

Honderd jaar onderwijspacificatie

Honderd jaar onderwijspacificatie

Preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen
Vereniging op 9 juni 2017

Mr. dr. J.R. Groen

Zutphen 2017



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-145-3

NUR 820

© 2017 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1	Inleiding / 7
2	De juridische betekenis van artikel 23 Grondwet in historisch perspectief / 9
2.1	De vorming van een nationaal onderwijsstelsel / 9
2.2	De grondwetswijziging van 1848 / 11
2.3	De herinterpretatie van de Grondwet in 1887 / 12
2.4	De onderwijspacificatie van 1917 / 15
2.5	Conclusie / 17
3	Internationaalrechtelijke grenzen aan nationaal onderwijsbeleid / 21
3.1	Artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM / 21
3.2	Artikel 13 van het IVESCR / 22
3.3	De artikelen 28 en 29 van het IVRK / 22
3.4	Conclusie / 23
4	De vrijheid van richting en oprichting: richtingvrije planning en afschaffing van het richtingbegrip / 25
4.1	De vrijheid van richting in de context van andere deelvrijheden / 25
4.2	Verruiming of (gedeeltelijke) afschaffing van het richtingbegrip? / 27
4.3	Het wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' / 29
4.4	Beoordeling van het wetsvoorstel / 31
4.4.1	Onderbouwing / 31
4.4.2	Enkele praktische vraagstukken / 33
4.4.3	Enkele principiële vraagstukken / 34
4.5	Conclusie / 36
5	De samenwerkingschool / 39
5.1	De ontwikkelingen richting een samenwerkingschool / 39
5.2	Het wetsvoorstel 'Samen sterker door vereenvoudiging samenwerkingschool' / 40
5.3	Beoordeling van het wetsvoorstel / 42
5.4	Conclusie / 44
6	Conclusie en reflectie / 47
	Rede voorzitter Christen Juristen Vereniging / 53

Hoofdstuk 1

Inleiding

In het jaar 2017 is de grondwetswijziging, die bekend is komen te staan als de 'onderwijspacificatie', precies honderd jaar oud. De grondwetswijziging is om meerdere redenen bijzonder. Er is vermoedelijk geen politieke kwestie geweest die het beeld van het politieke landschap in Nederland zozeer beïnvloed heeft als de onderwijskwestie. Een andere bijzonderheid is dat 'het' onderwijsartikel, thans artikel 23 van de Grondwet, nauwelijks inhoudelijke wijzigingen heeft ondergaan sinds de totstandkoming. Bij de grote Grondwetsherziening van 1983 is het artikel, overigens na een stevige parlementaire discussie, ongewijzigd blijven bestaan. Een derde bijzonderheid is, ten slotte, dat het honderdjarig bestaan van dit artikel op meerdere plaatsen gevierd wordt. De belangstelling voor de vrijheid van onderwijs en de gelijkwaardigheid van bijzonder en openbaar onderwijs in Nederland steekt, zeker tegen de achtergrond van de veelal magere belangstelling voor onze Grondwet, positief af. Ook in parlementaire debatten over het onderwijsbestel is het nog steeds niet weg te denken. Waar veel van onze nationale grondrechten in zekere zin 'ingehaald' zijn door de sterkere materiële bescherming die de rechten van het EVRM biedt tegen inperkingen door de wetgever, is artikel 23 nog steeds een belangrijk baken voor de nationale rechtsverhoudingen in het onderwijs.

Tegelijkertijd is artikel 23 Grondwet geen rustig bezit. In parlementaire debatten en in de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State komt regelmatig de vraag aan de orde of specifieke beleidsmaatregelen wel te verenigen zijn met artikel 23 Grondwet. Door het toetsingsverbod voor formele wetgeving kan de grondwettelijke bescherming die artikel 23 biedt ondergraven worden door het handelen van de wetgever, die in laatste instantie het oordeel geeft over de verenigbaarheid van wetgeving met de Grondwet. Ook in meer principiële politiek-ethische discussies over het onderwijsstelsel wordt de wenselijkheid van artikel 23 Grondwet met enige regelmaat ter discussie gesteld. Anno 2017 heeft Nederland een formeel sterk verzuild onderwijsstelsel, terwijl de samenleving in vergaande mate ontzuild en gesecculariseerd is.

De centrale vraag in dit preadvies is: wat is de betekenis van artikel 23 Grondwet, honderd jaar na de totstandkoming van de onderwijspacificatie in actuele vraagstukken van onderwijsbeleid en voor de toekomst van het onderwijsbestel? Voor beantwoording van deze centrale vraag zijn verschillende bouwstenen van belang. Allereerst zal ik (in hoofdstuk 2) ingaan op de historische achtergrond van artikel 23 Grondwet. Een goed begrip van de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 23 Grondwet is wezenlijk voor een begrip van de juridische betekenis. Vervolgens zal ik, in een korte zijstap, de grenzen van het internationale recht verkennen voor het nationale onderwijsbeleid (in hoofdstuk 3). Vervolgens ga ik in op enkele actuele vraagstukken die van betekenis zijn voor het stelsel van artikel 23 Grondwet (in

de hoofdstukken 4 en 5). Ik eindig met een conclusie (hoofdstuk 6), waarin ik een antwoord op de onderzoeksvraag formuleer.

Hoofdstuk 2

De juridische betekenis van artikel 23 Grondwet in historisch perspectief¹

2.1 De vorming van een nationaal onderwijsstelsel

De ontstaansgeschiedenis van Nederland als zelfstandige natiestaat is onlosmakelijk verbonden met de religieuze reformatie en de daaropvolgende opstand tegen het Spaanse gezag. In de Republiek der zeven verenigde Nederlanden was er wel een minimale vorm van godsdienstvrijheid in de vorm van gewetensvrijheid, maar tegelijkertijd kwam aan de hervormde kerk een geprivilegieerde plaats toe. De Republiek was, in ieder geval in naam, een confessionele protestantse natie.² Het onderwijs was in de republiek niet volledig centraal georganiseerd, maar was een lappendeken van initiatieven van de verschillende staten en particulier initiatief. In het onderwijs werd nadrukkelijk gestreefd naar religieus dogmatisch onderwijs.³

Na de Franse bezetting werd de zorg voor onderwijs een taak van de gecentraliseerde staat. Dit kwam onder andere tot uitdrukking in de tekst van de Grondwet, die het onderwijs zag als een ‘voorwerp van aanhoudende zorg der regering’. Deze tekst is nog steeds een element van de huidige grondwetstekst. Overigens was hiermee nog niet onmiddellijk sprake van een nationaal onderwijsstelsel. De rijksoverheid droeg maar in beperkte mate bij aan de kosten van het onderwijs.

De intieme relatie tussen de hervormde kerk en de natiestaat werd voortgezet in de vroege negentiende eeuw.⁴ De rol van beide veranderde echter wel. In de aanloop naar de negentiende eeuw verschoven onder invloed van de Verlichting de dominante opvattingen over religie. Enerzijds werd vanuit verschillende perspectieven kritiek geleverd op de dogmatische leerstellingen van het christendom, anderzijds werd religie wel gezien als een ‘nuttige’ zaak voor de samenleving. Hoewel we voorzichtig moeten zijn met het aannemen van al te sterke causaliteit tussen deze Verlichtingsideeën en de staatsinrichting, is het niet te veel gezegd dat er bij de gezagdragers van het jonge Koninkrijk sprake was van een dominante opvatting dat er sprake was en diende te zijn van een instrumentele verhouding tussen kerk en staat. Het bevorderen van de staatsgodsdienst werd gezien als een verlengde van het scheppen van een eenheidsstaat, en omgekeerd, de staat werd gezien als een hoeder van de ware en ene kerk. De kerk diende ‘staatsgezind’ te zijn, en de

1. De historische wording van artikel 23 Grondwet heb ik eerder uitgebreid beschreven in: ‘1917: scharnierpunt van het onderwijsbestel’, in: *De jaren van het Koninkrijk. Tien knooppunten*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties 2014. In dit preadvies bouw ik hierop voort.
2. J. van Eijnatten & F.A. van Lieburg, *Nederlandse religiegeschiedenis*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2006, p. 169 e.v.
3. Dogmatisch heeft soms een negatieve bijklank in de zin van ‘bekrompen’. Ik gebruik het woord hier als synoniem voor ‘leerstellig’.
4. www.annemariehoukes.nl/documents/christelijke_vaderlanders.pdf, p. 15 e.v.

staat had vergaande bemoeienis met de interne organisatie van de kerk.⁵ De staat diende de maatschappelijke positie van de dominante kerk te bewaken.

Het van overheidswege geprivilegieerde hervormde christendom van de vroege negentiende eeuw was een 'burgerlijk christendom', ontdaan van dogmatische stellingnames, en gericht op het bereiken van een zo groot mogelijke maatschappelijke eensgezindheid. Deze verhouding had zijn weerslag in het onderwijs. In de wet van 1806 was de verplichting opgelegd aan het openbaar onderwijs dat het zou opvoeden 'tot alle Maatschappelijke en Christelijke deugden'. Dit was geen leerstellig christelijk onderwijs, maar onderwijs in een 'burgerlijk christendom'. Deze visie werd uitgedragen door de onderwijsinspecteurs, die de bevoegdheid hadden om vergunningen te verlenen (en te onthouden) voor het stichten van nieuwe scholen.

Ondanks dat hiermee gepoogd werd verschillen tussen religieuze stromingen, waaronder het katholicisme, maar ook stromingen binnen de hervormde kerk zelf, te overbruggen, bleven op dit punt spanningen bestaan. Deze domineerden in belangrijke mate het politieke debat van de eerste helft van de negentiende eeuw. In eerste instantie was er een sterke weerstand vanuit degenen die op dit punt een sterkere dogmatische stellingname van de staat verwachtten. De staat zou, in hun opvatting, evenals onder de republiek, in het onderwijs weer een leerstellig christendom moeten uitdragen. Groen van Prinsterer verdedigde een tijd lang deze opvatting.

Vanuit katholieke zijde werd, in eerste instantie op grond van liberale principes, in de loop van de negentiende eeuw steeds sterker gepleit tegen het in katholieke ogen te protestantse onderwezen christendom. Herstel van de maatschappelijke positie van de katholieke kerk, maar binnen het verband van de nationale staat, werd gaandeweg het streven, een streven dat met het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie in vergaande mate werd gerealiseerd. Vanuit principieel liberale stellingname werd wel gepleit voor het loslaten van de status van de hervormde kerk als staatskerk en het loslaten van het predicaat 'christelijk' in het van de overheid uitgaande onderwijs, en het bieden van vrijheid voor particulier initiatief naast het van overheidswege verzorgde onderwijs. Thorbecke was van deze opvatting een belangrijke stem.

Deze fase, de aanloop naar 1848, wordt soms wel gekarakteriseerd als een 'eerste fase' van de schoolstrijd. Bij deze karakterisering past evenwel de kanttekening dat de inzet van de schoolstrijd door de tijd heen veranderde. Er was niet van het begin af aan sprake van een duidelijke inzet van bepaalde maatschappelijke groeperingen voor de vrijheid van onderwijs voor de eigen kring. In de vroege negentiende eeuw was de inzet vanuit de meer orthodoxe christelijke stromingen gericht op het herstel van een van overheidswege uitgedragen leerstellig christendom, ook in het onderwijs. De vrijheid van onderwijs in de zin van de vrijheid om een school te stichten

5. De kerk kreeg onder andere tot taak mee de 'aankweeking van liefde voor de Koning en vaderland', zie het reeds geciteerde werk van Houkes. Willem I had een bijzondere bemoeienis met de interne organisatie van de Hervormde Kerk.

van de eigen levensovertuiging was niet van het begin af aan de inzet, maar is beter te karakteriseren als het meest realistische alternatief dat aan aantrekkelijkheid won nadat een van overheidswege uitgedragen leerstelling christendom definitief niet houdbaar bleek te zijn in het licht van de noodzaak om de diversiteit van religieuze opvattingen binnen de Nederlandse staat te erkennen om de eenheid van de staat te handhaven.

2.2 De grondwetswijziging van 1848

Zoals voor zoveel staatsrechtelijke onderwerpen vormt de grondwetswijziging van 1848 een belangrijk markeringspunt. Bij de grondwetswijziging van 1848 werd voor de eerste maal de vrijheid van onderwijs in de Grondwet neergelegd. Naast de zorg van de regering en de verslaglegging van het onderwijs werden drie leden opgenomen:

2. De inrichting van het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, door de wet geregeld.
3. Er wordt overal in het Rijk van overheidswege voldoende openbaar lager onderwijs gegeven.
4. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen.

Het tweede lid ziet op de neutraliteit van het openbaar onderwijs. Neutraliteit had hierin de betekenis dat geen specifieke levensbeschouwelijke overtuiging werd uitgedragen. Dit was, zoals ik hierboven heb beschreven, voordien en ook ten tijde van de behandeling geen vanzelfsprekendheid. Voor bestaande openbare scholen betekende dit het einde van een lokaal bepaalde religieuze richting. De regeling bij wet garandeerde de betrokkenheid van de Kamers bij de vormgeving van het openbaar onderwijs.

Het derde lid ziet op de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs. Van overheidswege werd voorzien in 'voldoend' openbaar onderwijs. Wat voldoende was, hing af van de concrete behoefte in een bepaald gebied. Het vierde lid bevat de vrijheid van onderwijs, en enkele beperkingen aan deze vrijheid. De twee beperkingen zijn het toezicht van de overheid en het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzers. Beide elementen dienden in de wet te worden uitgewerkt.

Thorbecke richtte zich in de parlementaire verdediging van de regering vooral op het 'droit d'apprendre', het recht om onderwijs te geven als onderdeel van de vrije beroepskeuze. Concurrentie zou bevorderend zijn voor de kwaliteit van het onderwijs. De Kamer drong echter aan op een 'droit d'enseigner', een recht om onderwijs te ontvangen in de geloofsrichting van de eigen voorkeur.⁶ Beide elementen worden geacht onder de vrijheid van onderwijs te vallen. De plicht om een vergunning te hebben voor de oprichting van een school verviel in de uitwerking van de grond-

6. B.P. Vermeulen & D. Mentink, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Reed Business 2007.

wetswijziging in de Lager-Onderwijswet van 1857.⁷ Hiermee werden de formele belemmeringen om scholen van een levensbeschouwelijke richting te stichten opgeheven.

Kernelementen van de Grondwetswijziging van 1848, de neutraliteit van het openbaar onderwijs, de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs en de tweeledige vrijheid van onderwijs, zijn nog steeds kernelementen van het onderwijsstelsel. Ook het toezicht op het onderwijs en de bekwaamheids- en zedelijkheidseisen werden voorzien van een grondwettelijke basis. De grondwet bevatte geen bepaling over bekostiging van het bijzonder onderwijs. Dit was ten tijde van de Grondwetswijziging nog niet aan de orde, maar werd gaandeweg actueler, mede door de zwaardere eisen die de overheid aan het onderwijs stelde.

De vroeg-negentiende-eeuwse strijd om de richting van de Nederlandse staat werd met de grondwetswijziging van 1848 definitief beslecht in het voordeel van de liberale staatsopvatting. Nederland was niet langer een 'verlichte protestantse natie', maar een liberale staat, waarin de staat zelf levensbeschouwelijk neutraal was en verschillende kerkelijke stromingen op gelijke voet werden behandeld. Dat ging overigens, ook na 1848, niet zonder slag of stoot. De smeebeden die gericht werden aan de Koning bij het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie is een voorbeeld van maatschappelijke onrust die door een deel van het volk werd ervaren bij deze nieuwe richting.⁸

2.3 De herinterpretatie van de Grondwet in 1887

De Grondwet van 1848 ging uit van vrijheid van onderwijs, met een minimale invulling van de verantwoordelijkheid van de overheid voor de kwaliteit, in de vorm van onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzers en het toezicht. Vanuit de primair civielrechtelijke voorstelling van vrij onderwijs als contract tussen docent en ouders/leerling was geen grond voor het stellen van hoge publieke eisen aan het gegeven onderwijs. Er was, vanuit de gedachte van de nachtwakersstaat, ook geen reden voor de overheid om zich al te zeer te bemoeien met de inhoud van het onderwijs. De Grondwet van 1848 werd lange tijd gezien als een uitputtende regeling voor het onderwijs. Het feit dat er geen bepaling was opgenomen die voorzag in bekostiging van het bijzonder onderwijs werd geïnterpreteerd als een verbod op bekostiging.

