele omstandigheden bepalend en wordt een interpretatie gezocht, die aansluit bij wat op het moment beleidsmatig of praktisch gewenst is. Hoe ver gaat bijvoorbeeld het begrip “wet” in het vijfde lid dat de deugdelijkheidseisen regelt?

In principe heeft de wetgever bij zijn interpretatie flink wat ruimte. Voor het onderwijs ligt dat anders. Artikel 23 is zo nauw verweven met zijn ontstaansgeschiedenis dat de historische interpretatiemethode als de eerst aangewezen weg wordt beschouwd bij de uitleg van dit grondwetsartikel.¹⁵⁵ Het artikel beslechtte niet voor niets door pacificatie een schoolstrijd en bevat nog steeds het grondpatroon voor het huidige onderwijsstelsel.¹⁵⁶ De historische interpretatiemethode richt zich op de wordingsgeschiedenis van de tekst en bekijkt de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever en de daarbij horende bronnen, zoals de notulen van de Pacificatiecommissie die de grondwetsherziening van 1917 voorbereidde.

Ook de samenhang met de latere uitwerking in de wetgeving is van belang, omdat die uitwerking feitelijk aangeeft hoe de formele wetgever het grondwetsartikel heeft uitgelegd.

Het belang van de historische interpretatie voor artikel 23 bleek vooral in 1983 bij de discussie over de verticale delegatie van regelgevende bevoegdheden inzake deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden. Die delegatie kwam er niet omdat die in strijd zou zijn met de uitgangspunten van de pacificatie.¹⁵⁷ Artikel 23 was zo het enige grondwetsartikel dat de grote herziening van 1983 doorstond.

1.2 Interpretatie en grenzen

Artikel 23 is bijna honderd jaar oud en heeft uiteraard verschillende ontwikkelingen niet kunnen voorzien. Het artikel bevat verschillende open bepalingen en termen die geen raakvlak meer hebben met het tegenwoordige onderwijs. Dat maakt het voor de moderne wetgever geen gemakkelijk artikel en leidt daarom ook tot kritiek op de historische interpretatiemethode. Mentink en Vermeulen stellen dat de regering niettemin bij de behandeling van het voorstel tot wijziging van de grondwet in verband met de samenwerkingsschool in haar rol van mede-grondwetgever de historisch-grammaticale interpretatiemethode (wat heeft de grondwetgever, gezien de tekst, bedoeld) als richtsnoer heeft aangewezen¹⁵⁸. Zij wijzen echter ook terecht op de uitspraken van de regering in het kader van het voorstel van de Wet goed onderwijs, goed bestuur, toen deze stelde: “De interpretatie van artikel 23 Grondwet is in de loop der tijd gewijzigd. Artikel 23 Grondwet wordt derhalve gelezen en geïnterpreteerd volgens de op dat moment bestaande maatschappelijke en politieke kaders. Dat zal in de toekomst ook het geval zijn.”¹⁵⁹

Afgaande op deze – vooralsnog enige - uitspraak ziet de regering derhalve meer ruimte voor de teleologische interpretatie. Ruimte voor een meer actuele en maatschappelijk ingegeven

¹⁵⁵ Mentink & Vermeulen, 2011, p.33.

¹⁵⁶ Onderwijsraad, 2002, p.18 en 19; Vermeulen, 1999, p.23.

¹⁵⁷ Mentink & Vermeulen, p.33.

¹⁵⁸ *Verandering in de Grondwet, strekkende tot wijziging van de bepalingen inzake het onderwijs; Nota n.a.v. het verslag*, 2003, p. 2.

¹⁵⁹ Mentink & Vermeulen, p. 34. *Wijziging van diverse onderwijswetten in verband met de invoering van bekostigingsvoorschriften voor minimumleerresultaten, alsmede een aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheids-toezicht, en de verbetering van het intern toezicht; Nota n.a.v. het verslag* (2009).

zienswijze is er eigenlijk altijd, echter met de nadrukkelijke kanttekening dat 'wishful thinking' hier een risico is. Men zou dan een interpretatie kunnen zoeken die de grondwettelijke basis kan verschaffen voor een – incidentele, voorbijgaande – beleidsmatige kwestie in de moderne tijd. De vraag is hoever zo'n extensieve uitleg kan gaan. Op zeker moment kan de uitleg zover gaan dat het interpreteren vanzelf overgaat in uitvinden, zoals de raad al in *Vaste grond onder de voeten* noteerde.¹⁶⁰ In dat geval is grondwetswijziging de koninklijke weg.

Aan interpretatie zijn derhalve grenzen gesteld. Dit geldt vooral voor artikel 23 nu dit sinds 1917 de grondslagen van ons onderwijsbestel bevat. Waar de bedoeling van de grondwetgever klip en klaar is, is er geen ruimte voor interpretatie en zal de Grondwet zelf gewijzigd moeten worden. Artikel 23 en het daarin besloten duale bestel bevatten kernbestanddelen die niet voor herinterpretatie vatbaar zijn en bestanddelen waarbij dit in meer of mindere mate wel het geval is. Er is, met andere woorden, een bandbreedte waarbinnen de grondwettelijke uitleg zich dient af te spelen, ook als deze zich meer maatschappelijk oriënteert.

¹⁶⁰ Onderwijsraad, 2002, p.20.

2

Recht op onderwijs als grondrecht en interpretatiekader

2.1 Algemene karakteristiek: rechtencomplex voor meerdere betrokkenen

Het recht op onderwijs is neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en in een reeks van internationale verdragen. Het bestrijkt grofweg een drietal domeinen. In de eerste plaats wordt er op verschillende plaatsen een algemeen recht op onderwijs geformuleerd dat aan eenieder op voet van gelijkheid toekomt.¹⁶¹ Een tweede type bepalingen heeft betrekking op het recht op onderwijs van minderheidsgroepen. Dit recht is verbonden met de positie van personen met een handicap¹⁶² en met minderheidsgroepen met een specifieke gemeenschappelijke identiteit op het terrein van cultuur, geloof, taal en/of traditie,¹⁶³ die afwijkt van andere groepen in de staatsgemeenschap. Een laatste groep van relevante rechten biedt tenslotte bescherming tegen ongelijke behandeling en discriminatie in het onderwijs.¹⁶⁴

In de kern waarborgt het recht op onderwijs een recht van elk individu om zo onbelemmerd mogelijk het onderwijs te genieten dat bij hem of haar past. Het individu heeft met andere woorden het recht zich aan de hand van “the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young”¹⁶⁵ nieuwe kennis, vaardigheden en attitudes eigen te maken. In algemene beschouwingen over het recht op onderwijs wordt vaak gewezen op het grote belang van het onderwijs voor iemands staatsburgerschap of sociaal-economische positie, zijn of haar kansen in het bestaan en zijn of haar levensgeluk. Zoals Zoontjens stelt: “Het is een recht 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.”¹⁶⁶

Bij het recht op onderwijs wordt weliswaar het belang van het ‘onderwijsvragende’ individu vooropgesteld, maar dat betekent niet dat het harde aanspraken bij dat individu vestigt. Integendeel, behoudens enkele onderdelen – waarbij voornamelijk moet worden gedacht aan anti-discriminatiënormen – is, zoals de Onderwijsraad in 2002 concludeerde, “de rechtstreekse invloed van het internationale recht op de toekomstige ontwikkeling van de Nederlandse onderwijsverhoudingen en het Nederlandse onderwijsbeleid niet geheel eenduidig aan te geven. Uit de rechtspraak kan momenteel geen belangrijke, bepalende rol van het internationale recht worden afgeleid.”¹⁶⁷

161 Voorbeelden daarvan zijn artikel 2, eerste protocol, EVRM; artikel 13 IVESC en de artikelen 28 en 29 VRK. Zie ook artikel 14 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

162 Vgl. het VRPH, Trb. 2007, nr.169 dat is ondertekend, maar nog niet geratificeerd.

163 Voorbeelden zijn artikel 29, eerste lid, onder c, VRK en de artikelen 12, 13 en 14 van het KVMN.

164 Deze vinden we onder andere in het VBDO uit 1960, in de artikelen 2 en 5 van het IVUR van 1972, artikel 4 van het VUDV en artikelen 1 en 2 van de EG-richtlijn 2000/43/EG, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (Richtlijn).

165 EHRM 25 februari 1982, § 33, Series A no. 48 (Campbell en Cosans).

166 Zoontjens, 2003, p.12-13.

167 Onderwijsraad, 2002, p.37.

Deze stand van zaken is nog steeds actueel en lijkt min of meer inherent aan het recht op onderwijs. Dit recht, waarbij het individu centraal staat, kan niet verwezenlijkt worden zonder feitelijke, veelal positieve inspanningen en prestaties van anderen. Bij die anderen moet worden gedacht aan de ouders die eerstverantwoordelijk zijn voor de opvoeding van het kind en die een gezagsrol vervullen in het kader van de leerplicht; aan de docenten en scholen, die moeten instaan voor het geven van goed onderwijs en het bieden van een veilige leeromgeving, en aan de overheid die voor de voorzieningen, de financiering, de erkenning van diploma's en de handhaving van de wettelijke normen verantwoordelijk is.¹⁶⁸

Het recht op onderwijs is dus vanuit het individu gezien geen consumentenrecht in de trant van: u moet aanbieden en doen wat ik wil. Nee, het individu is krachtens dit recht deelnemer in een in de regel langdurig onderwijsproces en is – omdat het daarbij afhankelijk is van zijn eigen talenten en inzet, maar ook van de talenten en inzet van anderen die nauw op hem betrokken zijn – tevens een wezenlijk onderdeel van een gemeenschap.