Het bijzonder onderwijs werd voor eigen kosten opgericht en in stand gehouden, een kostbare aangelegenheid. Zeker voor de kinderen van minder kapitaalkrachtige ouders kan dit leiden tot een voortdurende druk op de kwaliteit van het onderwijs en de docenten. Ten tijde van de grondwetswijziging was dit niet direct problematisch. Voor de armsten speelde onderwijs sowieso nauwelijks een rol, omdat de kinderen vaak op het land werkten of in de fabriek. In de tweede helft van de ne-

7. Drop, p. 180.

8. Zie hiervoor uitgebreid P. van Sasse van Ysselt, 'De Aprilbeweging en scheiding van kerk en staat', in: *De jaren van het Koninkrijk. Tien knooppunten*, reeds aangehaald.

gentiende eeuw gaat de staat zich echter in toenemende mate bemoeien met het maatschappelijk leven, en neemt het belang van scholing toe.

De staat ging zich sterker bemoeien met het maatschappelijke leven, onder andere door regulering inzake kinderarbeid en met een sterkere nadruk op onderwijs voor alle kinderen, en niet alleen de traditionele maatschappelijke elite. De komst van de HBS is hiervan een sprekend voorbeeld. Met de toename van het belang van de staat bij onderwijs kwam ook de roep om strengere kwaliteitseisen op. Als de gestelde eisen worden verhoogd, betekent dit echter ook een toename van kosten. De verhoging van de eisen die werden gesteld aan het onderwijs in 1878, die voor het openbaar onderwijs leidde tot ruimhartiger financiering, leidde dan ook tot een versterking van de roep om subsidiëring van het bijzonder onderwijs.⁹

Door deze ontwikkelingen verloor de in eerste instantie formeel vormgegeven onderwijsvrijheid aan betekenis, omdat ze materieel steeds moeizamer gerealiseerd kon worden. Er waren dan wel geen wettelijke belemmeringen voor de oprichting en instandhouding van een bijzondere school, maar het verzamelen van het daarvoor benodigde kapitaal werd in toenemende mate een probleem. Daar kwam bij dat degenen die hun kinderen naar een bijzondere school stuurden een eigen bijdrage betaalden voor het bijzonder onderwijs, en tegelijkertijd via de algemene belastingheffingen meebetaalden aan het in stand houden van openbaar onderwijs, terwijl zij hier geen gebruik van maakten. Dit werd gezien als een dubbele belasting voor de ouders die hun kinderen naar een bijzondere school stuurden. Tot 1887 werd echter, met een beroep op de Grondwet, betoogd dat subsidiëring van het bijzonder onderwijs niet mogelijk was. Kern van de argumentatie was dat de regeling van de Grondwet uitputtend was, en niet voorzag in een grondslag voor bekostiging van het bijzonder onderwijs.

In 1887 nam de discussie over de bekostiging van bijzonder onderwijs een verrassende wending. Tegen een dreigende verwerping van de gehele grondwetsherziening door de confessionele zijde van de Eerste Kamer werd door Minister Heemskerk overwogen dat de tekst van het bestaande grondwetsartikel zich niet verzette tegen subsidiëring van het bijzonder onderwijs. Hiermee werd, zonder dat een letter aan de tekst veranderde een wezenlijk andere interpretatie aan het onderwijsartikel gegeven. Kern van de lezing was niet langer het uitputtend karakter van de regeling, maar een *contrario*-redenering: het ontbreken van een expliciet verbod op bekostiging maakte dat de Grondwet niet principieel in de weg stond aan subsidiëring.

In 1889 mondde dit uit in een wetswijziging van Minister Mackay, waarin de basis werd gelegd voor de financiering van bijzonder lager onderwijs. Een heikel punt bij deze wijziging waren de deugdelijkheidseisen die de overheid zou kunnen stellen ter verantwoording van de besteding van publieke middelen.¹⁰ Enerzijds werd de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs met het toenemen van subsidiëring in toenemende mate een publiek belang. Bij uitbreiding van subsidiëring

9. Drop, p. 161; Den Hartog, p. 262.

10. D. Mentink, *De kwaliteitsnormerende functie van deugdelijkheidseisen, waarborg voor goed onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad 2012.

hoorde ook een sterkere verantwoording van besteding van publieke middelen. Anderzijds vergde het bijzondere karakter van het bijzonder onderwijs een zekere terughoudendheid ten aanzien van het stellen van eisen aan het gegeven onderwijs. De vrijheid van onderwijs zou betekenisloos worden wanneer zij via de weg van voorwaarden aan besteding van publieke middelen uitgehold zou worden.

Deze kwestie werd opgelost door enkele, voornamelijk op uiterlijkheden gerichte, bekostigingsvoorwaarden op te nemen over het aantal lesuren en het verplichte vakkenpakket.¹¹ Daarmee werd in ieder geval gegarandeerd dat er verantwoording plaatsvond over de rechtmatigheid van de besteding van publieke gelden, en het bijzonder onderwijs kon worden ondersteund met publieke middelen.

Dit was een eerste stap in een ontwikkeling van voortgaande versterking van de positie van het bijzonder onderwijs. De erkenning van diploma's van bijzondere hogescholen in de Hoger-onderwijswet van 1905 versterkte de positie van het bijzonder hoger onderwijs.¹² In 1909 werd de mogelijkheid van subsidiëring van bijzonder middelbaar onderwijs geopend. De ongelijkheid in rechtspositie en in subsidiëring bleef ten principale echter bestaan, en het stelsel bleef uitgaan van het primaat van het openbaar onderwijs.

De geharnaste houding van de opgekomen politieke partijen ten aanzien van 'de onderwijskwestie' leidde er daarenboven toe dat de kwestie behalve een praktische en maatschappelijke ook een grote invloed had in het bepalen van de landelijke politieke agenda. Onder het kabinet Heemskerk werd tot het oplossen van de kwestie de staatscommissie Heemskerk (1910-1912) ingesteld. Deze commissie, bestaande uit bijna alle partijleiders, kreeg de opdracht te adviseren over de uitbreiding van het kiesrecht en over het onderwijsartikel. Vanuit confessionele hoek verlangde met name Kuyper dat het bijzonder onderwijs regel zou worden, en het openbaar onderwijs slechts aanvullend zou worden ingezet, wanneer er geen bijzonder onderwijs voor handen was.¹³ Dit zou echter mede kunnen betekenen dat er in sommige gevallen geen openbaar onderwijs toegankelijk zou zijn voor diegenen die zich niet zouden kunnen vinden in het beschikbare bijzondere onderwijs. Kuyper nam hiermee een extreme opvatting in, die niet gedeeld werd door andere confessionelen, zoals De Savornin Lohman en Nolens. Dit leek perspectieven te bieden om tot een oplossing te komen. Desalniettemin kon men in de commissie niet tot een eensluidend advies komen. Een voorstel in de lijn van Kuyper werd door een confessionele meerderheid aanvaard, de minderheid stelde een grondwetsvoorstel op waarbij ongelijke subsidiëring niet principieel werd uitgesloten.

De behoefte aan gelijkberechting, de erkenning van de volwaardigheid van het bijzonder onderwijs, en financiële gelijkstelling bleef hierdoor bestaan, en zou pas na 1917 definitief opgelost worden.

11. Idem.

12. C. de Ru, *De strijd om het hoger onderwijs tijdens het ministerie-Kuyper* (diss. VU Amsterdam), Kampen: J.H. Kok 1953.

13. J. den Hertog, *Cort van der Linden (1846-1935), Minister-president in oorlogstijd*, Amsterdam: Boom 2007, p. 268.

2.4 De onderwijspacificatie van 1917

De totstandkoming van het onderwijsartikel in 1917 zou uiteindelijk de geschiedenis ingaan als 'de onderwijspacificatie'. Aan de vooravond van de pacificatie was er sprake van een gemengd stelsel. Openbaar onderwijs was het dominante onderwijs. Scholen met een levensbeschouwelijke richting konden vrij worden opgericht, en onder voorwaarden in aanmerking komen voor gedeeltelijke subsidiëring. Politiek gezien raakte de discussie, juist vanwege de lange duur van de schoolstrijd en de verschillende pogingen om tot een oplossing te komen, aan 'oud zeer', waardoor de bereidheid om concessies te doen beperkt was. Elke concessie zou afdoen aan het eigen gelijk, waar zo lang voor gestreden was.

In 1913 werd een nieuwe poging ondernomen, door de staatscommissie Bos, ingesteld onder het kabinet Cort van der Linden. De teleurstellende uitkomst van de staatscommissie Heemskerk maakte dat niet iedereen bij het instellen van de commissie Bos even optimistisch gestemd zal zijn geweest over de mogelijkheden om de schoolstrijd te beslechten. De opdracht van de commissie was 'a. wettelijke voorschriften te ontwerpen ten aanzien van de voorziening in op de kosten van het openbaar en bijzonder onderwijs, waardoor de deugdelijkheid en de krachtige vooruitgang van het onderwijs der jeugd wordt verzekerd, onder behoud van de opvoedkundige zelfstandigheid van het bijzonder onderwijs' en 'b. zoo noodig eene redactie te ontwerpen van art. 192 der Grondwet, welke met deze voorschriften niet in strijd is'.

De commissie bestond uit zeven fractievoorzitters en zeven onderwijsspecialisten uit de Tweede Kamer, en kwam in 1916 met een ontwerptekst voor een nieuwe Grondwetsbepaling, en een bijbehorende toelichting. Nieuwe elementen in de bepaling waren:

- 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.
- 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.
- 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.

De regering nam het voorstel van de commissie integraal over.¹⁴ Het voorstel werd tezamen met de grondwetsherziening tot invoering van het algemeen kiesrecht

14. D. Mentink, *Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de vrijheid van onderwijs*, onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad, Den Haag: Onderwijsraad 1996, p. 28 e.v.

behandeld. In de Kamer was men in eerste instantie niet onverdeeld enthousiast over het voorstel. Van de zijde van enkele voorstanders van het openbaar onderwijs was de kritiek dat het voorstel een verzwakking betekende van het openbaar onderwijs, en dat de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs onvoldoende gewaarborgd kon worden.¹⁵

Van de zijde van de enkele voorstanders van het bijzonder onderwijs, met name de ARP, werd het voorstel onvoldoende bevonden omdat het niet uitging van het primaat van het bijzonder onderwijs.

In de mondelinge behandeling ging de aandacht met name uit naar de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs en de deugdelijkheidseisen. Op het laatste punt dreigde een patstelling over de tekst van het Grondwetsartikel. Het vijfde lid luidde: '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.' De angst bij de Tweede Kamer was dat met deze redactie de wetgever te veel ruimte had om aan dit artikel een invulling te geven en, afhankelijk van de meerderheden in het parlement, enerzijds de onderwijsvrijheid in de kern zou kunnen aantasten, of anderzijds zoveel vrijheid laten dat de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs onvoldoende gewaarborgd zou zijn.

Op initiatief van het Kamerlid Nolens kwam de regering met een nieuw zesde lid, om nadere invulling te geven aan het vijfde lid. Het voorgestelde lid luidde, na enige redactionele aanpassingen van de zijde van het parlement: '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.'

Hiermee werd de mogelijkheid voor de wetgever om te komen met lagere deugdelijkheidseisen voor het bijzonder onderwijs dan voor het openbaar onderwijs volledig afgesneden, en werd een belangrijke waarborg opgenomen om de kern van de richtingsvrijheid te beschermen tegen het stellen van deugdelijkheidseisen ten aanzien van de leermiddelen en aanstelling van docenten. Met het nieuwe lid werd de discussie beslecht: de Tweede Kamer kon in grote meerderheid instemmen met het Grondwetsartikel, en ook de behandeling in de Eerste Kamer verliep vervolgens redelijk probleemloos.

Het onderwijsstelsel was niet voltooid met de Grondwetsherziening. Sterker nog, veel van de praktische invulling diende nog tot stand te komen in de eerstkomende wet voor het lager onderwijs, die in 1920 tot stand kwam. En hoewel de schoolstrijd zich primair gericht had op het lager onderwijs, kwam in toenemende mate ook de vraag naar gelijke bekostiging van het secundair en tertiair bijzonder onderwijs op. Deze vormen van onderwijs wonnen maatschappelijk gezien aan belang. Voor

15. Idem.

het middelbaar onderwijs zou het echter nog tot 1956 duren voordat er sprake was van gelijke bekostiging.

Ook in het universitair onderwijs bleek het steeds lastiger om via particuliere gelden de instellingen in stand te houden. Gaandeweg liep het aandeel dat gefinancierd werd van eigen bijdragen terug tot enkele procenten. Voor een deel is dit wellicht ook te verklaren door de toename van de omvang van het universitair onderwijs in de jaren zestig. Voor het universitair onderwijs werd gelijke bekostiging in 1970 een feit.¹⁶ Hoewel het onderwijsartikel ten aanzien van de financiële gelijkstelling geschreven was met het oog op het primair onderwijs, is het artikel in de loop van de twintigste eeuw via extensieve interpretatie ook van betekenis geworden voor de verhoudingen in het voortgezet onderwijs en hoger onderwijs.

2.5 Conclusie

Op basis van bovenstaande historische schetsen kunnen enkele conclusies worden getrokken ten aanzien van de betekenis van artikel 23 Grondwet. Meer dan enig ander Grondwetsartikel is dit artikel een gelaagd artikel, opgebouwd uit elementen die in verschillende tijdsgewrichten tot stand zijn gekomen.

De zorg van de regering voor het onderwijs (het eerste lid) is een product van de Franse tijd. Het jonge Koninkrijk moest zich ontwikkelen als een nationale eenheidsstaat, terwijl veel provinciale gezagsstructuren nog vers in het geheugen lagen. Het ontwikkelen van een nationaal stelsel van onderwijs was een belangrijke opdracht voor Nederland in het begin van de negentiende eeuw.

De levensbeschouwelijke neutraliteit van het openbaar onderwijs (het derde lid) was de uitkomst van een lange en moeizame strijd, die mede raakte aan de identiteit van Nederland als natie. Hoewel een bepaalde mate van gewetensvrijheid vanaf het begin van de republiek werd geaccepteerd, werd het beeld van Nederland als een protestantse natie die zich ontworsteld had aan het juk van het katholieke Spanje, lange tijd gekoesterd en gecultiveerd. In de negentiende eeuw verschoof dit zelfbeeld onder invloed van een meer rationalistische opvatting van godsdienst. Nederland was niet langer een protestantse natie, in die zin dat de religieuze dogma's bepalend waren. De dominante hervormde kerk en de staat hadden echter een innige relatie, gericht op het bewaren van een algemene burgerlijk-christelijke moraal. Deze werd ook in het onderwijs uitgedragen. In 1848 werd hier definitief afstand van genomen en werd levensbeschouwelijke neutraliteit, ook in het onderwijs, het uitgangspunt voor overheidszaken.

De vrijheid van onderwijs, neergelegd in dezelfde grondwetswijziging, werd vanuit de regering voorgesteld als een vorm van beroepsvrijheid. In de Kamer werd hieraan ook nadrukkelijk het recht van ouders verbonden om een school van hun richting op te richten. In zekere zin zijn de vrijheid van onderwijs en staatsneutraliteit met elkaar verbonden: doordat het behouden van een grote mate van religieuze eens-

16. J. Donner, *De vrijheid van het bijzonder wetenschappelijk onderwijs* (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

gezindheid niet langer werd gezien als voorwaarde voor eenheid van de staat, ontstond er ook ruimte om diversiteit in levensbeschouwelijke richtingen ruimhartiger toe te laten dan tot dan toe. De grondwettelijke regeling inzake het toezicht op het onderwijs en de bekwaamheids- en zedelijkheidseisen van de onderwijzer zijn tot op de dag actueel, en bieden grenzen aan deze ruimte voor bijzonder onderwijs.

Vanaf 1848 was er sprake van een formele onderwijsvrijheid. De staat stelde niet langer een vergunningsverplichting voor het oprichten van een school. Naarmate de overheidseisen aan het onderwijs toenamen, en navenant de kosten voor het in stand houden van een bijzondere school, werd deze formele vrijheid echter uitgehouden. Vanaf 1848 gaat de schoolstrijd zich steeds meer richten op het materieel verbeteren van de positie van het bijzonder onderwijs.

De onderwijsvrijheid werd materieel versterkt door bekostiging voor bijzonder onderwijs mogelijk te maken vanaf 1889. Een belangrijk argument hiervoor in de maatschappelijke discussie was dat ouders die hun kinderen naar het bijzonder onderwijs stuurden in zekere zin twee keer betaalden voor het onderwijs, eenmaal rechtstreeks en eenmaal door hun bijdrage aan de algemene middelen, die exclusief ten goede kwamen aan het openbaar onderwijs waar geen gebruik van werd gemaakt.