Wat houdt het recht op onderwijs feitelijk in? Op de precieze betekenis van het grondrecht en de onderdelen zal hierna worden ingegaan aan de hand van artikel 2, eerste protocol, van het EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) en de jurisprudentie daarover van het EHRM (Europese Hof voor de Rechten van de Mens) te Straatsburg. Daarvoor is reden nu aan deze bepaling als enige van het in de verdragen vastgelegde onderwijsrecht rechtstreekse werking toekomt.¹⁶⁹ Het algemene overzicht van het verdragsrecht en Europese recht met betrekking tot het recht op onderwijs is al uitvoerig in *Vaste grond onder de voeten* aan de orde gekomen, de verkenning van de Onderwijsraad uit 2002. Dat wordt hier zo veel mogelijk bekend verondersteld.

2.2 De betekenis van het recht op onderwijs in het EVRM

Artikel 2, eerste protocol, EVRM

“Niemand mag het recht op onderwijs worden ontnomen. 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.”

Staten hebben beleidsvrijheid voor belangrijke onderwijsfuncties

Uitgangspunt voor de rechtspraak van het Hof is dat belangrijke functies van het onderwijs behoren tot de exclusieve beleidsvrijheid ('margin of appreciation') of soevereiniteit van de staten, waar de rechter in beginsel niet in treedt. Dit geldt onder meer voor de opzet en planning van het curriculum,¹⁷⁰ voor de middelen die de staat voor de inhoud en organisatie van het onderwijs ter beschikking stelt,¹⁷¹ en voor de maatregelen die de staat neemt ter regulering van het onderwijs.¹⁷²

De eerste volzin garandeert het recht op onderwijs. Volgens de tweede volzin moet de staat het recht op schoolkeuze van ouders eerbiedigen. De twee volzinnen vormen één geheel; de

¹⁶⁸ Zoontjens, 2003, p.13.

¹⁶⁹ HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 m.n. FHvdB (Maimonides) en HR 14 april 1989, AB 1989, 207, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet).

¹⁷⁰ EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (D.H. e.a. t. Tsjechië).

¹⁷¹ EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak).

¹⁷² EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).

eerste is dominant, de tweede kan als een aanvulling daarop worden gezien.¹⁷³ Er is evenwel ook een inhoudelijk verschil, nu de één een recht van het kind (eerste volzin) en de ander een recht van de ouder (tweede volzin) betreft.¹⁷⁴

De werking van beide volzinnen strekt zich uit over het hele onderwijsstelsel, van primair tot en met hoger onderwijs.¹⁷⁵ In een democratische samenleving, aldus het Hof, is het recht op onderwijs onmisbaar voor de bevordering van mensenrechten.¹⁷⁶ Het speelt ook een fundamentele rol bij de integratie van minderheden.¹⁷⁷

Eerste volzin

Volgens het Hof in de Belgische Taalzaak omvat de eerste volzin vanwege de negatieve formulering het recht van ieder kind om, met afwezigheid van discriminatie, te kiezen uit het bestaande, door de staat beschikbaar gestelde stelsel van schoolonderwijs. De staat is, met andere woorden, niet verplicht op verzoek onderwijsinstellingen op te richten en in stand te houden. Toegang impliceert deelname aan het onderwijs in de verschillende fasen van het schoolstelsel en het recht een officiële diploma-erkenning te krijgen wanneer de studie of opleiding is voltooid. Een en ander is mede afhankelijk van regels door de staat te stellen. Het recht op toegang is tevens het recht onderwezen te worden in de nationale taal of in één van de nationale talen binnen de staat.¹⁷⁸

De regeling van de toegang van leerlingen tot het onderwijs valt onder de beleidsvrijheid van elke staat ('margin of appreciation'), het Hof bemoeit zich daar in principe niet mee. Dit is slechts anders als daarbij onvoldoende mechanismen zijn ingebouwd voor leden van etnische minderheidsgroepen, "that would ensure that (...) the State took into account their special needs as members of a disadvantaged class". Bij discriminatie zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging, ook als die niet in de wet is vastgelegd maar het resultaat vormt van wetsuitvoering, acht het Hof zich in het kader van zijn toezichtstaak bevoegd in te grijpen.¹⁷⁹

Volgens Nederlandse rechtspraak vormt het recht op onderwijs, in de betekenis van recht op toegang, de grondslag voor de leerplicht, zoals neergelegd in de Leerplichtwet 1969.¹⁸⁰ De Nederlandse wetgever heeft zich verder in het debat over de Koppelingswet op het standpunt gesteld dat artikel 2, eerste protocol, EVRM er toe verplicht om vreemdelingen onder de

173 EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).

174 EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans).

175 EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98 (Leyla Şahin t. Turkije), EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/05 (Anatoly en Vitaliy Ponomaryov t. Bulgarije).

176 EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98 (Leyla Şahin t. Turkije).

177 EHRM 11 september 2006, nr. 35504/03 (Konrad t. Duitsland).

178 EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak). Met "nationale taal" wordt bedoeld de officiële taal binnen de staat. Zie ook EHRM 11 september 1999 (Cyprus t. Turkije).

179 EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (D.H. e.a. t. Tsjechië). In deze zaak bleek dat leden van de Roma-groep in de regio Ostrava op ruime schaal waren oververtegenwoordigd in het speciaal onderwijs, waar een meer basaal curriculum wordt gevolgd dan in het reguliere onderwijs. De staat kon niet aantonen dat de wijze van indicatiestelling ten aanzien van deze groep voldoende betrouwbaar en objectief was om niet van indirecte discriminatie op grond van ras te kunnen spreken. De overweging is dermate algemeen dat zij zich ook richt tot de groep van zorgleerlingen en gehandicapten, op wier 'special educational needs' moet worden ingespeeld in het onderwijs. In EHRM 5 juni 2008, nr. 32526/05, *EHRC* 2008/92, m.nt. J.H. Gerards (Sampanis t. Griekenland) oordeelde het Hof dat de voor Roma-kinderen toepasselijke voorwaarden voor inschrijving in een school voor primair onderwijs en de plaatsing c.q. afzondering van deze kinderen in speciale voorbereidende klassen directe discriminatie naar ras opleverde bij de toegang tot het onderwijs. Voor discriminatie naar nationaliteit van de groep van residerende vreemdelingen bij toegang tot het voortgezet onderwijs zie EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/05 (Anatoly en Vitaliy Ponomaryov t. Bulgarije).

180 HR 30 mei 1989, NJ 1989, 883.

achttien jaar zonder rechtmatige verblijfstitel ("illegalen") de toegang tot het onderwijs niet te onthouden.¹⁸¹

Tweede volzin

Het begrip overtuigingen moet ruim worden opgevat: "it denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance".¹⁸² 'Filosofische overtuigingen' kunnen omvatten – en dat is ook ruim genomen – "such convictions as are worthy of respect in a 'democratic society' and are not incompatible with human dignity; in addition, they must not conflict with the fundamental right of the child to education."¹⁸³

Hoever moet de door de staat verschuldigde eerbied gaan? Het Hof heeft in een aantal uitspraken grenzen getrokken. De eerbied voor deze overtuigingen kan de staat niet afhouden "from imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind. It does not even permit parents to object to the integration of such teaching or education in the school curriculum, for otherwise all institutionalised teaching would run the risk of proving impracticable".¹⁸⁴ Ook kan die eerbied niet zover gaan dat ouders zich met een beroep op hun overtuigingen kunnen onttrekken aan de leerplicht.¹⁸⁵ Wel moeten principiële, respectabele bezwaren tegen lijfstraffen worden geëerbiedigd.¹⁸⁶ Bovendien moet, zoals is uitgesproken in een reeks van curriculaire zaken met betrekking tot bijvoorbeeld sekseducatie, verplicht ethiekonderwijs, en onderwijs gebaseerd op een bepaalde interpretatie van de islam of het christendom,¹⁸⁷ het door de overheid beschikbaar gestelde onderwijs op een objectieve, kritische en pluralistische manier zijn geregeld¹⁸⁸ en worden gegeven. Als het curriculum op een bepaald onderdeel niet voldoende objectief, kritisch en/of pluralistisch uitpakt, dient de staat een volledige vrijstelling van dat onderdeel te verlenen, in overeenstemming met de overtuigingen van de ouders.¹⁸⁹ Daarbij kan de staat niet worden verplicht om alternatief onderwijs aan te bieden.¹⁹⁰

De eerbied van de staat strekt zich overigens niet alleen uit tot curriculaire zaken, maar zoals het verdragsartikel zegt tot "alle functies die de staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt." Daar valt ook de organisatie van de schoolomgeving onder. Als daarbij door een staat wordt gekozen om kruisbeelden in de openbare school te hangen, moet dit evenwel worden gerekend tot haar 'margin of appreciation' en dit valt in beginsel buiten het toetsingsbereik van het Hof.¹⁹¹ Artikel 2, eerste Protocol, EVRM waarborgt ten slotte ook de vrij-

181 Zie artikel 10, tweede lid, VW2000. Zie ook artikel 40, eerste lid, tweede volzin, WPO en artikel 27, lid 1a, onder b, WVO. Over deze kwestie heeft het Hof zich totnogtoe niet expliciet willen uitlaten, al worden er in EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/05 (Anatoliy en Vitaliy Ponomaryov t. Bulgarije) wel belangrijke overwegingen aan gewijd.