Tot slot volgde de volledige gelijkstelling van het bijzonder onderwijs met het openbaar onderwijs in 1917 als sluitstuk. De Grondwetsherziening van 1917 kwam tot stand na gedegen politiek voorwerk in een parlementaire commissie. Het voorstel van deze commissie werd overgenomen door de regering, en tezamen met de invoering van het algemeen kiesrecht behandeld.

Bij deze grondwetsherziening werden enkele kernbegrippen geïntroduceerd, die tot op de dag van vandaag een rol spelen bij het onderwijsbeleid. Allereerst gaat het onderwijsartikel uit van het beginsel van alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs. Dit wordt wel de garantiefunctie genoemd: ieder kind moet in beginsel laagdrempelig toegang hebben tot levensbeschouwelijk neutraal onderwijs. Deze garantiefunctie wordt in de verschillende sectorale wetten verschillend uitgewerkt, zodat ook de doelmatigheid van het stelsel als geheel afdoende is gewaarborgd. Men kan zich voorstellen dat het openhouden van een school voor openbaar onderwijs voor enkele leerlingen niet rendabel is, en ook voor de kwaliteit van het onderwijs kwetsbaar zal zijn.

In 2006 is een laatste wijziging van de Grondwet tot stand gekomen, die van belang is voor deze garantiefunctie: sinds 2006 biedt de Grondwet de mogelijkheid om openbaar onderwijs in een bijzondere school aan te bieden, in een zogenaamde samenwerkingschool. Dit is met name voor krimpgebieden, waar het in stand houden van meerdere scholen in dorpskernen niet haalbaar is, maar waar het behouden van de school wel van groot belang is voor de leefbaarheid van de dorpskernen. Op dit onderwerp zal hieronder nog nader worden ingegaan.

Een tweede belangrijk uitgangspunt is de gelijke en volledige bekostiging van het openbaar en bijzonder onderwijs. Dit uitgangspunt is uitgewerkt in de bekostigingswetgeving van de verschillende sectoren. Wanneer een school voldoet aan de bekostigingsvoorwaarden, heeft hij in beginsel zonder meer aanspraak op bekostiging. De bekostiging dient volledig te zijn, in die zin dat geen verplichte bijdrage van ouders gevraagd mag worden voor het leerplichtig onderwijs.

Een derde belangrijk uitgangspunt is de vrijheid van richting en inrichting. De vrijheid om een eigen school op te richten zou zonder betekenis zijn, wanneer de overheid vervolgens volledige zeggenschap zou krijgen over de opgerichte school. De kern van de vrijheid van richting, de levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging van de school, dient door de overheid gerespecteerd te worden. Waar deze invulling krijgt in het concrete onderwijs en in de 'cultuur' van de school, wordt deze beschermd door de vrijheid van inrichting. Daarbij hebben de expliciet genoemde elementen van de 'aanstelling der onderwijzers' en de 'keuze der leermiddelen' een bijzondere plaats. Bijzonder onderwijs heeft een zekere vrijheid om het onderwijs in te richten. Over deze begrippen bestaat de nodige discussie, waarop ik hieronder nog uitgebreider in zal gaan.

Tot slot dient de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs even afdoende te worden gewaarborgd. Deze deugdelijkheidseisen worden, blijkens de Grondwet 'bij wet' gesteld. In de uitleg zijn deze gekoppeld aan bekostigingssancties: alleen bij het niet voldoen aan deugdelijkheidseisen mag een bekostigingssanctie voor het bijzonder onderwijs volgen. Overige kwaliteitseisen, zoals bijvoorbeeld toezichtskaders van de Onderwijsinspectie, kunnen niet door een bekostigingssanctie worden gehandhaafd.

Deugdelijkheidseisen bevatten de minimale vereisten, de ondergrens, voor deugdelijk onderwijs. Dit minimale karakter is van belang om te voorkomen dat de onderwijsvrijheid wordt uitgehold door een steeds verdergaande invulling van deze vrijheid door kwaliteitseisen van de overheid. Hoewel het lastig is om een harde grens te trekken hiervoor, blijft dit een belangrijk uitgangspunt van wetgevingsbeleid.

Oorspronkelijk werd bij artikel 23 Grondwet sterk vastgehouden aan het delegatieverbod voor deugdelijkheidseisen: door een delegatieverbod behoudt het parlement maximale betrokkenheid bij het opstellen van de deugdelijkheidseisen en wordt voorkomen dat de onderwijsvrijheid door lagere regelgevers wordt uitgehold. In rechtsontwikkeling heeft de wetgever inmiddels geaccepteerd dat deze deugdelijkheidseisen (verticaal) gedelegeerd kunnen worden naar een lager niveau. Een belangrijk dilemma blijft evenwel hoe enerzijds voorkomen wordt dat langs de weg van verdergaande deugdelijkheidseisen en overheidstoezicht de vrijheid van onderwijs uitgehold wordt, en anderzijds voorkomen wordt dat de vrijheid van onderwijs een 'excuus' kan zijn voor ondeugdelijk onderwijs. Het stellen van alle voorschriften op formeelwettelijk niveau is vanuit het oogpunt van flexibiliteit niet wenselijk, maar de hoofdlijnen van het onderwijsbeleid dienen wel te worden vastgelegd in een wet in formele zin.

Hoofdstuk 3

Internationaalrechtelijke grenzen aan nationaal onderwijsbeleid

Alvorens in meer detail te kijken naar actuele ontwikkelingen in het onderwijsbeleid, is het goed om kort stil te staan bij de internationaalrechtelijke grenzen aan nationaal onderwijsbeleid. Van belang in dit kader is artikel 2 van het Eerste Protocol bij het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) en de artikelen 28 en 29 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK). Daarnaast verdient in dit verband vermelding het Verdrag nopens de bestrijding van discriminatie in het onderwijs, dat ik hier verder onbesproken zal laten.

3.1 Artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM

Artikel 2, Eerste Protocol bij het EVRM luidt:

‘Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd. 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.’

In de eerste volzin is het recht op onderwijs neergelegd. In de tweede volzin komt tot uitdrukking dat het recht van ouders om zich van de opvoeding en het onderwijs te verzekeren die overeenstemt met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen moet worden geëerbiedigd. In de tweede volzin wordt impliciet reeds onderkend dat er sprake is van een balans tussen verschillende belangen: de staat heeft taken uit te oefenen op het gebied van onderwijs (‘functies’), maar heeft daarbij het recht van ouders te respecteren. In de jurisprudentie van het Europees Hof zijn verschillende elementen te onderscheiden die hieraan invulling geven:¹⁷

- lidstaten zijn gehouden om leerlingen in het onderwijs niet te indoctrineren;
- eventueel verplichtend godsdienstig onderwijs moet worden aangeboden op een objectieve, kritische en pluralistische wijze;
- voor dogmatisch godsdienstig onderwijs moet een vrijstelling te verkrijgen zijn.

Belangrijk is voorts dat het recht op onderwijs ‘by it’s very nature’ om regulering van de staat vraagt.¹⁸ Het in stand houden van een nationaal onderwijsstelsel vergt een actieve rol van de staat. Het recht op onderwijs wordt dan ook niet uitgelegd

17. *Folgero en anderen/Noorwegen*, uitspraak van het EHRM (Grote Kamer) van 27 juni 2007, nr. 15472/02.

18. *Belgische taalzaken*, uitspraak van het EHRM van 23 juli 1968, Pub. Cour.A., vol. 6.

als een absoluut recht van ouders op het gewenste onderwijs voor hun kinderen. Dit zou onbetaalbaar en niet te organiseren zijn.

Hiermee samenhangend is er binnen de bovengenoemde grenzen van artikel 2 EP een relatief grote bandbreedte voor staten om een afweging te maken die past binnen de specifieke situatie van hun samenleving. Zo staat het artikel niet in de weg aan het verplicht stellen van de aanwezigheid van een crucifix in klaslokalen,¹⁹ maar tegelijkertijd ook niet in de weg aan bijvoorbeeld het verbieden van een hoofddoekje.²⁰

3.2 Artikel 13 van het IVESCR

Artikel 13, eerste lid, van het IVESCR definieert het recht op onderwijs als een sociaal grondrecht. De staten die partij zijn bij het verdrag erkennen het recht op onderwijs. De sleutel tot begrip van het verdrag is gelegen in artikel 2, eerste lid, IVESCR waarin lidstaten worden opgedragen om ‘met alle passende middelen, inzonderheid de invoering van wettelijke maatregelen, steeds nader tot een *algehele verwezenlijking* van de in dit Verdrag erkende rechten te komen’ (mijn cursivering). Dezelfde formulering komt terug in het tweede lid van artikel 13 IVESCR, dat verplicht tot een kostenloos primair onderwijs voor allen, geleidelijke invoering van kostenloos secundair onderwijs en tertiair onderwijs. Het derde lid kent een soortgelijk recht als artikel 2 EP geformuleerd als een plicht om de vrijheid van de ouders op de godsdienstige en zedelijke opvoeding in overeenstemming met hun eigen overtuiging. Het vierde lid, ten slotte, bepaalt dat geen van de bepalingen van artikel 13 IVESCR zo mogen worden uitgelegd dat de vrijheid van individuen en rechtspersonen wordt aangetast om inrichtingen voor onderwijs op te richten en daaraan leiding te geven.

Naar zijn aard en formulering vraagt dit artikel om regulering van de staat. Zowel in de goedkeuringswet als in de jurisprudentie is steeds aangenomen dat het artikel geen eenieder bindende bepaling is.²¹ Het is aan de wetgever en de uitvoerende macht om hier een invulling aan te geven. Er kan derhalve geen beroep op worden gedaan bij de rechter.

3.3 De artikelen 28 en 29 van het IVRK

Artikel 28, eerste lid, van het IVRK komt in hoge mate overeen met artikel 13 van het IVESCR. Het roept wederom lidstaten op om primair onderwijs kosteloos te maken en secundair onderwijs toegankelijk te maken. Artikel 29 van het IVRK noemt een aantal doelstellingen waarop het onderwijs gericht dient te zijn, zoals zo volledig mogelijke lichamelijke en geestelijke ontplooiing, het bijbrengen van eerbied voor de mensenrechten en eerbied voor de ouders en de eigen cultuur en het voorbereiden op verantwoordelijkheid in een vrije samenleving.

19. *Lautsi en anderen/Italië*, uitspraak van het EHRM (Grote Kamer) van 18 maart 2011, nr. 30814/06.

20. *Dahlab/Zwitserland*, uitspraak van het EHRM (Grote Kamer) van 15 februari 2001, nr. 42393/98.

21. ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882.

Ook voor deze bepalingen geldt dat het opdrachten zijn aan de staat, waar de wetgever en de uitvoerende macht een belangrijke rol hebben in de realisering van de doelstellingen die in de bepalingen zijn geformuleerd. De bepalingen zijn naar aard en strekking niet eenieder verbindend.

3.4 Conclusie

Nederland is gebonden aan verschillende verdragsrechtelijke bepalingen op het terrein van onderwijs. Kernelementen in deze bepalingen zijn:

- het in stand houden van een kritisch, objectief en pluralistisch onderwijsstelsel;
- een verbod op indoctrinatie in het onderwijs;
- eerbiediging van de godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuiging van de ouders;
- het realiseren van een vrijelijk toegankelijk onderwijsstelsel voor alle kinderen, met name in het primair en voortgezet onderwijs.

Artikel 2 EP bij het EVRM is eenieder verbindende bepaling. Deze geldt als een ondergrens voor de vrijheid van het nationale onderwijsbeleid. Deze norm laat echter veel ruimte voor lidstaten om hun nationale onderwijsbeleid vorm te geven. Indoctrinair onderwijs van overheidswege, hetzij religieus, hetzij expliciet anti-religieus, is niet toegestaan, maar daarbinnen is een grote bandbreedte van aanvaardbare onderwijsstelsels. Het artikel verzet zich als zodanig niet tegen een onderwijsstelsel waarin de dominante religie een belangrijke rol speelt, zoals blijkt uit de *Lautsi*-zaak.

De overige bepalingen zijn niet eenieder verbindend en behoeven nadere uitwerking in het nationale recht. Ook hiermee is grote ruimte gegeven aan de wetgevende macht om hier invulling aan te geven.

Hoofdstuk 4

De vrijheid van richting en oprichting: richtingvrije planning en afschaffing van het richtingbegrip

De onderwijspacifictie betekende een oplossing voor een langdurige schoolstrijd. Het was ook het startsein voor de verdere kwantitatieve uitbouw van de positie in het bijzonder onderwijs. Grofweg twee derde van de Nederlandse scholen is bijzonder, een derde is openbaar. In hoofdlijnen is het stelsel in de achterliggende eeuw ongewijzigd, maar de maatschappij is natuurlijk sinds de totstandkoming van de pacifictie ingrijpend gewijzigd.

Na een aanvankelijke verdieping van de verzuiling wordt al enkele tientallen jaren gesproken van ontzuiling en secularisatie. Ondanks dat een 'zuilare' samenleving in zijn algemeenheid geen actieve verdedigers meer lijkt te hebben, is het lastig gebleken om nieuwe ordeningsbeginselen te formuleren die recht doen aan de ontwikkeling van ontzuiling. Welke formele consequenties deze maatschappelijke ontwikkelingen voor het onderwijsstelsel zouden moeten hebben, en overigens ook voor het omroepstelsel en andere terreinen waarop nog elementen van verzuiling aanwezig zijn, zijn geenszins helder. Wat zouden deze moeten zijn? We zien een soortgelijke worsteling ook bij de herordening van het mediabestel. Het is deze dynamiek tussen feitelijke ontwikkelingen en juridische consequenties van deze ontwikkelingen die interessant is, en in de afgelopen jaren heeft geleid tot een aantal anomalieën binnen het stelsel.

In het onderstaande wil ik ingaan op twee anomalieën, die binnen het stelsel theoretisch gezien geen plaats hebben, maar die, door de feitelijke ontwikkelingen wel een plaats hebben geclaimd of lijken te claimen. Het gaat hier om het vraagstuk van schoolstichting op andere gronden dan vanuit een religieuze of levensbeschouwelijke richting en het eventueel afschaffen van het richtingbegrip, en de samenwerkingsschool.

Zoals hierboven aan de orde is gekomen, bevat de Grondwetsbepaling een aantal maal het begrip 'richting'. Over de invulling van dit begrip is veel discussie in de literatuur en, sinds kort, ook in de politiek.

4.1 De vrijheid van richting in de context van andere deelvrijheden

In de systematische analyse van de onderwijsvrijheid wordt de onderwijsvrijheid wel onderverdeeld in verschillende 'deelvrijheden': de vrijheid van richting, de vrijheid van oprichting en de vrijheid van inrichting. De vrijheid van richting is de meest principiële kern van de onderwijsvrijheid. Het gaat hier om de levensbeschouwelijke overtuiging van waaruit de school wordt vormgegeven. Deze raakt aan de godsdienstvrijheid en de vrijheid van levensovertuiging, en met het recht van ouders om hun kinderen naar hun eigen levensovertuiging op te voeden. De overheid heeft hier niet dan met zeer grote terughoudendheid in te treden. Beper-

kingen zijn slechts aanvaardbaar wanneer deze, conform de voorschriften voor beperking van de vrijheid van godsdienst, noodzakelijk en proportioneel zijn in een democratische samenleving en een gerechtvaardigd doel dienen. In deze sfeer zouden bijvoorbeeld radicale salafistische richtingen beperkt kunnen worden. Voor het overige zijn beperkingen op grond van de inhoud van de levensbeschouwelijke of godsdienstige overtuiging niet toegestaan.

Niet alle aspecten van het in stand houden van een school vallen onder deze principiële kern. De vrijheid van oprichting is een belangrijke deelvrijheid op basis waarvan een meer concrete invulling wordt gegeven aan deze vrijheid van richting. Historisch gezien is dit een eerste moment van de onderwijsvrijheid: de mogelijkheid om ‘eigen’ scholen op te richten op basis van de eigen richting. De principiële vrijheid van richting krijgt nader vorm in de mogelijkheid om een eigen school op te richten. Zonder de vrijheid van oprichting zou de vrijheid van richting in belangrijke mate zonder effect blijven. Tegelijkertijd zijn de mogelijkheden voor beperkingen van de vrijheid van oprichting noodzakelijkerwijs groter, omdat de betrokken belangen diverser zijn. Kinderen hebben recht op goed onderwijs en het onderwijsbestel moet met enige doelmatigheid worden ingericht.