182 EHRM 19 december 1996, RJD 1996-VI (Valsamis t. Griekenland).

183 EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans).

184 EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk, Madsen en Pedersen).

185 EHRM 11 september 2006, nr. 35504/03 (Konrad t. Duitsland).

186 EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans).

187 Zie resp. EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen); EHRM 6 oktober 2006, nr. 45216/07 (Appel-Irrgang t. Duitsland); EHRM 9 oktober 2007, nr. 1448/04 (Hasan en Eylem Zengin t. Turkije); EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen).

188 EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen). EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen).

189 EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen).

190 EHRM 15 juni 2010, nr. 7710/02 (Grzelak t. Polen).

191 EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi e.a. t. Italië).

heid van oprichting, het recht om een eigen school te stichten; deze bepaling verplicht de staat echter niet tot subsidiëring van zo'n school.¹⁹²

In het Maimonides-arrest heeft de Hoge Raad uitgesproken dat het recht op vrije schoolkeuze in principe niet jegens een instelling van bijzonder onderwijs geldend kan worden gemaakt, in de zin dat op grond daarvan de instelling verplicht wordt een leerling toe te laten. Onder bepaalde voorwaarden moet evenwel afwijking van dit principe worden toegestaan.¹⁹³

2.3 Vergelijking recht op onderwijs en vrijheid van onderwijs

Als we de in de vorige paragraaf beschreven jurisprudentie van het EHRM laten inwerken en daarnaast de betekenis van artikel 23 Grondwet bezien, valt op dat de reikwijdte van het recht op onderwijs op een aantal punten ruimer is dan die van artikel 23 Grondwet. Hier volgt een aantal voorbeelden die aan de voorgaande paragrafen zijn ontleend. Daarbij is geen uitputtende opsomming beoogd.

Zo is er op grond van het EHRM een directe relatie tussen recht op onderwijs en de leerplicht, terwijl de Grondwet deze slechts veronderstelt. Het recht op onderwijs is toepasselijk op het hele stelsel, van primair tot en met hoger onderwijs. Artikel 23 Grondwet daarentegen richt zich in aanleg alleen op het algemeen vormend lager onderwijs en verwijst niet naar het beroeps-onderwijs en het hoger onderwijs.

Het grondwetsartikel bevat verder geen basis voor tal van actuele ontwikkelingen. Het recht op onderwijs doet dat wel, zoals voor de toelating en verwijdering van leerlingen in het kader van capaciteitsbeleid en postcodebeleid, de voorkoming en/of bestrijding van segregatie in het onderwijs, en de positie van de taal en die van vreemdelingen in het onderwijs. Het recht op onderwijs biedt ook exclusief aanknopingspunten voor de bescherming van minderheids-groepen buiten het domein van religie of levensbeschouwing, zoals van etnische minderheden en van personen met een handicap. Uit het verdragsrecht volgt dat door de overheid te stellen inhoudelijke eisen aan het onderwijs voldoende objectief, kritisch en/of pluralistisch moeten zijn. Dit veronderstelt een rechterlijke toets. Uit artikel 23 Grondwet volgt slechts dat deze eisen voor het openbaar onderwijs bij wet zijn vastgesteld; daarbij is een rechterlijke toets uitgesloten. Voor het bijzonder onderwijs geldt daarbij ook nog dat ze met inachtneming van de vrijheid van richting moeten zijn vastgesteld.

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 is er onbekend. Verder kan ook het in artikel 23 Grondwet vastgelegde legaliteitsprincipe – waarbij geldt dat op zeven plaatsen in het grondwetsartikel regeling bij wet wordt vereist – als een vorm van toegevoegde bescherming worden beschouwd. Het recht op onderwijs zwijgt over het niveau waarop in de staat onderwijsbeleid moet worden gevoerd.

¹⁹² EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak).

¹⁹³ HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 m.n. FHvdB (Maimonides).

2.4

Verdragsrecht lijkt beter op actualiteit en diversiteit aan te sluiten dan artikel 23

Uit deze feitelijke vergelijking rijst het beeld op dat de werking van het verdragsrecht beter lijkt aan te kunnen sluiten op de actualiteit en diversiteit van de problemen die zich in het onderwijs voordoen. Het sterke beginselkarakter van het recht op onderwijs heeft zonder twijfel hiermee te maken.¹⁹⁴ Ook speelt mee dat het Hof het verdragsrecht, vanuit de opvatting dat het een “living instrument” is, interpreteert “in the light of the present day conditions”.¹⁹⁵ Daardoor is het niet zo zwaar beladen met de ontstaansgeschiedenis als het grondwetsartikel.

Het recht op onderwijs vertrekt bovendien vanuit een ander perspectief dan artikel 23 Grondwet, namelijk dat van de individuele onderwijsvrager. Zou het grondwetsartikel op tekstueel vlak vooral kunnen worden gezien als een bepaling die institutionele belangen van scholen en schoolbesturen voor openbaar en bijzonder onderwijs beschermt, bij het recht op onderwijs staan thema's als toegang en schoolkeuzevrijheid centraal. Het valt bijvoorbeeld op dat de (door de staat) te respecteren vrijheid om krachtens artikel 2, eerste protocol, EVRM op grond van filosofische overtuigingen tot een individuele schoolkeuze te komen, meer lijkt te omvatten dan wat er op basis van de huidige interpretatie van richting in het licht van artikel 23 Grondwet in onze nationale context door onderwijsaanbieders tegenover kan worden gesteld. Gezien de definitie die het Europese Hof van filosofische overtuigingen hanteert (“such convictions as are worthy of respect in a ‘democratic society’ and are not incompatible with human dignity; in addition, they must not conflict with the fundamental right of the child to education”) kunnen daartoe ook pedagogische opvattingen worden gerekend, een categorie die juist in het kader van de huidige interpretatie van richting en vrijheid van richting is uitgesloten.¹⁹⁶

Geconcludeerd kan worden dat het verschil in strekking van het recht op onderwijs enerzijds en de in artikel 23 Grondwet gegarandeerde onderwijsvrijheid anderzijds, te karakteriseren is als algemeen, ruim en meer beginselmatig ten opzichte van specifiek, beperkt en minder beginselmatig; als vertrekkend uit het vragersperspectief tegenover het aanbiedersperspectief, als beweeglijk naar tijd en plaats ten opzichte van meer historisch gebonden.

Tegelijkertijd moet worden erkend dat zowel artikel 23 Grondwet als artikel 2, eerste protocol, EVRM geldt in onze rechtsorde. Mede op grond van het bovenstaande kan het recht op onderwijs worden gezien als een complex van rechten en regels dat mede het kader vormt voor de duiding van de betekenis van onze grondwetsbepaling.

2.5

Recht op onderwijs als interpretatiekader

Lang is in Nederland gedacht dat het recht op onderwijs naast ons artikel 23 van de Grondwet geen rol van betekenis speelt.¹⁹⁷ Dat is dan vooral gebaseerd op de al vermelde constatering dat het internationale recht weinig dwingende normen oplegt. Noch de burger, noch de

¹⁹⁴ Zoontjens, 2003, p.13.

¹⁹⁵ Zie bv. EHRM 12 maart 2003, nr. 46221/99, (Öcalan t. Turkije).

¹⁹⁶ Zie Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens, 2011.

¹⁹⁷ Zo meent de staatscommissie Cals-Donner, in zijn advies voorafgaande aan de herziening van de Grondwet die in 1983 haar beslag kreeg, dat de essentiële elementen van het in het EVRM beschermde recht op onderwijs door het grondwetsartikel worden gegarandeerd zodat het niet nodig is daaraan afzonderlijk aandacht te besteden in de tekst van de Grondwet; zie Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1969, p.69.

school of de rechter heeft sterke papieren in handen met een enkel beroep op het recht op onderwijs van (bijvoorbeeld) het EVRM.

Maar met deze kijk dreigt al snel te worden miskend dat de kaders van het internationale mensenrecht, zoals die worden verstaan, feitelijk grote invloed uitoefenen op de motieven voor en inhoud van het nationale onderwijsbeleid en de onderwijswetgeving. Daar zijn verschillende redenen voor. Een formele reden is dat op nationaal niveau politiek, bestuur en wetgever bij de totstandkoming van hun producten onverkort zijn gebonden aan de normen van het internationale recht. Daarbij geldt dat het recht van het EVRM in Nederland wordt erkend als van hogere rang dan het nationale recht.¹⁹⁸ Ook de uitspraken van het EHRM vormen naar gebruik hoger recht dan het nationale recht, dat geëigend is in de plaats te treden van het nationale recht voor zover deze twee met elkaar in strijd zouden zijn.¹⁹⁹ In materiële zin heeft het juridische complex van het recht op onderwijs de positie van het individu als vertrekpunt. Dit sluit zeer wel aan bij de groeiende visie in onze samenleving dat het onderwijs en de scholen er zijn voor de kinderen en niet andersom. Daar staat tegenover dat artikel 23 Grondwet *tekstueel* verwijst naar en lange tijd ook *materieel* verbonden is geweest met de bescherming van belangen van instituties, vooral van het bijzonder onderwijs.

Recht op onderwijs en dragerschap vrijheid van onderwijs staan in onderling verband

Dit pleidooi voor een interpretatiekader dat mede vanuit het verdragsrecht voortvloeit, houdt onverminderd oog voor het eigene van artikel 23 Grondwet. Zo is er al op gewezen dat het grondwetsartikel de exclusieve basis vormt voor het duale bestel van bijzonder en openbaar onderwijs dat volledig door de overheid wordt bekostigd. Hieraan is inherent dat krachtens het grondwetsartikel institutionele belangen speciale bescherming behoeven. Toch is ook binnen de termen van het aan het individu gekoppelde recht op onderwijs zeer wel verdedigbaar dat institutionele belangen van scholen vergaande bescherming verdienen. Maar dat staat dan wel in een bepaald perspectief, dat een nadere afbakening kan geven van ons begrip van artikel 23 Grondwet.