Vervolgens is een belangrijke deelvrijheid de vrijheid van inrichting. Binnen deze vrijheid van inrichting kan nog weer een onderscheid worden gemaakt tussen de aanstelling van de onderwijzers en de keuze voor de leermiddelen en de overige aspecten van de inrichting van het onderwijs. De eerstgenoemde elementen zijn expliciet genoemd in artikel 23 Grondwet, terwijl de overige elementen impliciet blijven. Evenals voor de vrijheid van oprichting geldt dat de vrijheid van richting zonder handen en voeten zou blijven zonder de vrijheid van inrichting. De richting moet voortdurend praktische betekenis krijgen in de inrichting van het onderwijs. De aanstelling van de onderwijzers, in moderne bewoordingen, het personeelsbeleid, en de keuze voor de leermiddelen zijn hierin belangrijke elementen. Ook een toelatingsbeleid voor leerlingen kan een onderdeel hiervan zijn. Eveneens geldt dat de mogelijkheden voor beperking van de vrijheid van inrichting noodzakelijkerwijs groter zijn, omdat ook hier de betrokken belangen meer divers zijn. Er gelden algemene eisen van deugdelijkheid, onderwijsinhoudelijke voorschriften over de te behandelen materie (kerndoelen), een aanstellingsbeleid of toelatingsbeleid mag niet discriminatoir zijn (coherent en consistent), enz.

Het richtingsbegrip speelt, ook vandaag de dag, op velerlei terreinen van de onderwijswetgeving een rol, waaronder de navolgende zaken:

- de richting van de school is relevant voor de leerlingenprognoses en in belangrijke mate bepalend voor de ruimte voor de oprichting van nieuwe scholen;
- de richting van de school is relevant voor het in stand houden van een zogenaamde laatste school van een richting (artikel 153, vierde lid, van de WPO);
- de richting is relevant om in aanmerking te komen voor gesubsidieerd leerlingenvervoer (artikel 4 van de WPO en artikel 4 van de WVO);
- de richting is relevant voor mogelijkheden voor ouders om een beroep te doen op een vrijstelling op de leerplicht wegens overwegende bezwaren tegen de richting van de beschikbare scholen en voor thuisonderwijs te kiezen (artikel 5, onderdeel d, van de Leerplichtwet 1969);

- de richting is relevant voor de mogelijkheden voor scholen om een beroep te doen op alternatieve kerndoelen (artikel 9, tiende lid, van de WPO);
- de richting is een onderdeel van de toetsing bij de fusietoets (64c van de WPO en 53h van de WVO); en
- de richting kan een basis zijn voor selectie van docenten en een toelatingsbeleid voor leerlingen (artikel 5, tweede lid jo. artikel 7, tweede lid, AWGB).

Het is van belang om te zien dat deze elementen niet op zichzelf staan, maar in belangrijke mate systematisch met elkaar samenhangen: het in stand houden van de laatste school van een richting kan voorkomen dat de bestaande leerlingenpopulatie een beroep zal doen op leerlingenvervoer. De mogelijkheid van gesubsidieerd leerlingenvervoer kan voorkomen dat in ruimere mate kinderen vanwege richtingbezwaren thuis worden gehouden. Zo moeten deze elementen altijd in onderlinge samenhang worden gezien.

4.2 Verruiming of (gedeeltelijke) afschaffing van het richtingbegrip?

De ontwikkeling van ontzuiling en secularisatie is reeds enige decennia gaande. Over de consequenties voor het onderwijsstelsel, en de precieze probleemanalyse die daarbij wordt gehanteerd, is als gezegd, weinig consensus. In feite heeft de politieke discussie zich tot enkele jaren geleden met name gericht op het verruimen van de mogelijkheden voor oprichting van een school, onder de noemer van richtingvrije planning. Enkele jaren geleden heeft de discussie zich evenwel verbreed naar het verruimen van het richtingbegrip naar pedagogische stromingen en zelfs het geheel afschaffen van het richtingbegrip in de onderwijswetgeving. In het onderstaande geef ik allereerst een korte chronologie van de ontwikkelingen in deze voortgaande maatschappelijke discussie. Vervolgens zal ik op de haalbaarheid en wenselijkheid van de bovengenoemde varianten ingaan.

Richtingvrije planning is niet iets van recente datum. Zoals Zijlstra al beschreef in 1989 was de planningssystematiek in de eerste jaren na de pacificatie te beschrijven als 'richtingvrije planning'.²²

Het startpunt van de moderne parlementaire discussie over de rol van het richtingbegrip wordt vaak gelegd in de motie De Cloe over richtingvrije planning uit 1994.²³ Sindsdien is de wenselijkheid van richtingvrije planning met wisselende intensiteit geagendeerd. Alle pogingen om daadwerkelijk richtingvrije planning in te voeren zijn echter tot nu toe gesneuveld.

In een advies van de Onderwijsraad uit 1996 wordt opnieuw ingegaan op richtingvrije of richtingbepaalde schoolstichting.²⁴ Bij dit advies verschenen twee preadviezen van de hoogleraren onderwijsrecht Vermeulen en Mentink, die verschillende opvattingen bevatten over het richtingbegrip. De Onderwijsraad verklaarde zich

22. S.E. Zijlstra, *Vrijheid van richting in het onderwijsrecht*, Deventer: Kluwer 1989.

23. *Kamerstukken II 1993/94*, 23070, 29.

24. Advies van de Onderwijsraad van 29 januari 1996, te verkrijgen via www.onderwijsraad.nl/publicaties/1996/advies-van-de-onderwijsraad-van-29-januari-1996-m.b.t.-advies-richtingvrij-en-richtingbepalend/item6692.

een voorstander van richtingvrije planning. In de hiernavolgende jaren was het enige tijd relatief stil over dit onderwerp, hoewel het nooit helemaal van de agenda verdween.

In juni 2011 verscheen het rapport *Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*, geschreven door vier hoogleraren in het onderwijsrecht.²⁵ Het rapport van de vier hoogleraren onderwijsrecht is opgesteld op verzoek van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en is naar de Tweede Kamer gestuurd.²⁶ In dit rapport spelen de vrijheid van stichting en de vrijheid van richting een centrale rol. Door de Besturenraad en de Bond KBO en KBVO is gereageerd op dit rapport.²⁷ De hoogleraren hebben vervolgens deze reactie weer van commentaar voorzien.²⁸

Daarnaast is op 4 april 2012 het advies van de Onderwijsraad over de toekomst van artikel 23 Grondwet verschenen, waarbij ook de vrijheid van stichting en de vrijheid van richting aan de orde zijn gekomen.²⁹ Dit advies bouwt in belangrijke mate voort op het rapport van de vier hoogleraren, maar verschilt ook op relevante punten van het rapport.

Waar gaat het nu inhoudelijk om? Ten aanzien van de uitleg van het begrip 'richting' zijn twee verschillende opvattingen in de literatuur te onderscheiden. De eerste opvatting houdt in dat het begrip 'richting' beperkt moet worden uitgelegd als een levensbeschouwelijke of godsdienstige stroming.³⁰ De tweede opvatting is dat dit begrip, naast de levensbeschouwelijke of godsdienstige richtingen, mede onderwijskundig-pedagogische richtingen omvat.³¹

Het kenmerkende onderscheid tussen een pedagogische richting en een levensbeschouwelijke richting is dat een levensbeschouwelijke richting consequenties heeft voor alle terreinen van het leven, terwijl een pedagogische opvatting primair betrekking heeft op opvoedkundige ideeën.³² Primair opvoedkundige stromingen, zoals Montessori-, Dalton- of Jenaplanonderwijs vallen onder een pedagogische

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

26. *Kamerstukken II 2010/11, 32500 VIII*, 184.

27. 'Het betere is de vijand van het goede, Standpunt Besturenraad over het Eindrapport vrijheid van stichting', *NTOR 2011*, afl. 4, p. 273 e.v. TH.M.F.A. Penders & P.R. Bree, 'Eindrapport Vrijheid van stichting; over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen, Commentaar van de Bond KBO en KBVO', in: *NTOR 2011*, afl. 4, p. 278 e.v.

28. P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink & P.J.J. Zoontjens, 'Nawoord van de auteurs op de reacties van de besturenraad en de bond KBO/bond KBVO', in: *NTOR 2011*, afl. 4, p. 292 e.v.

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

30. B.P. Vermeulen, *De juridische (on)mogelijkheden van een richtingvrij stelsel van scholenplanning en van vergroting van de ouderinvloed op de identiteit van scholen*, onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad, Den Haag: Onderwijsraad 1996.

31. D. Mentink, *Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de vrijheid van onderwijs*, onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad, Den Haag: Onderwijsraad 1996.

32. Vermeulen, a.w., 1996, p. 11, waar wordt verwezen naar KB 11 november 1983, AB 1984, 109. Naarmate een pedagogische opvatting zich verbreedt tot alle terreinen van het leven, krijgt ze dus meer kenmerken van een levensovertuiging.

opvatting, terwijl Protestants-christelijk, Katholiek of humanistisch onderwijs onder levensbeschouwelijke stromingen vallen. Pedagogische stromingen kunnen op hun beurt weer worden onderscheiden van pedagogische opvattingen, bijvoorbeeld over de rekenmethode.

De conclusie van het rapport van de vier hoogleraren is dat het begrip 'richting' mede onderwijskundig/pedagogische stromingen kan omvatten. Het rapport volgt hiermee de lijn die Mentink – een van deze hoogleraren – reeds eerder verdedigde en ook wordt verdedigd door onder andere Huisman.³³ De Onderwijsraad schaaft zich in zijn advies op dit punt achter het rapport. Het rapport en het advies bepleiten elk op eigen wijze op een aantal punten wijziging van het huidige stelsel, wat betreft de rol en inhoud van het richtingbegrip.³⁴

Op 2 juli 2015 wordt deze visie, waar deze strekt tot het afschaffen van het richtingbegrip, omarmd door de regering in de brief 'Meer ruimte voor nieuwe scholen', *Naar een moderne interpretatie van artikel 23 Grondwet*.³⁵ In deze brief worden de uitgangspunten voor toekomstige interpretatie van artikel 23 Grondwet geschetst. De uitgangspunten van de beleidsbrief van 2 juli 2015 worden uitgewerkt in een conceptwetsvoorstel, het voorstel van wet tot wijziging van diverse onderwijswetten door het wijzigen van de systematiek van het in aanmerking brengen voor bekostiging van nieuwe openbare en bijzondere scholen zodat er meer ruimte is voor een nieuw onderwijsaanbod (Wet meer ruimte voor nieuwe scholen), dat op 13 januari 2016 in consultatie wordt gebracht. Op het wetsvoorstel verschijnt een advies van de Onderwijsraad op 3 juni 2016.³⁶ Een naar aanleiding van dit advies gewijzigd wetsvoorstel wordt aangeboden aan de Afdeling advisering van de Raad van State op 30 september 2016. De Afdeling advisering heeft in week 8 van het afgelopen jaar het advies vastgesteld, maar dit is, omdat er nog geen nader rapport is verschenen, nog geheim.

4.3 Het wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen'

In de kern voorziet het wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' in de afschaffing van het richtingbegrip voor de onderwijswetgeving. Dit betekent dat op vrijwel alle bovengenoemde terreinen waarop het richtingbegrip relevant is, de richting als rechtens relevant element wordt afgeschaft. De Wet op het primair onderwijs (hierna: WPO) en de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) worden hiervoor aangepast.

Het belangrijkste terrein, waar het op basis van de memorie van toelichting om te doen lijkt, is de stichting van nieuwe scholen. In de WPO en de WVO wordt een

33. P.W.A. Huisman, *Richting als pluriform begrip in de onderwijswetgeving*, advies voor de Onderwijsraad, nr. 20120077/1003, verkrijgbaar via www.onderwijsraad.nl/upload/documents/publicaties/volledig/richting-als-pluriform-begrip-in-de-onderwijswetgeving-1.pdf.

34. In eerder werk ben ik kritisch geweest op de historische argumentatie die in het rapport van de hoogleraren een belangrijke rol speelt. Zie hiervoor 'De betekenis van de vrijheid van richting in het onderwijsrecht', *NTOR* 2012, afl. 4.

35. *Kamerstukken II* 2014/15, 31135, 53.

36. Te verkrijgen via www.onderwijsraad.nl/upload/documents/publicaties/volledig/VERSTUURD-Advies-nieuwe-scholen.pdf.

nieuwe stichtingsprocedure voorgesteld, waarin het begrip 'erkende richting' geen rol meer speelt. In de huidige wetgeving is voor oprichting van een nieuwe school de richting van cruciaal belang. Het dient allereerst te gaan om een 'erkende richting', die te onderscheiden is van andere richtingen. Uit vaste jurisprudentie van de ABRvS volgt dat voor de beantwoording van de vraag naar de richting van een bijzondere school in de eerste plaats van belang zijn de statuten en de eventuele toelichting daarop, van de aanvragende stichting of vereniging. Verder is van betekenis dat de geestelijke stroming die aan het op school te geven onderwijs ten grondslag wordt gelegd ook op andere terreinen van het maatschappelijk leven doorwerkt en zich als zodanig openbaart in een binnen Nederland waarneembare beweging of stroming.³⁷ Zo is bijvoorbeeld ten aanzien van het boeddhisme in het verleden bepaald dat er vooralsnog geen sprake is van een erkende richting.³⁸ De richting is bepalend voor het berekenen van het belangstellingspercentage voor het gegeven onderwijs. Recentelijk is hierbij bepaald dat een schoolstichting uit kan gaan van meerdere richtingen.³⁹ Voor het bepalen van de richting worden de statuten als geheel beoordeeld.⁴⁰

Deze rol van het richtingbegrip wordt geschrapt. In plaats hiervan komt een procedure waarin de belangstelling wordt gemeten op basis van ouderverklaringen of marktonderzoek. De aanvraag wordt, evenals nu het geval is, ingediend bij de Minister van OCW. Het is aan de initiatiefnemers om aan te tonen dat er voldoende belangstelling is voor een nieuwe onderwijsinstelling. Daarbij moet de belangstelling ten minste voldoen aan de stichtingsnorm, die 10/6e van de opheffingsnorm bedraagt. De precieze opheffingsnorm verschilt sterk per regio.

Daarnaast moeten de initiatiefnemers het beleid inzake een heel aantal aspecten van onderwijskwaliteit, formatie en toekomstige begrotingen overleggen. De Onderwijsinspectie zal op basis hiervan, en op basis van een gesprek met de initiatiefnemers, een advies uitbrengen over de bekostiging van de nieuw op te richten school. Er vindt dus een soort a priori-toetsing van de verwachte onderwijskwaliteit plaats.

De procedure is in de tijd strak ingekaderd: de aanvraag dient voor 1 januari te worden gedaan en anderhalf jaar daarna dient de bekostiging, wanneer de aanvraag wordt gehonoreerd, aan te vangen. Binnen de periode van één jaar zal ook de gemeente moeten voorzien in huisvesting. In de regelgeving zal nog worden uitgewerkt hoe moet worden omgegaan met aanvragen in hetzelfde voedingsgebied. Anders dan onder de huidige procedure worden scholen niet langer opgenomen in het gemeentelijke Plan van Scholen, maar moet de gemeente onverkort voorzien

37. ABRvS van 12 juli 2006, nr. 200506849/1.

38. www.onderwijsraad.nl/upload/documents/publicaties/volledig/boeddhisme-als-richting.pdf.

39. Uitspraak van de ABRvS van 21 augustus 2013, nr. 201300567/1/A2. Zie ook www.onderwijsraad.nl/publicaties/2012/meerdere-richtingen/volledig/item193.

40. Een frappante zaak betreft de uitspraak van de ABRvS van 28 september 2016, nr. 201508900/1/A2. In deze zaak betrof het een stichting voor islamitisch onderwijs, die met behulp van het verbreden van de doelstelling tot allerlei vormen van bijzonder onderwijs poogde om de belangstellingspercentages op te krikken. Terecht werd hier een stokje voor gestoken, door andere bepalingen, waarin de islamitische levensovertuiging werd voorgeschreven als benoemingsvereiste voor bestuursleden, mede te betrekken bij het bepalen van de richting van de school.

in huisvesting zodra de minister de oprichting van de nieuwe school heeft goedgekeurd.

Scholen in het primair onderwijs krijgen langer de tijd om toe te groeien naar de stichtingsnorm, namelijk een periode van tien jaar. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat nieuwe scholen in hun streven om de drempel te halen, een onevenwichtige samenstelling krijgen. Bij een te korte periode hebben scholen de neiging om de onderbouw te groot te laten worden ten opzichte van de bovenbouw van de school.