Een casus kan dit misschien verduidelijken. Men stelle zich de situatie voor dat op grond van het recht op onderwijs niet het *bestuur* van de bijzondere school maar de *ouders* het recht hebben om de grondslag, de richting van de school te bepalen.²⁰⁰ Het zou als volgt kunnen gaan. De ouders besluiten in meerderheid de katholieke basisschool om te zetten in een bijzonder neutrale school. Het gevolg zal dan wellicht zijn dat het bestuur zijn biezen pakt. Een ander gevolg zal wellicht zijn dat sommige leerkrachten zich niet meer thuis voelen op de school en vertrekken. Hoe zit het vervolgens met de minderheid van de ouders die het niet eens zijn met het besluit? Hun recht op onderwijs komt in het gedrang. Of ze blijven op een school waar zij (of hun kind) zich niet meer thuis voelen, of ze moeten zoeken naar een nieuwe school, verder van huis. Het wordt niet geaccepteerd in onze rechtsstaat dat het genot van een grondrechtelijk beschermd recht bij elk willekeurig meerderheidsbesluit kan worden beperkt of afgenomen. De principiële vraag is dan of bij de ouders alleen de afweging van hun eigenbelang met

¹⁹⁸ Zie artikel 94 Grondwet: Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

¹⁹⁹ Vgl. artikel 46, eerste lid, EVRM: "De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich ertoe zich te houden aan de eindspraak van het Hof in de zaken waarbij zij partij zijn." Uit dit artikel volgt dat de verbindendheid voor Nederland van uitspraken tegen andere staten "eerder is gebaseerd op vrijwillige acceptatie (...) dan op enige vorm van hiërarchie of op een verplichtend karakter van de EHRM-jurisprudentie". Zie Gerards, 2011, p.608-612.

²⁰⁰ Deze casus werd aangesneden door oud-staatssecretaris Netelenbos in de nota *De identiteit van de school in een pluriforme samenleving*. Zie daarover Zoontjens, 1999, p. 53-54.

belangen die het eigenbelang overstijgen in goede handen is. Zouden zij er juist niet verstandig aan doen die meer algemene belangenafweging in handen te leggen van een overkoepelende instantie, bijvoorbeeld een schoolbestuur?

Omdat het antwoord in de meeste gevallen bevestigend moet luiden, blijkt al dat de regel die wordt afgeleid uit artikel 23 Grondwet dat het bevoegd gezag de drager van de onderwijsvrijheid is, en dus ook exclusieve beslissingsmacht toekomt over de grondslag van de school, niet per se in strijd is met het aan de positie van het individu gekoppelde recht op onderwijs. De Nederlandse opvatting over onderwijsvrijheid kan integendeel worden beschouwd als een naar tijd en plaats bepaalde, concrete uitwerking daarvan. Een met adequate bevoegdheden toegerust schoolbestuur kan een waarborg zijn voor de rust op en continuïteit van de school. Dat zijn onmisbare elementen voor het genot van goed onderwijs. Maar als men zo tegen het belang van een schoolbestuur aankijkt, wordt wel tegelijkertijd meteen duidelijk dat het voor zijn bestaan steeds afhankelijk is van een legitimatie vanuit de schoolgemeenschap en dat het bestuur er niet is om 'eigen' rechten uit te oefenen.

Het recht op onderwijs behoort tot het hedendaagse interpretatiekader van de vrijheid van onderwijs

De raad sluit aan bij het internationaalrechtelijk beschermde recht op onderwijs om het normatieve kader te verhelderen, van waaruit op nationaal niveau naar de betekenis van de vrijheid van onderwijs moet worden gekeken. Daarmee wordt geen afstand genomen van de bestaande interpretatiemethoden die met betrekking tot artikel 23 Grondwet relevant zijn, zoals de systematische en historische interpretatiemethode.²⁰¹ Wel kan het fungeren als een zelfstandige invalshoek die nog te weinig aan bod is geweest als integraal bestanddeel van wat wij verstaan onder vrijheid van onderwijs.

²⁰¹ Zie *Vaste grond onder de voeten*, p. 18-20.