Naast het afschaffen van het richtingsbegrip bij de oprichting van nieuwe scholen, wordt het richtingbegrip ook afgeschaft op een aantal andere terreinen van het onderwijsbeleid. Zo werd beoogd om bij de laatste school van de richting niet langer een uitzondering te kunnen maken op de opheffingsnorm, zoals dat nu nog wel mogelijk is. Dit punt is overigens, nadat bleek dat hierdoor 125 bestaande scholen de deuren zouden moeten sluiten, waaronder ruim honderd bijzondere scholen, weer ingetrokken.⁴¹ Daarnaast wordt de mogelijkheid om substituu-kerndoelen op te stellen afgeschaft en worden samenwerkingsverbanden niet langer op basis van richting ingericht. ‘Van kleur verschieten’, het veranderen van de richting van de school is niet langer aan de orde, waardoor ook bepalingen hierover kunnen worden geschrapt. Ook is niet langer vereist dat een nevenvestiging van dezelfde richting is als de hoofdvesting. Tot slot wordt het richtingbegrip afgeschaft bij de fusietoets, het beoordelen van de aanvaardbaarheid van de samenvoeging van verschillende scholen met het oog op de diversiteit van het aanbod.

Op een aantal andere terreinen wordt het richtingbegrip ongemoeid gelaten. Zo blijft richtinggebonden leerlingvervoer bestaan, en wordt de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) niet aangepast om ruimte te maken voor een personeelsbeleid dat georiënteerd is op pedagogische richting.

4.4 Beoordeling van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel ‘Meer ruimte voor nieuwe scholen’ borduurt voort op een terrein dat al enige decennia verkend wordt, het terrein van richtingvrije planning. Het voorstel gaat echter verder dan alleen richtingvrije planning, omdat op een heel aantal andere terreinen van het onderwijsrecht ook het richtingbegrip wordt afgeschaft. Tegelijkertijd wordt het richtingbegrip niet helemaal afgeschaft, maar blijft het voor een klein deel van de onderwijswetgeving bestaan.

4.4.1 Onderbouwing

Een eerste opmerking betreft de onderbouwing van het wetsvoorstel. In hoeverre is er sprake van een reëel probleem ten aanzien van het richtingsbegrip in het onderwijsrecht? Er is mijns inziens sprake van twee potentiële problemen, waarvan er in feite maar één in de memorie van toelichting wordt genoemd. Een eerste punt

41. Zie www.lvgs.nl/gereformeerd-onderwijs-blij-met-oplossing-laatste-school-van-de-richting/. Het is overigens nog onduidelijk hoe de precieze wettekst op dit punt zal komen te luiden.

is dat het onderwijsstelsel 'op slot' zit. Het is bijzonder lastig om een nieuwe school te starten. In de praktijk worden maar heel weinig nieuwe scholen gestart.⁴² Daarnaast ervaren bepaalde groepen weinig ruimte om een nieuwe school te starten, omdat ze niet in de bestaande richtingen passen, bijvoorbeeld omdat ze het onderscheidende karakter vooral zien in de pedagogische benadering, en niet in de levensbeschouwelijke of godsdienstige richting. Overigens is er op lokaal niveau wel veel beweging.⁴³

Een tweede reëel probleem, dat hiermee samenhangt, maar wel te onderscheiden is, is dat het richtingbegrip zelf vervlakt. Er zijn verschillende factoren die hieraan bijdragen. Allereerst is er, door fusies binnen het onderwijsstelsel, in toenemende mate sprake van scholen met meerdere richtingen. In het kader van de oprichting van nieuwe scholen is in de jurisprudentie bepaald dat de belangstellingspercentages voor deze richtingen dan bij elkaar opgeteld mogen worden.⁴⁴

Daarnaast is er in toenemende mate sprake van strategisch gedrag rondom het definiëren van de richting bij de oprichting van nieuwe scholen.⁴⁵ Een extreem voorbeeld hiervan vinden we in de reeds genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, waar een islamitische stichting de statutaire doelstelling verruimt naar het verzorgen van katholiek onderwijs. Ook bij het Tjalling Koopmans College, dat formeel uitgaat van een rooms-katholieke grondslag, is er sprake van een louter strategisch gebruik van het richtingbegrip.⁴⁶ Door het kiezen van een kansrijke richting in een bepaalde regio wordt via de band van het richtingbegrip in feite een school opgericht vanuit een bepaald pedagogisch concept.

Het succesvolle strategisch gebruik van een richting, louter met het oogmerk om een school vanuit een bepaalde pedagogische visie op te richten, draagt natuurlijk niet bij aan de geloofwaardigheid van het huidige stelsel. Het stimuleert ook anderen om hetzelfde te doen.

Principieel moge het zo zijn dat de vrijheid van richting de kern vormt van de onderwijsvrijheid, waaruit de vrijheid van oprichting en inrichting voortvloeien, maar door ontwikkelingen in de praktijk wordt dit gerelativeerd. De huidige uitleg van het richtingbegrip bij schoolstichting heeft in de praktijk ruimte gelaten voor strategisch gedrag. Hierdoor wordt de rechtvaardigheid van de bestaande stichtingsprocedure ondergraven. Gelet hierop is er mijns inziens voldoende aanleiding om kritisch te kijken naar de bestaande stichtingsprocedure. Overigens is op 9 januari

42. www.trouw.nl/samenleving/weinig-kansen-voor-nieuwe-basisscholen-a19f93a5/.

43. Het Amsterdamse initiatief 'Onze nieuwe school' is het meest bekend: www.onzenieuweschool.nl. Enerzijds tonen dergelijke initiatieven aan dat er wel degelijk behoefte is aan ruimte voor nieuwe scholen, anderzijds logenstraffen deze initiatieven de veronderstelling dat er binnen het bestaande stelsel geen ruimte zou zijn.

44. ABRvS, reeds aangehaald.

45. Het is mijns inziens bevreemdend dat dit reële element van ondergraving van het bestaande stelsel geen plek heeft in de memorie van toelichting.

46. www.tjallingkoopmans.svpo.nl/nieuws-1/nrceenschoolbeginnenwaarkandatnog.

2017 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer die het ongelimiteerd samenvoegen van alle denkbare richtingen aan banden legt.⁴⁷

Tegelijkertijd zijn bij de onderbouwing in bredere zin enkele kritische kanttekeningen te plaatsen. Allereerst is het de vraag hoe groot het probleem is. Het wetsvoorstel wekt de indruk dat het huidige stelsel fundamenteel onvoldoende tegemoetkomt aan de wensen van ‘moderne ouders’. Schoolstichting is grote uitzondering in Nederland en er zijn weinig aanwijzingen dat het stelsel als geheel niet aansluit op bestaande behoeften. In de praktijk vinden velerlei pedagogische concepten hun weg in het huidige onderwijsstelsel.⁴⁸ Ook wordt het begrip ‘richting’ nog steeds aangepast aan de behoeften van de huidige tijd.⁴⁹ De generieke probleembeschrijving in de memorie van toelichting doet hier onrecht aan.

Ook zijn de overige elementen van het wetsvoorstel niet onderbouwd. Het afschaffen van bijvoorbeeld de mogelijkheid tot het opstellen van substituut-kerndoelen en het afschaffen van de bekostiging voor de laatste school van een richting wordt in het wetsvoorstel niet onderbouwd, maar gepresenteerd als een onvermijdelijk gevolg van de keuze voor het afschaffen van het richtingbegrip. Nergens blijkt dat de bestaande regeling tot maatschappelijk onwenselijke uitkomsten leidt. De maatregelen grijpen bovendien in in de bestaande rechtspositie van vele scholen. Hierom behoeven deze elementen van het wetsvoorstel ten minste nadere onderbouwing dan wel heroverweging. Ten aanzien van de regeling voor bekostiging van de laatste school van een richting lijkt deze heroverweging inmiddels te hebben plaatsgevonden.⁵⁰

4.4.2 Enkele praktische vraagstukken

Nu is geconstateerd dat er een reëel probleem is ten aanzien van de bestaande stichtingsprocedure, is een vervolgvraag of de voorgestelde stichtingsprocedure een werkbaar en aanvaardbaar alternatief is. Hier passen enkele kritische opmerkingen, met name over de belangen van gemeenten, doelmatigheid van het stelsel als geheel en de kwaliteitstoetsing voorafgaand aan de oprichting van de school door de Onderwijsinspectie.

De positie van de gemeente wordt met name geraakt vanuit hun verantwoordelijkheid voor de huisvesting van de nieuwe school en door hun verantwoordelijkheid voor het leerlingenvervoer. De gemeente verliest aan de voorzijde van de procedure, door het wegvallen van het gemeentelijk plan van scholen, betrokkenheid bij het oprichten van een nieuwe school. De huisvestingsverantwoordelijkheid wordt direct geraakt: de gemeente heeft binnen één jaar na goedkeuring te zorgen voor huisvesting. Het is de vraag of dit realistisch is voor gemeenten, en tegen welke

47. *Kamerstukken II 2016/17, 34642, 1-3.* Het moet gaan om een combinatie van richtingen die een zekere mate van geworteldheid kent in de samenleving. Bij een combinatie van richtingen zal de Onderwijsraad om advies worden gevraagd.

48. Een informatieve website in dit verband is www.scholenopdekaart.nl.

49. Zo is humanisme sinds 2014 een erkende richting. Zie hierover het advies van de Onderwijsraad, www.onderwijsraad.nl/publicaties/2014/humanisme-als-richting/volledig/item7142.

50. www.rd.nl/vandaag/politiek/alle-scholen-van-laatste-richting-hoeven-deuren-niet-te-sluiten-1.551861.

prijs. Het creëren van nieuwe huisvesting voor een nieuw op te richten school zal een groot deel van de beschikbare middelen voor andere huisvestingsprojecten opslokken. De relatieve spoed waarmee dit gerealiseerd moet worden laat wel heel weinig ruimte voor consistent gemeentelijk beleid ten aanzien van de huisvestingsprojecten van alle scholen binnen de gemeentegrenzen. De wetgever zal zich, wanneer het stichten van nieuwe scholen ernst is, moeten realiseren dat de verplichting om binnen een jaar voor huisvesting te zorgen ontwrichtend is voor het lokale huisvestingsbeleid, en hiervoor een voorziening moeten treffen.

De doelmatigheid van het stelsel als geheel is gebaat bij enige stabiliteit in het stelsel van onderwijsaanbod. De mogelijkheid voor het oprichten van nieuwe scholen wordt verruimd, met het risico op grenzeloosheid: het wetsvoorstel kent geen enkele kwalitatieve norm meer waaraan een initiatief wordt getoetst. Het gaat enkel om een kwantitatieve norm voor belangstelling en aantonen van een maar beperkt ingevulde notie van onderwijskwaliteit.

Meer ruimte voor nieuwe scholen betekent op de lange termijn ook meer opheffingen van bestaande scholen en meer scholen die langdurig rond de opheffingsnorm schommelen. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting schenken weinig aandacht aan deze gevolgen van het wetsvoorstel. Het moge verleidelijk zijn om te verwijzen naar vroeger tijden waarin de oprichting van onderwijsinstellingen gemakkelijker was, maar dit doet geen recht aan de veranderde omstandigheden. Tot ver in de twintigste eeuw is onderwijs een 'groeiemarkt' geweest, waarin door voortschrijdende verruiming van de leerplicht en bevolkingsgroei de behoefte aan onderwijs sterk is gegroeid. Onderwijs is op dit moment echter voor grote delen van Nederland een krimpende markt en versnippering van aanbod en middelen is een risico.

Dit klemmt te meer, nu onduidelijk is of de minister beleidsvrijheid heeft bij het beoordelen van nieuwe initiatieven. De formulering als 'kan-bepaling' suggereert dat dit het geval is, maar in de memorie van toelichting wordt een dwingender formulering gebruikt. Nu in het huidige stelsel jaarlijks een groot deel van de ingediende vragen wordt afgewezen, is het de vraag of en op welke gronden toekomstige initiatieven nog kunnen worden afgewezen.

De kwaliteitstoetsing voorafgaand aan de oprichting van de school door de Onderwijsinspectie blijft een punt dat kwetsbaar is. De toetsing van een school voorafgaand aan de oprichting op basis van de verwachte kwaliteit is lastig. Allereerst is onderwijskwaliteit lastig te objectiveren. Velerlei onvoorspelbare factoren kunnen van invloed zijn op de kwaliteit van het onderwijs. In feite is dit grotendeels een papieren toets. Hier ligt een vorm van willekeur op de loer: in de praktijk zal de papieren kwaliteit elkaar niet veel ontlopen, al was het maar omdat men de kunst van elkaar afkijkt. Het zal nog niet eenvoudig zijn om de verwachte onderwijskwaliteit te objectiveren.

4.4.3 Enkele principiële vraagstukken

Daarnaast roept het wetsvoorstel enkele principiële vraagstukken op. Er is iets voor te zeggen om het vereiste van 'erkende richting' te laten varen voor schoolstichting.

Het is ten principale niet aan de overheid om te bepalen of een religie of levensbeschouwing kwalificeert als 'erkende richting'. De overheid dient immers terughoudend te zijn ten aanzien van het beoordelen van de inhoud van een religie of levensbeschouwing.

Het creëren van een vorm van richtingvrije planning is dan ook zeker niet in strijd met artikel 23 van de Grondwet. Wanneer een vorm van richtingvrije planning geaccepteerd wordt, is echter wel de vraag of en in hoeverre de aldus opgerichte school gebruik kan maken van andere onderwijsvrijheden die samenhangen met de vrijheid van richting, zoals bijvoorbeeld aanspraak op leerlingenvervoer en substituut-kerndoelen, bijvoorbeeld op basis van de pedagogische richting.

De Onderwijsraad formuleert kernachtig wat de smaken zijn:

1. ofwel onverkort vasthouden aan een eng richtingbegrip, waar alleen levensbeschouwelijke en religieuze stromingen een beroep op kunnen doen;
2. ofwel het niveau van bescherming voor pedagogische stromingen wordt op hetzelfde hoge niveau gesteld als levensbeschouwelijke en religieuze stromingen;
3. ofwel het niveau van bescherming voor levensbeschouwelijke en religieuze stromingen wordt op een lager niveau gesteld;
4. ofwel het niveau van bescherming wordt gedifferentieerd en voor pedagogische stromingen op een lager niveau gesteld dan voor levensbeschouwelijke en religieuze stromingen.

Optie 1 zou een volledig behoud van het bestaande stelsel betekenen en mijns inziens zelfs verdergaan. Wanneer men kiest voor een zuivere uitleg van het richtingbegrip, dan zou niet moeten worden geaccepteerd dat schoolstichting op meerdere grondslagen plaatsvindt. Strategisch gedrag op basis van richting zou moeten worden ontmoedigd, en niet moeten worden gehonoreerd. Het genoemde wetsvoorstel tot wijziging van onder meer de Wet op het voortgezet onderwijs en de Wet voortgezet onderwijs BES in verband met modernisering van de bepalingen over voorzieningenplanning, past in deze denkrichting.

Optie 2 zou leiden tot een andere rol voor de overheid, omdat velerlei aspecten van de pedagogische inrichting van de school onder de bescherming van artikel 23 van de Grondwet zou komen te vallen. De Onderwijsraad vraagt zich in dit verband af hoe dat zich verhoudt tot de verantwoordelijkheid van de overheid voor de deugdelijkheid van het onderwijs. Ook vanuit het oogpunt van de bijzondere positie van godsdienst en levensbeschouwing, onder andere in de mensenrechtenverdragen, ligt het niet voor de hand om pedagogische opvattingen hiermee gelijk te stellen.

Optie 3 zou naar mijn oordeel niet in lijn zijn met artikel 23 van de Grondwet en ook strijdig met de AWGB. Er zou, omdat dit een verzwakking van de positie van het bijzonder onderwijs zou betekenen, bovendien een overtuigende motivering voor gegeven moeten worden. Deze zie ik niet.

Optie 4 zou impliceren dat er, afhankelijk van het specifieke terrein, afgewogen zou moeten worden of de deelvrijheid zich leent om te worden toegepast bij pedagogische stromingen. Het voordeel van deze vierde optie is dat er enerzijds recht wordt gedaan aan het belang dat een substantiële minderheid in Nederland nog steeds aan een aantal deelvrijheden hecht en tegelijkertijd wel ruimte wordt geboden voor nieuwe initiatieven. Daarenboven lijkt een dergelijke benadering veel beter toegesneden op de behoeften van ouders: de behoefte aan nieuwe scholen openbaart zich met enige regelmaat, maar het is maar zeer de vraag of er ook behoefte is aan alternatieve kerndoelen, toelatingsbeleid en thuisonderwijs op grond van pedagogische overtuigingen. Per onderdeel zou bepaald kunnen worden of een pedagogische richting hierop aanspraak zou kunnen maken. Het sluit ook aan bij de bestaande situatie in het veld, waarin er grote diversiteit is in de mate waarin scholen en ouders gebruikmaken van de verschillende deelvrijheden.

Artikel 23 Grondwet laat mijns inziens ruimte voor een dergelijke benadering. Ook nu kent het stelsel algemeen bijzondere scholen (en overigens scholen met een religieuze richting) die werken vanuit een specifiek pedagogisch concept. De Grondwet kent geen recht op het oprichten van scholen vanuit een specifiek pedagogisch concept, maar verzet zich niet tegen het creëren van ruimte hiervoor. De werkelijke opgave voor de wetgever is in dat licht niet zozeer een complete herziening van het bestaande stelsel, maar het creëren van een stichtingsprocedure waarin meer ruimte wordt geboden aan verbindende pedagogische concepten. De overige regelgeving waarop de vrijheid van richting een rol speelt, hoeft niet te worden aangepast. Dit is wellicht minder groots en meeslepend dan staatssecretaris Dekker voor ogen heeft, maar wel een stuk realistischer.

4.5 Conclusie

Het begrip ‘richting’ is in de afgelopen jaren onderwerp geweest van hevige discussie in het onderwijsrecht en is ook in de praktijk in beweging, met name ten aanzien van de schoolstichting. In de praktijk is er in de afgelopen jaren sprake geweest van een toename van strategisch gedrag ten aanzien van de richting, bijvoorbeeld door welbewust een richting te kiezen waarvoor nog ruimte is in het bestaande stelsel, zonder dat er enige binding is met de betreffende richting, of door een veelheid van verschillende richtingen te verenigen, in een poging om alle leerling-potentieel bij elkaar op te tellen.

In het onderwijsrecht heeft het debat zich met name gericht op het ‘verruimen’ van het richtingbegrip buiten strikt levensbeschouwelijke en religieuze stromingen, naar bijvoorbeeld pedagogische stromingen, dan wel het volledig of gedeeltelijk afschaffen van het richtingbegrip in het onderwijsrecht. Dit laatste is het geval in het wetsvoorstel ‘Meer ruimte voor nieuwe scholen’, waarin op een aantal terreinen het richtingbegrip is losgelaten. De stichtingsprocedure is hierbij het meest in het oog springende terrein.

Het wetsvoorstel oogt op het eerste gezicht sympathiek, omdat het een maatschappelijke behoefte aan verruiming van de stichtingsmogelijkheden adresseert. In de uitwerking zitten echter de nodige haken en ogen aan het wetsvoorstel. Het volledig

negeren van de rol van de gemeente, die wel met de lokale (huisvestings)consequenties geconfronteerd wordt, is mijns inziens onwenselijk. Verder moet er worden gewaakt voor een afzwakking en uitholling van de betekenis van het richtingbegrip voor de scholen mét een duidelijke religieuze en levensbeschouwelijke richting.

Hoofdstuk 5

De samenwerkingschool

Een ander onderwerp dat direct raakt aan het bestaande stelsel, en de afgelopen jaren ruim aandacht heeft gekregen, is de opkomst van de samenwerkingschool. Ook deze kent een lange geschiedenis.⁵¹ Evenals een school met meerdere richtingen, of zonder richting, is ook een samenwerkingschool lange tijd een onmogelijkheid of anomalie geacht binnen het duale stelsel: het gegeven onderwijs is ofwel openbaar, ofwel bijzonder. Openbaar onderwijs wordt van overheidswege gegeven, waarbij de gemeente toezicht houdt op het algemeen vormend lager onderwijs (primair onderwijs), scholen voor bijzonder onderwijs worden door een privaatrechtelijke rechtspersoon in stand gehouden en zijn vrij van gemeentelijk toezicht.

Met de ontwikkelingen in de jaren negentig en daarna is dit model echter minder eenvoudig. Schaalvergroting en fusiegolven hebben ertoe geleid dat één schoolbestuur in de praktijk vaak meerdere scholen in stand houdt, soms ook scholen van verschillende richtingen. Voorts is het openbaar onderwijs in gemeenten vaak ‘op afstand geplaatst’, dat wil zeggen, ondergebracht in een openbare rechtspersoon met de statutaire doelstelling om openbaar onderwijs te verzorgen, danwel een stichting (artikel 47 e.v. WPO). Voorwaarde hiervoor is dat ‘overheersende invloed van de overheid in het bestuur is verzekerd’.

5.1 De ontwikkelingen richting een samenwerkingschool

Met het op afstand geplaatste openbare onderwijs kan de vraag opkomen of een bestuurlijke fusie wellicht een optie is tussen een rechtspersoon die openbaar onderwijs in stand houdt en een rechtspersoon die bijzonder onderwijs in stand houdt. Dit is mogelijk sinds 1998 in een zogenaamd ‘samenwerkingsbestuur’.⁵² Dit maakt mogelijk dat scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs in stand worden gehouden door één rechtspersoon. Het gaat hier nadrukkelijk om openbaar en bijzonder onderwijs dat door verschillende scholen wordt verzorgd. Sinds de invoering van de Wet fusietoets in 2011 is totstandkoming slechts mogelijk indien een of meer betrokken scholen onder de opheffingsnorm dreigen te geraken.

Het samenwerkingsbestuur is ten principale reeds een anomalie in het duale stelsel: vanwege de verschillende kaders waaronder openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs functioneren zijn deze principieel nauwelijks te verenigen. Enerzijds openbaar onderwijs overwegende overheidsinvloed, levensbeschouwelijke neutra-

51. Zie hiervoor uitgebreid: P.W.A. Huisman, ‘De samenwerkingschool: conflicterende convergentie. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs’, *RMThemis* 2002, afl. 3.

52. Zie hiervoor uitgebreid het rapport van het NCOR, *Regeling van de samenwerkingschool in krimpggebieden*, par. 2.2 en verder. Het rapport is te verkrijgen via www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/04/28/regeling-van-de-samenwerkingschool-in-krimpggebieden.

liteit en algemene toegankelijkheid, anderzijds vereist bijzonder onderwijs vrijheid van overheidsbemoeienis behoudens toezicht, gebonden aan een levensbeschouwelijke of godsdienstige richting en de mogelijkheid van een toelatingsbeleid. In feite wordt hiermee het dragerschap van de onderwijsvrijheid ten dele verplaatst naar de school, in plaats van het bevoegd gezag. In de praktijk bleek dit echter toch een werkbare variant en deze is nog steeds mogelijk onder artikel 17 van de WPO.

De samenwerkingschool bleek zonder grondwetswijziging evenwel een brug te ver. Deze kwam er echter toch, langs de koninklijke weg: sinds 2006 laat de Grondwet toe dat openbaar onderwijs wordt gegeven 'al dan niet in een openbare school' (artikel 23, vierde lid, Grondwet). Hiermee wordt ruimte geboden om onderwijs aan te bieden in een zogenaamde samenwerkingschool, een school waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs wordt aangeboden. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis is de samenwerkingschool nadrukkelijk bedoeld als een uitzondering in het duale stelsel. Een samenwerkingschool kan niet worden opgericht, maar kan alleen door fusie ontstaan in situaties waarin de continuïteit van een van de betrokken scholen in gevaar is. Anders dan het samenwerkingsbestuur, dat oorspronkelijk niet zo strikt werd gereguleerd, is de samenwerkingschool altijd bedoeld als een uitzonderingsvariant. In 2011 heeft de wetgever een wettelijke regeling getroffen voor de samenwerkingschool in het primair en voortgezet onderwijs, thans de artikelen 17 tot en met 17d van de WPO jo. de artikelen 53c en 53d van de WVO.

In de kern komt de bestaande regeling hierop neer dat een samenwerkingschool mag worden opgericht door het samenbrengen van twee scholen, waarvan er één bedreigd is in zijn voortbestaan. Het bevoegd gezag dient hiervoor aan te tonen dat de school binnen een termijn van zes jaar dreigt te worden opgeheven of niet meer te worden bekostigd (het zogenaamde continuïteitscriterium). Een samenwerkingschool is toegankelijk voor alle leerlingen zonder onderscheid naar godsdienst of levensovertuiging. Een samenwerkingschool wordt altijd in stand gehouden door een stichting en het personeel wordt krachtens arbeidsovereenkomst benoemd. Voorts kent de wet een aantal waarborgen voor het bewaken van de overwegende overheidsinvloed voor wat betreft het openbaar onderwijs, en een aantal waarborgen voor het bewaken van de invloed van de oprichtende rechtspersoon op het bijzonder onderwijs.

De wettelijke regeling heeft echter tot nu toe nog niet geleid tot nieuwe samenwerkingscholen. Alleen op grond van het overgangsrecht bij het wetsvoorstel zijn drie aanvragen ingediend, waarvan er twee zijn gehonoreerd. Er zijn momenteel dus twee formele samenwerkingscholen.

5.2 Het wetsvoorstel 'Samen sterker door vereenvoudiging samenwerkingschool'

De oogst van een grondwetswijziging en een wetswijziging om de samenwerkingschool mogelijk te maken is tot nu toe dus beperkt tot twee scholen, die bovendien op basis van het overgangsrecht zijn aangemerkt als samenwerkingschool. Er kan

over worden getwist of dit kwalijk is: het gebrek aan 'succes' kan er evengoed op duiden dat de uitzonderingsvariant nog niet vaak nodig is geweest.

Desalniettemin heeft de regering aanleiding gezien om een aanmerkelijke verruiming van de samenwerkingschool voor te stellen in het wetsvoorstel tot wijziging van diverse onderwijswetten in verband met de vereenvoudiging van de vorming van samenwerkingscholen (Wet samen sterker door vereenvoudiging samenwerkingschool).⁵³ Het wetsvoorstel ligt in de Eerste Kamer, alwaar de vaste Kamercommissie de Afdeling advisering van de Raad van State heeft verzocht om voorlichting te geven bij het wetsvoorstel.⁵⁴ De Afdeling heeft deze voorlichting gegeven, en de Eerste Kamer heeft bij wijze van voorlopig verslag de regering gevraagd om te reageren op deze voorlichting.

Het wetsvoorstel spreekt van een vereenvoudiging van de samenwerkingschool, maar dit doet niet geheel recht aan de inhoud van het wetsvoorstel. In belangrijke mate gaat het om een verruiming van de mogelijkheden voor het oprichten van een samenwerkingschool. In de kern signaleert de memorie van toelichting dat er in toenemende mate sprake is van maatschappelijke behoefte aan samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs, maar dat de route naar een samenwerkingschool door betrokkenen vaak om uiteenlopende redenen niet gekozen wordt. De samenwerking blijft informeel, of er vindt, na omzetting van de openbare school in een bijzondere school, een fusie plaats tussen bijzondere onderwijsinstellingen. Het openbaar onderwijs dreigt in dat laatste geval te verdwijnen.

Het wetsvoorstel kent een aantal maatregelen omtrent de samenwerkingschool:

- Allereerst wordt de norm om te voldoen aan het continuïteitscriterium verlaagd: in het oorspronkelijke voorstel gold dat een samenwerkingschool reeds kon worden gestart wanneer één van de scholen een leerlingenaantal had dat maximaal 60 boven de opheffingsnorm uit zou komen. Bij de laagste opheffingsnorm van 23 leerlingen zou dus vanaf een leerlingenaantal onder de 83 een samenwerkingschool kunnen worden gestart. Naar aanleiding van de advisering van de Afdeling advisering van de Raad van State is dit aangepast en vervangen door een meer complexe formule, waarbij de marge van 60 afneemt naarmate de opheffingsnorm toeneemt. Hierdoor zullen scholen in relatief dichtbevolkte gebieden minder snel een samenwerkingschool op kunnen richten.
- De fusietoets bij het creëren van een samenwerkingschool wordt losgelaten.
- Daarnaast opent het wetsvoorstel de mogelijkheid om een samenwerkingschool op te kunnen richten die ressorteert onder een stichting die openbaar onderwijs in stand houdt of een stichting die bijzonder onderwijs in stand houdt. Deze zullen bestaan naast de huidige regeling, waarbinnen een school moet worden overgedragen aan een stichting die expliciet voor het in stand houden van de samenwerkingschool in het leven is geroepen.
- Voorts schrijft het wetsvoorstel dwingend voor dat aan een samenwerkingschool een identiteitscommissie is verbonden. De identiteitscommissie adviseert

53. *Kamerstukken II 2016/17, 34512, 1-2.*

54. *Kamerstukken II 2016/17, 34512, B.*

gevraagd en ongevraagd het bevoegd gezag en de directeur over alle aangelegenheden die betrekking hebben op de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het openbare karakter en de identiteit van de samenwerkingschool. De verdere regeling van de identiteitscommissie is overgelaten aan de statuten.

5.3 Beoordeling van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel is kritisch ontvangen door de Onderwijsraad en door de Afdeling advisering van de Raad van State, ook bij het verzoek om voorlichting van de Eerste Kamer. De kritische opmerkingen hebben in hoofdlijnen betrekking op:

1. de onderbouwing van nut en noodzaak van het wetsvoorstel;
2. de ongrondwettigheid van de te ruime invulling van het continuïteitscriterium;
3. de ongrondwettigheid van een samenwerkingschool onder een overheidsstichting die openbaar onderwijs in stand houdt; en
4. de positie van de identiteitscommissie in verhouding tot het bevoegd gezag.

Ad. 1

Het staat buiten kijf dat krimp in bepaalde regio's een groot probleem zal worden voor de instandhouding van voorzieningen. De samenwerkingschool, zoals deze sinds 2011 mogelijk is, is echter kennelijk niet aantrekkelijk voor scholen in deze gebieden. Hiermee is echter nog weinig gezegd over de oorzaken hiervan.

Mogelijk is bijvoorbeeld het continuïteitscriterium helemaal niet doorslaggevend. Dit is in ieder geval een hypothese die ik wel aan zou durven, gelet op het feit dat er nu al, blijkens de memorie van toelichting, 1859 scholen onder de opheffingsnorm vallen.⁵⁵ Onder de meest conservatieve inschattingen kunnen er dus meer dan 1859 scholen gebruikmaken van de regeling voor de samenwerkingschool. Al deze 1859 scholen zien kennelijk geen aanleiding om een samenwerkingschool te starten. Het zou toch, als eerste stap, de moeite waard zijn om te onderzoeken waarom dat zo is. Het maakt voor de mogelijke vervolgstappen nogal een verschil of er principiële bezwaren zijn om een samenwerkingschool te vormen, of dat de bestaande wettelijke vormgeving bezwaarlijk wordt geacht. Het is jammer dat er geen kwalitatief of kwantitatief onderzoek is gedaan naar de beweegredenen van scholen om niet over te gaan tot het inrichten van een samenwerkingschool.

Ad. 2

Zoals de Afdeling signaleert, zal een substantieel deel van de scholen onder de nieuwe criteria onder de nieuwe regelgeving in aanmerking kunnen komen om een samenwerkingschool te starten. Belangrijker nog dan een kwantitatieve verschuiving gaat het ook om een inhoudelijke uitholling van het continuïteitscriterium: het gaat hier helemaal niet meer om de beoogde uitzonderingssituatie waarin vitale onderwijsvoorzieningen dreigen te verdwijnen wanneer er geen samenwerkingschool mogelijk wordt gemaakt. Hiermee wordt de ruimte die de Grondwetgever heeft gelaten aan de wetgever overschreden.

55. *Kamerstukken II 2016/17, 34512, 3, p.15.* Het is mij niet gelukt om deze cijfers te verifiëren. Ook wanneer deze cijfers niet exact zouden kloppen, staat buiten kijf dat een substantieel aantal scholen in aanmerking zal komen voor het opgaan in een samenwerkingschool, maar hier niet voor opteert.

Ad. 3

Vanuit het argument van gelijkheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs maakt het wetsvoorstel het mogelijk om een samenwerkingsschool in stand te laten houden door een overheidsstichting. Dit zou betekenen dat van overheidswege onderwijs met een religieuze richting zou worden gegeven. Dit staat op gespannen voet met de opvattingen over de scheiding tussen kerk en staat in Nederland en artikel 23 Grondwet, dat uitgaat van een levensbeschouwelijk neutrale overheid.

Naar het oordeel van de regering staat het de overheid vrij om personeel met een bepaalde levensbeschouwelijke opvatting aan te nemen en dit personeel in te zetten op een samenwerkingsschool. Dit is natuurlijk juist, maar slaat de plank mis: de aanstelling is geen probleem. De overheid mag personen met een bepaalde levensbeschouwelijke opvatting immers ook aanstellen aan een openbare school. De overheid mag echter geen specifieke levensbeschouwing uitdragen of in opdracht laten uitdragen.

Het komt overigens in uitzonderlijke gevallen wel voor dat de overheid expliciet levensbeschouwelijk personeel in dienst heeft: in de geestelijke verzorging in gevangenissen en het leger werken geestelijk bedienaren in dienst van de overheid. Daarbij geldt echter expliciet dat de overheid ten aanzien van het ambt van de geestelijke geen zeggenschap heeft. De verantwoording hierover dient te worden afgelegd aan de zendende instantie. Dit is een uitzonderlijke situatie, die gerechtvaardigd wordt door de bijzondere omstandigheden waarin de geestelijke verzorging wordt uitgevoerd. Het verzorgen van bijzonder onderwijs in een openbare school zou mijns inziens alleen mogelijk zijn wanneer alle verantwoordelijkheid voor de verenigbaarheid met de richting buiten het bestuur zou komen te liggen. Dit is in theorie wel mogelijk, maar mijns inziens weinig praktisch.