Bijlage 3

Gestichte en opgeheven scholen

Tabel 5: Gestichte (+) en opgeheven (-) scholen primair onderwijs, 2003-2010

	2003		2004		2005		2006		2007		2008		2009		2010		2011		Totaal	
	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-
Algemeen bijzonder	2		1		2		4		2		8		3		3	1		2	25	3
Openbaar	10		11		6		3		2	1	5		4	1	3				44	2
Protestants-christelijk			4		5		2		1		2	1	2		1				17	1
Katholiek	2		5		7		5		2		5		1		1				28	
Antroposofisch																				
Evangelisch	1		1		1		1		1		2		2		5		1	14	1	
Evang.Broeders					1											1		1	1	
Gereformeerd vrijgemaakt									1		1							2		
Hindoeïstisch					1						1							2		
Interconfess.											2		2		2			6		
Islamitisch	1		3		5		1	2	1				1	1		3		12	6	
Reformato- risch	1				1		1		1									4		
Samenwerking pc/rk			3		1						1				1			6		
Totaal	17		28		30		16	1	12	2	27	1	15	2	16	5		3	161	14

Bron: OCW/DUO

Tabel 6: Stichting naar schoolsoort voortgezet onderwijs, 2005-2012; gehonoreerde (+) en afgewezen (-) aanvragen*

	2005		2006		2007		2008		2009		2010		2011		2012		Totaal	
	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-	+	-
Vbo	4	2	5	2				1						1			9	6
Mavo	2	1	2	4		2		1		4	3	2				3	7	17
Havo	2	1	2	5		2		1			3	2				4	7	15
Atheneum	2	1	1	4		2					2	2				3	5	12
Gymnasium	1	1		1		2		1					2				3	5
Pro		1						2		1					1		1	4
Totalen	11	7	10	16		8		6		5	8	6	2	1	1	10	32	59

*) Stichting: mede door splitsing en uitbreiding. Nieuwe vbo-programmering door regionale arrangementen niet opgenomen. Na 2009 stichting vwo opgevat als atheneum, tenzij uitdrukkelijk gymnasium.

Bron: staatsbladen, 2005-2010

Bijlage 4

Denominatie en (zeer) zwakke scholen

Tabel 7: Percentage scholen primair onderwijs zwak en zeer zwak, 2009-2011

	1 september 2009		1 september 2010		1 september 2011	
	Zwak (%)	Zeer zwak (%)	Zwak (%)	Zeer zwak (%)	Zwak (%)	Zeer zwak (%)
Openbaar	7,1	2,3	8,1	1,1	5,0	0,7
Algemeen bijzonder	7,6	1,3	3,3	0,9	2,4	0,6
Protestants christelijk	5,4	1,3	5,9	0,8	3,5	0,6
Katholiek	3,7	0,9	4,1	0,8	2,7	0,4
Gereformeerd vrijgemaakt	5,7	1,6	6,2	1,6	4,7	0,0
Reformatorisch	4,1	3,3	4,8	2,4	2,4	0,8
Islamitisch	28,8	17,9	20,0	7,5	17,5	2,5
Overig/bijzonder	11,5	3,6	5,7	0,7	2,8	0,0
Totaal	5,8	1,7	6,0	1,0	3,8	0,6

Bron: Inspectie van het Onderwijs

Tabel 8: Percentage scholen voortgezet onderwijs zwak en zeer zwak, 2009-2011

	1 september 2009		1 september 2010		1 september 2011	
	Zwak (%)	Zeer zwak (%)	Zwak (%)	Zeer zwak (%)	Zwak (%)	Zeer zwak (%)
Openbaar	10,9	1,7	11,6	1,2	12,3	0,5
Algemeen bijzonder/ Overig	15,5	1,9	13,5	1,0	11,5	0,8
Protestants christelijk	5,9	1,7	9,1	1,3	8,8	1,0
Katholiek	5,9	0,5	5,3	0,2	4,8	1,0
Reformatorisch	13,1	0,0	8,9	3,6	1,8	3,5
Islamitisch	10,0	90,0	0,0	30,0	0,0	0,0
Totaal	9,9	1,7	10,0	1,1	9,4	0,9

Bron: Inspectie van het Onderwijs

Bijlage 5

Gewichtenleerlingen in openbaar en bijzonder basisonderwijs

Tabel 9: Aantallen en percentages leerlingen met 'gewicht' in basisonderwijs; 2006

		G4		G21		Overig		Landelijk	
			%		%		%		%
Open- baar	.90	22.913	34,6	9.849	13,8	27.454	8,1	60.216	12,7
	.90 en 1.25	31.794	48,0	19.596	27,5	68.428	20,2	119.818	25,2
	Totaal	66.180	100	71.190	100	338.155	100	475.525	100
Bijzonder	.90	30.208	28,9	16.612	11,0	30.178	36,9	76.998	7,2
	.90 en 1.25	43.664	41,8	35.183	23,3	116.481	14,3	195.328	18,2
	Totaal	104.331	100	151.154	100	817.382	100	1.072.867	100
Totaal	.90	53.121	31,1	26.461	11,9	57.632	5,0	137.214	8,9
	.90 en 1.25	75.458	44,2	54.779	24,6	184.909	16,0	315.146	20,3
	Totaal	170.511	100	222.344	100	1.155.537	100	1.548.392	100

Bron: OCW/DUO

Onder 'bijzonder onderwijs' zijn ook samenwerkingsbesturen opgenomen en andere bevoegde gezagsorganen die volgens DUO zowel openbaar als bijzonder onderwijs verzorgen.