Het is niet principieel onmogelijk om levensbeschouwelijk neutraal, openbaar onderwijs te verzorgen onder de verantwoordelijkheid van een rechtspersoon die een school voor bijzonder onderwijs in stand houdt. In dat licht kan de regeling worden vereenvoudigd en kan het vereiste van het oprichten van een nieuwe rechtspersoon voor de samenwerkingsschool vervallen, mits uiteraard de statuten van de rechtspersoon hierop worden aangepast en de overige waarborgen voor de levensbeschouwelijke neutraliteit, waaronder het toezicht van de gemeenteraad op het openbare karakter van het onderwijs, gewaarborgd zijn. Deze oplossingsrichting zal echter vermoedelijk voor de voorstanders van het openbaar onderwijs gevoelig liggen en het is ook de vraag in hoeverre er bij het bijzonder onderwijs behoefte bestaat aan gemeentelijk toezicht op een deel van het onderwijs.

Ad. 4

Dit punt hangt nauw samen met het bovenstaande punt. De identiteitscommissie heeft tot taak de identiteit van het bijzonder onderwijs te bewaken. Een belangrijke vraag is hoe de identiteitscommissie zich verhoudt tot het bevoegd gezag. Onder het wetsvoorstel heeft de identiteitscommissie een eigen wettelijke positie, maar is in een aantal opzichten afhankelijk van het bevoegd gezag. Allereerst heeft het bevoegd gezag een stem in het vormen van de statutaire regelingen betreffende de identiteitscommissie. De identiteitscommissie heeft een adviserende rol. Het bevoegd

gezag blijft een eigen positie houden om het advies te beoordelen. Het is de vraag of dit voldoende is voor het bewaken van de identiteit van het bijzonder onderwijs en het karakter van het openbaar onderwijs. In geval van een conflict met het bevoegd gezag, delft de identiteitscommissie het onderspit.

5.4 Conclusie

Ten principale is de samenwerkingschool een anomalie in het duale stelsel: de principiële tegenstellingen tussen bijzonder onderwijs en openbaar onderwijs zijn niet verenigbaar. Tegelijkertijd worden deze verschillen in de praktijk niet zo zwaar geacht dat ze in de weg staan aan een productieve samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Op bestuurlijk niveau is dit sinds 1998 ook wettelijk mogelijk. Het geven van openbaar en bijzonder onderwijs op één en dezelfde school behoeft Grondwetswijziging, die in 2008 is gerealiseerd. De wettelijke uitwerking hiervan vond plaats in 2011. De samenwerkingschool is daarbij nadrukkelijk bedoeld als een uitzondering, die mogelijk zou moeten zijn wanneer het niet toestaan van de samenwerkingschool zou leiden tot verdwijning van de onderwijsvoorzieningen.

Sinds het bestaan van de wettelijke regeling zijn er geen nieuwe samenwerkingscholen ontstaan, de enige twee samenwerkingscholen zijn als zodanig aangemerkt op basis van het overgangsrecht. De regering heeft met het wetsvoorstel 'Samen sterker door vereenvoudiging van de samenwerkingschool' een poging gedaan om de formele samenwerkingschool aantrekkelijker te maken voor het onderwijsveld.

Het is zeer de vraag of dit wetsvoorstel binnen de grenzen van de Grondwet blijft. Door verruiming van het continuïteitscriterium is er in feite geen sprake meer van onderwijsaanbod dat onder druk staat. De school kan immers gewoon voortbestaan zonder op te gaan in een samenwerkingschool. Het toepassingsbereik wordt hiermee bovendien wel heel ruim, waardoor het de vraag is of de samenwerkingschool nog wel als uitzondering in het duale stelsel kan worden gezien, zoals de Grondwetgever beoogde. Daarenboven is het zeer de vraag of de grootste belemmeringen gelegen zijn in de getalsmatige criteria: van de groep van scholen die thans onder het wetsvoorstel in aanmerking zouden komen voor een samenwerkingschool, kiest geen hiervan voor een samenwerkingschool. Daarnaast is de grondwettigheid van het geven van bijzonder onderwijs onder het gezag van een stichting voor openbaar onderwijs twijfelachtig.

De kernvraag, waar het wetsvoorstel en de memorie van toelichting geen antwoord op formuleren, is waarom deze scholen niet kiezen voor een samenwerkingschool. Is de wettelijke regeling te beknellend? In dat geval zou vereenvoudiging van de bestuurlijke vormgeving van de samenwerkingschool voor de hand liggen. Ik kan mij in het geval van de samenwerkingschool voorstellen dat het vereiste van het oprichten van een nieuwe rechtspersoon als bevoegd gezag voor de samenwerkingschool, waarbij de oorspronkelijke rechtspersoon wel een rol als bewaker van de identiteit heeft, in de praktijk als een hobbel wordt ervaren. Bovendien leidt dit vereiste ertoe dat de school vrijwel onvermijdelijk een zogenaamde 'enpitter'

wordt, een bestuur met één school onder zich. Dit maakt kwetsbaar, zeker wanneer de school van een beperkte omvang is.

Het zou binnen de grenzen van artikel 23, vierde lid, Grondwet vallen wanneer dit vereiste wordt verlaten en wordt vervangen door het vereiste van statutaire verruiming van de doelstelling van de oorspronkelijke rechtspersoon. Dit zou echter wel betekenen dat deze school formeel 'bijzonder' zou zijn, en dat is voor de voorstanders van het behoud van openbaar onderwijs een doorn in het oog. Mogelijk is er echter in het geheel geen behoefte aan het formaliseren van samenwerkingsverbanden tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Dan ligt het niet voor de hand om hier met wetgeving te komen.

Samenvattend en concluderend staat het wetsvoorstel op gespannen voet met de Grondwet en is twijfelachtig of het wetsvoorstel in de huidige vorm in een maatschappelijke behoefte voorziet. Het is te hopen dat de Eerste Kamer niet in zal stemmen met het wetsvoorstel. Afhankelijk van de uitkomst van uit te voeren empirisch onderzoek naar de maatschappelijke behoefte inzake de samenwerkings-school zou nieuwe wetgeving kunnen worden geïnitieerd.

Hoofdstuk 6

Conclusie en reflectie

In dit preadvies heb ik de betekenis van de onderwijspacificatie, zoals deze is neergelegd in artikel 23 Grondwet, verkend voor het huidige onderwijsstelsel. Hiervoor ben ik allereerst ingegaan op de betekenis van het onderwijsartikel zelf. Artikel 23 is een gelaagd artikel, waarin verschillende normen in verschillende tijdsgewrichten tot stand zijn gekomen. De culminatie hiervan vond plaats in de Grondwetwijziging van 1917, waarin de definitieve uitgangspunten voor het duale bestel zijn neergelegd. Deze uitgangspunten zijn actueel tot op de dag van vandaag:

- de zorg van de regering voor het onderwijs, de zogenaamde stelselverantwoordelijkheid;
- de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs (de garantiefunctie);
- het openbaar onderwijs wordt van overheidswege gegeven en valt dan ook onder het bestuursrecht;
- de levensbeschouwelijke neutraliteit en algemene toegankelijkheid van het openbaar onderwijs;
- de vrijheid van onderwijs, uitgewerkt in de vrijheid van oprichting, richting en inrichting;
- scholen voor bijzonder onderwijs worden in stand gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen en vallen onder het privaatrecht;
- de gelijkberechting van openbaar en bijzonder onderwijs in de aanspraak op bekostiging;
- de even afdoende gewaarborgde deugdelijkheid van het bijzonder en openbaar onderwijs.

In 2006 is hier, met de mogelijkheid om openbaar onderwijs al dan niet in een openbare school te laten plaatsvinden, nog een beperkte uitzondering op mogelijk gemaakt. Openbaar onderwijs kan tevens worden verzorgd in een samenwerkings-school.

Hoewel het duale stelsel in het onderwijs tot op de dag van vandaag een juridisch ankerpunt is, zijn er wel verschuivingen. De ontkerkelijking en ontzuiling van Nederland heeft geleid tot een maatschappelijk debat over de houdbaarheid van een stelsel dat nog sterk geordend is op basis van de traditionele zuilen. Enerzijds sluit de formele richting van het scholenbestand voor een deel van de scholen niet meer aan bij de bestaande maatschappelijke verhoudingen. Anderzijds passen hier ook een aantal kanttekeningen. Het stelsel is in hoge mate flexibel gebleken om in te spelen op maatschappelijke veranderingen. De formele continuïteit betekent niet dat er binnen het stelsel geen vernieuwing plaatsvindt. Daarnaast is er in Nederland een substantiële minderheid waarvoor de religieuze richting nog wel degelijk van betekenis is, ook voor de schoolkeuze. Voor deze minderheid is de onderwijsvrijheid nog steeds van groot belang. In het bovenstaande heb ik twee anomalieën, ontwikkelingen die principieel op gespannen voet staan met de uit-

gangspunten van het duale stelsel, besproken: het (gedeeltelijk) afschaffen van het begrip richting voor bijzonder onderwijs in de onderwijswetgeving en de ontwikkeling van de samenwerkingsschool.

Het begrip 'richting' is een centraal begrip in de onderwijswetgeving, dat relevant is voor uiteenlopende zaken in het onderwijs, waaronder de oprichting van een nieuwe school, bekostiging voor de laatste school van een richting, de mogelijkheid voor het opstellen van alternatieve kerndoelen en vrijstelling van de leerplicht. Traditioneel wordt onder 'richting' doorgaans verstaan 'levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging', hoewel er debat plaatsvindt over de vraag in hoeverre pedagogische opvattingen hier ook onder zouden (moeten) vallen.

In de afgelopen jaren wordt nadrukkelijk discussie gevoerd over het mogelijk verruimen of zelfs afschaffen van het richtingbegrip in (onderdelen van) de onderwijswetgeving. Hier is voldoende aanleiding voor: in de afgelopen jaren is de betekenis van het begrip richting uitgehold door het strategisch gebruik van de richting en het 'stapelen' van richtingen bij de oprichting van nieuwe scholen.

De meest concrete vorm heeft deze ontwikkeling tot nu toe gekregen in het wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen'. Met het wetsvoorstel wordt beoogd een nieuwe stichtingsprocedure in te voeren, waarin de richting van de op te richten school geen rol meer speelt. Daarnaast wordt in het conceptwetsvoorstel de ruimte om alternatieve kerndoelen te stellen afgeschaft en wordt de regeling inzake bekostiging van de zogenaamde 'laatste school van een richting' afgeschaft.

Hoewel de doelstelling van het wetsvoorstel, het creëren van ruimte voor schoolstichting vanuit een andere achtergrond dan de formele richting van de school, sympathiek oogt, zitten er de nodige principiële en praktische haken en ogen aan. Principieel is de vraag wat de gevolgen van het loslaten of verruimen van het richtingbegrip zijn voor het niveau van bescherming voor de levensbeschouwelijke en religieuze richtingen. Het verlagen van dit niveau van bescherming staat op gespannen voet met artikel 23 van de Grondwet en zou een zwaarwegende rechtvaardiging behoeven. De meest elegante oplossing hiervoor is het hanteren van verschillende beschermingsniveaus voor verschillende richtingsbegrippen.

Ook praktisch gezien kent het wetsvoorstel een aantal zwakheden. De afwezigheid van enige betrokkenheid van het lokaal gezag is, gelet op de regionale diversiteit in onderwijsvoorzieningen en de gevolgen voor het lokale huisvestingsbeleid, onwenselijk. Onduidelijk is of en op welke gronden de minister nieuwe initiatieven kan afwijzen, nu er feitelijk geen inhoudelijke criteria meer zijn om een nieuw initiatief te beoordelen. Ook kan de macrodoelmatigheid van het stelsel onder druk komen te staan. Zonder enige materiële criteria om de oprichting van een nieuwe school te toetsen zal het aantal pogingen, dat ook nu al het aantal gehonoreerde pogingen ver overstijgt, alleen maar toenemen. Al met al oogt het voorstel weinig realistisch.

Een tweede anomalie, die ik heb besproken, is de samenwerkingsschool, een school waarbinnen openbaar én bijzonder onderwijs wordt gegeven. Bij de Grondwetswij-

ziging van 2006 is mogelijk gemaakt dat openbaar onderwijs 'al dan niet in een openbare school' plaatsvindt. De wetgever heeft dit nader uitgewerkt in een wettelijke regeling voor het primair en voortgezet onderwijs. Het uitgangspunt bij deze wettelijke regeling is dat de samenwerkingschool een uitzondering is in het duale stelsel. Dit komt onder andere tot uitdrukking doordat de samenwerkingschool alleen kan ontstaan door een fusie tussen twee bestaande scholen en opgericht kan worden door het continuïteitscriterium. Dit laatste is zo ingevuld dat ten minste een van beide samen te voegen scholen binnen zes jaar onder de opheffingsnorm terecht zal komen.

De bestaande wettelijke regeling heeft niet geleid tot het daadwerkelijk ontstaan van samenwerkingscholen, slechts het overgangsrecht heeft geleid tot erkenning van twee bestaande samenwerkingscholen. Mede om het gebruik van de samenwerkingschool meer te faciliteren heeft de regering een wetsvoorstel ingediend: de Wet samen sterker door vereenvoudiging van de samenwerkingschool. Dit wetsvoorstel ligt momenteel in de Eerste Kamer, waar de Afdeling advisering van de Raad van State op verzoek een extra voorlichting heeft uitgebracht.

Het wetsvoorstel voorziet in een aanmerkelijke verlaging van de drempel om te voldoen aan het continuïteitscriterium en schaft de fusietoets af voor de samenwerkingschool. Daarnaast maakt het een samenwerkingschool mogelijk onder verschillende bestuursmodellen: naast een apart op te richten samenwerkingsbestuur kan een samenwerkingschool worden ondergebracht bij een stichting voor bijzonder onderwijs of bij een stichting voor openbaar onderwijs. Voor de bewaking van de identiteit van het bijzonder onderwijs is voorzien in een wettelijk voorgeschreven identiteitscommissie.

Vanuit grondwettelijk perspectief zijn verschillende kanttekeningen te plaatsen bij het wetsvoorstel: allereerst is het de vraag of de voorgestelde verruiming van de mogelijkheden om een samenwerkingschool te starten wel recht doet aan de oorspronkelijke gedachte dat de samenwerkingschool een vangnet zou zijn voor situaties waarin het onderwijsaanbod zelf zou verdwijnen wanneer openbaar en bijzonder onderwijs niet binnen één school zouden kunnen worden gegeven. Dit is immers bij scholen ver boven de opheffingsnorm, niet aan de orde. Daarnaast is het de vraag hoe het geven van bijzonder onderwijs onder gezag van een openbaar bevoegd gezag kan geschieden. De overwegende overheidsinvloed en het vereiste van levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit, die op bestuurlijk niveau gewaarborgd moet worden, staan op gespannen voet met het bewaken van de identiteit van het bijzonder onderwijs. Tot slot is het de vraag of het wetsvoorstel wel voorziet in een reële behoefte. Reeds op grond van de huidige criteria komt een substantieel aantal scholen in aanmerking om als samenwerkingschool verder te gaan. Van al deze scholen kiest er niet één (!) voor het model van de formele samenwerkingschool. Dit roept de vraag op hoe zinvol een verdere verruiming van de criteria is en of er wellicht andere doorslaggevende redenen zijn voor scholen om niet over te gaan tot een formele samenwerkingschool.

De twee wetsvoorstellen laten enerzijds zien dat artikel 23 Grondwet nog steeds een ankerpunt is in de ontwikkeling van nieuwe onderwijswetgeving. De Afdeling

advisering, de Onderwijsraad en vele scholenorganisaties beroepen zich nog steeds op de uitgangspunten van het duale stelsel en verdedigen het bestaande stelsel. De wetgever zelf heeft, bij gebrek aan constitutionele toetsing, echter het laatste woord bij het beoordelen van de grondwettigheid van de wet. In dat licht blijft ook artikel 23 Grondwet kwetsbaar voor uitholling door de formele wetgever.

Hoewel er enige substantie zit aan de wens om te komen tot een andere stichtingsprocedure, lijkt het wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' toch vooral een politiek manifest tegen het bestaande stelsel. Ook de wet inzake de vereenvoudiging van de samenwerkingsschool lijkt vooral een politieke aanmoediging van Den Haag aan het veld te zijn om toch eindelijk eens formele samenwerkingsscholen te gaan vormen.

Op een dieper niveau zien we hiermee nog steeds hoezeer opvattingen over het onderwijsstelsel nog steeds verweven zijn met het zelfbeeld van een samenleving. Een veelzeggend citaat in dit verband:

'Dit wetsvoorstel actualiseert de procedure zodat deze tegemoetkomt aan de moderne, seculiere maatschappij en zodat de procedure flexibel kan inspelen op toekomstige maatschappelijke ontwikkelingen en de veranderende wensen van ouders.'⁵⁶

De toelichting benoemt expliciet het moderne, seculiere karakter van de maatschappij, waarmee het de onmiskenbaar nog steeds aanwezige religieuze elementen tegelijkertijd buiten de maatschappij plaatst en afdoet als niet modern. Hoewel de maatschappij steeds meer seculier wordt, is er nog steeds een substantiële minderheid voor wie religie nog steeds een belangrijke rol speelt in zijn of haar leven. Met dergelijke kwalificaties van de zijde van een politieke ambtsdrager, die de stelselverantwoordelijkheid draagt voor het onderwijs, is het niet onlogisch dat degenen die nog dagelijks van harte gebruikmaken van de onderwijsvrijheid vanuit een religieuze overtuiging zich zorgen maken of zij nog wel gezien worden door de regering.

Het gestelde seculiere karakter van de samenleving wordt hier gebruikt als een argument om religieuze elementen verder terug te dringen. Hier dreigt vrijheid in haar tegendeel om te keren. Het ideaalbeeld van de vrije mens wordt dan een norm in zichzelf waaraan eenieder moet voldoen, en een maatstaf waarmee alle verwijzingen naar religieuze bepaaldheid verworpen worden als onvrijheid, ook in de situatie waarin de persoon zelf aangeeft deze vrijwillig te verkiezen. Uiteindelijk overvraagt de overheid hiermee zichzelf. Een bekend citaat van André Donner is in dit verband nog altijd actueel:

'De overheid heeft de geestelijke situatie, die zij vindt, in zekeren zin te aanvaarden en haar beleid daarnaar in te richten. Eenheid van denken en handelen kan zij niet scheppen, er zijn te veel factoren, waartegenover zij met al haar machtsmiddelen toch machteloos staat. Wie hier de ont-

56. Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen', p. 29.

wikkeling der geesten tracht te forceren, bevordert veelal een precies omgekeerde ontwikkeling en werkt een ontbinding van gezag in de hand.⁵⁷

Deze waarheid gaat ook op voor de onderwijswetgever.

57. A.M. Donner, 'Relativisme en geestelijke vrijheid', in: *Tussen het echte en het gemaakte*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 15.

Rede voorzitter Christen Juristen Vereniging

Bescherming van onze natuur

Prof. mr. S.E. Zijlstra

Haarlem, 9 juni 2017

De Nederlandse cultuur staat de afgelopen jaren enorm in de belangstelling. Althans in Nederland: het lijkt er niet op dat het debat over het al of niet teloorgaan van onze cultuur ook buiten onze landsgrenzen de aandacht trekt. In het buitenland heeft men de handen weer vol aan het beschermen van de eigen cultuur, zo lijkt het.

Met name bij de jongste Tweede Kamerverkiezingen spraken politici van verschillende politieke partijen hun bezorgdheid uit over de gevaren die onze cultuur zouden bedreigen.

Hoewel ik als privépersoon graag aanneem wat de boven mij gestelden menen, word ik voor een deel van mijn tijd betaald om kritisch na te denken, en ik kreeg toch wel behoefte aan nadere duiding van wat dan precies 'onze cultuur' is. Dat is temeer van belang, juist omdat het uitspraken van politici zijn. Naar de aard der zaak zijn uitspraken van politici in verkiezingstijd erop gericht om, door het vergaren van zo veel mogelijk stemmen, programmapunten om te zetten in beleid. Hun uitspraken over wat wenselijk en niet wenselijk is, moeten steeds in dat licht worden geduid.

Nu doen politici allerlei uitspraken. Als een politicus zegt dat hij chocomel lekkerder vindt dan cola, is duidelijk dat het geen aankondiging van beleid is. Maar politici dienen zich ervan bewust te zijn dat uitspraken die politiek relevant *kunnen* zijn, ook als politieke uitspraken, dat wil zeggen als aankondiging van beleid, worden geduid. Uitspraken van politici over bescherming van onze cultuur moeten zonder meer als politiek relevant worden beschouwd. Alle reden dus om nader te kijken naar wat ze daarmee bedoelen.

Een citaat van onze premier uit zijn bekende verkiezingsadvertentie in de landelijke dagbladen: 'We zullen glashelder moeten blijven maken wat normaal is en wat niet normaal is in dit land. We zullen onze waarden actief moeten verdedigen.' Vraag is dan dus: wat *is* onze cultuur? Wat *zijn* onze waarden?

In zijn prachtige opstel *Nederland's geestesmerk* beschreef J. Huizinga in 1935 de Nederlandse volksaard.¹ Nederlanders, zo meent hij, zijn vooral 'burgerlijk' in alle

1. J. Huizinga, *Nederland's geestesmerk*, Leiden: A.W. Sijthof 1935. Met dank aan J. Gooijer die mij op dit fraaie werk wees.

betekenissen van het woord. Belangrijk voor de Nederlander is zindelijkheid. Onze taal, zo constateert hij, ‘weerspiegelt het gewicht dat wij daaraan hechten. Wat een woorden er voor! Zindelijk, proper, frisch, net, fielder, zuiver... het een klinkt al “burgerlijker” dan het ander.’ Daarnaast: ‘een hoge mate van ontzag voor het recht en de meening van anderen’. Een ‘geringe vatbaarheid voor illusie en retoriek’. Ook is, aldus Huizinga, het Nederlandsche volk in de loop van zijn bestaan ‘voor sterke uitingen van politiek extremisme onvatbaar gebleken’. Nederlanders zijn een zelfverzekerd volk, maar ‘het nationale overwaardigheidsgevoel is bij ons betrekkelijk zwak ontwikkeld. Onder de deugden, die wij ons mogen toekennen, behoort buiten kijf een relatief geringe neiging tot nationale zelfverheerlijking en zelfverheffing.’

Deze schets van Huizinga komt deels archaisch over, maar op andere punten – zoals de geringe neiging tot zelfverheerlijking – bekruipt mij wel een gevoel van herkenning. Wat daar ook van zij, ik vermoed dat de politici die onze cultuur willen beschermen, op deze en vergelijkbare kenmerken het oog hebben.

Wie zich vanuit een niet-EU-land in Nederland wil vestigen, moet een inburgeringsexamen doen. Zou daar misschien iets aan te ontlenen zijn?

In de op het inburgeringsexamen toepasselijke regelgeving² wordt als één van de eindtermen van dat examen geformuleerd dat ‘de inburgeraar (...) in staat [is] om te gaan met de Nederlandse omgangsvormen, waarden en normen’. Onder het kopje ‘Duiden en hanteren van verschillende omgangsvormen in Nederland’ treffen we zaken aan als:

2.1.1 Weet dat omgangsvormen, waarden en normen kunnen verschillen per cultuur, regio en sociale klasse.

- *stelt zich op de hoogte van onuitgesproken omgangsregels (door observeren, advies vragen, vragen om bevestiging of correctie enzovoort)*
- *gaat op een respectvolle manier om met overeenkomsten en verschillen*
- *informeert zich over omgangsvormen, normen en waarden van burgers met andere achtergronden dan de eigen*

2.1.2 Weet dat Nederlanders zich zeer direct kunnen uiten, zonder daarmee kwetsend of onbeleefd te willen zijn.

- *vat direct geuite feedback en kritiek niet persoonlijk op*
- *reageert adequaat op rechtstreeks uitgesproken meningen en directe vraagvormen*

2.1.3 Weet hoe sociale contacten privé en op het werk verlopen.

- *maakt indien de andere partij daar prijs op stelt afspraken bij sociale contacten (bijvoorbeeld voor bezoek)*
- *houdt zich aan gemaakte afspraken of meldt zich tijdig af*

2.1.4 Weet wat de gebruikelijke gedragsregels zijn in de meest voorkomende situaties (in winkels en wachtkamers, bij loketten, deelnemen aan feestje in de buurt, openbaar vervoer).

2. Art. 1.7 van de Regeling inburgering en de daarbij behorende eindtermen.

- *stelt zich op de hoogte van de gangbare regels en realiseert zich wat op dit gebied als passend gedrag wordt beschouwd (nummertje trekken, een karretje pakken, in de rij staan, op zijn beurt wachten, in- en uitstappen bij openbaar vervoer)*

Als ik dit lijstje tot me door laat dringen, word ik er niet direct warm van. Het betreft toch vooral omgangsvormen, die verwijzen naar wat iemand die Nederland niet kent grosso modo kan verwachten. Een hoog normatief karakter hebben ze niet.

Het zijn conventies die in die zin waarde vrij zijn, dat ze, ook als ze anders zouden luiden, een even menswaardige samenleving kunnen opleveren. Neem het schudden van handen bij wijze van begroeting. De samenleving wordt niet minder of meer leefbaar als we elkaar zouden begroeten met een handzwaai, een buiging, een klapzoen of neuzen tegen elkaar, al kan uit een oogpunt van volksgezondheid misschien de voorkeur aan de buiging worden gegeven. Wel is van belang dat als eenmaal een bepaalde conventie bestaat, iedereen zich er min of meer aan houdt, omdat het anders de ander onnodig in verlegenheid brengt. Elkaar niet onnodig in verlegenheid brengen is sowieso de achtergrond van veel omgangsvormen, naast het soepel laten lopen van handel en dagelijks verkeer.

Nu lijkt juist het handen schudden een kernelement van de discussie over de bescherming van onze cultuur. Onze premier in zijn verkiezingsadvertentie in de landelijke dagbladen: 'In Nederland is het namelijk normaal dat je elkaar de hand schudt en gelijk behandelt.' Halbe Zijlstra: 'Als je het hier zo vreselijk vindt en je vrouwen bijvoorbeeld geen hand wil geven, ga dan weg. In Nederland heb je je aan te passen.' We hebben het dan niet meer over omgangsvormen en andere culturele conventies.

Bij nadere bestudering blijkt het hier niet per se om het handen schudden te gaan, maar om het onderscheid maken tussen mensen die je wel, en mensen die je niet de hand wil schudden. Gelijke behandeling dus.

Ook in de eerder aangehaalde Regeling inburgering zien we, naast de geciteerde omgangsvormen, eindtermen van geheel andere aard:

- 2.2. Omgaan met ongewone of botsende gewoonten, waarden en normen
 - 2.2.1 Weet dat de verhouding tussen man en vrouw, ook in huiselijke kring, gelijkwaardig is.
 - *realiseert zich dat mannen en vrouwen in Nederland gelijkwaardig worden behandeld en gaat hier respectvol mee om*
 - 2.2.2 Weet dat (ongehuwd) samenwonen, ook van mensen van gelijke sekse, geaccepteerd is in Nederland.
 - *realiseert zich dat andere samenlevingsvormen dan het huwelijk geaccepteerd zijn in Nederland en gaat hier respectvol mee om*

Het gaat dan niet om omgangsvormen en andere culturele conventies, maar om waarden; waarden die verwijzen naar rechtsbeginselen, waarvan de erkenning en naleving wel degelijk noodzakelijke voorwaarden voor een menswaardige samenleving zijn. Elkaar niet discrimineren is zo'n waarde.

Het is van belang dat in het debat over de bescherming van onze cultuur onderscheid wordt gemaakt tussen omgangsvormen en andere conventies enerzijds, en naar rechtsbeginselen verwijzende waarden anderzijds. Dit onderscheid is namelijk van belang voor de aanvaardbaarheid en effectiviteit van overheidsoptreden.

Pogingen van de overheid om omgangsvormen en andere conventies te beschermen in de vorm van gedragsnormen voor burgers, moeten worden afgewezen. Vooropgesteld moet worden dat we misschien wel kunnen spreken van conventies, maar die zijn niet van alle tijden en alle plaatsen. Schudden mensen elkaar daadwerkelijk altijd de hand als ze elkaar begroeten? Dat hangt sterk van de relatie en de context af. Sinds enkele decennia wordt tussen mannen en vrouwen, althans in de Randstad, driemaal gezoend, op het absurde af, als ik zo vrij mag zijn. Allemaal sterk contextueel en relationeel bepaald. Maar wat daar ook van zij: het is de overheid in een vrije en democratische samenleving eenvoudigweg niet toegestaan dit type gedrag voor te schrijven. Mensen hebben het recht hun eigen wijze van begroeting te kiezen, zich in een door henzelf gekozen taal te uiten, en het volkslied niet mee te zingen. Gezichtsbedekkende kleding kan niet worden verboden als cultuuruiting, hooguit vanwege identificatie in het kader van veiligheid en openbare orde, en zal dan nog stevig gemotiveerd moeten worden. Dit is de reden waarom bijvoorbeeld gemeenten vaak naar gedragscodes en andere softe instrumenten grijpen om – in de vorm van symboolpolitiek – toch nog enige daadkracht te laten zien.³ In het ergste geval maakt de overheid zich volstrekt belachelijk, zoals het Initiatiefvoorstel van het PVV-lid Bosma over Zwarte Piet laat zien. Ik citeer:⁴

Artikel 1

Een Zwarte Piet heeft een egaal zwart of donkerbruin gezicht, rood geverfde lippen, zwart krulhaar en goudkleurige oorbellen, en is gekleed in een fluweelachtig pak met pofbroek en draagt een hoofddekseel met een gekleurde veer.

Artikel 2

1. Indien een bestuursorgaan zijn medewerking verleent aan een sinterklaasviering, waaronder in ieder geval wordt begrepen een sinterklaasintocht, waarborgt het dat het gevolg van Sinterklaas niet bestaat uit anderen dan een of meer Zwarte Pieten en dat deze voldoen aan de kenmerken uit artikel 1.

Een politicus die dus verkondigt dat bepaalde omgangsvormen en andere conventies ‘in strijd zijn met onze cultuur’, doet er dus goed aan erbij te zeggen dat iedereen het recht heeft dat anders te zien, en geboden en verboden in dat kader niet aan de orde zijn. De door mij aangehaalde eindtermen met betrekking tot omgangsvormen moeten dan ook worden opgevat als ‘let op, zo gaat men in Nederland grosso

3. Zie bijvoorbeeld de Rotterdamse gedragscode uit 2006: ‘Wij Rotterdammers’, luidt de tekst, ‘discrimineren elkaar niet; wij spreken Nederlands; wij accepteren geen extremisme; we voeden onze kinderen goed op; we behandelen mannen en vrouwen gelijk; we discrimineren homoseksuelen niet; en we behandelen niet-gelovigen met respect’.

4. *Kamerstukken II* 2014/15, 34078, 2, Voorstel van wet van de leden Bosma en Wilders ter bescherming van de culturele traditie van het sinterklaasfeest (Zwarte Piet-wet).

modo met elkaar om, en als je dat niet weet, kun je jezelf en anderen in verlegenheid brengen’.

Maar waarden, zoals non-discriminatie, behoeven wel degelijk bescherming in de vorm van gedragsnormen, omdat zij *conditio sine qua non* zijn voor een menswaardige samenleving. De wetgever heeft dan ook op tal van manieren voorzien in die bescherming, waarbij het steeds gaat om het zoeken van een goede balans tussen vrijheid van godsdienst, geweten en meningsuiting aan de ene kant, en bescherming van de kernwaarden van de samenleving aan de andere kant.

Het zoeken van die balans is iets wat sinds de opkomst van Pim Fortuyn een groot maatschappelijk en politiek thema is geworden. Het probleem is dat de vrijheid van de één de vrijheid van de ander kan belemmeren. Wat moeten we met meningen en godsdiensten die die waarden ontkennen? Die discrimineren? Plaatsen die zich dan niet buiten het systeem, waarmee een reden is gegeven ze ook buiten de samenleving te plaatsen?

Vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing betekent iedere mening toestaan, ook als zij in wezen intolerant is ten opzichte van andere meningen. Men mag van mening zijn dat het homohuwelijk moet worden afgeschaft, of de vrijheid van onderwijs moet worden beperkt, of er maar één godsdienst zou mogen bestaan. Men mag het vinden, en men mag ook zeggen dat men het vindt.

Maar een mening tolereren is niet hetzelfde als *iedere* meningsuiting tolereren. Wat naar buiten wordt gebracht als een op uitvoering gerichte oproep om tegen een bepaalde bevolkingsgroep geweld te plegen of deze te discrimineren, kan en moet worden aangepakt. De uitspraak van Wilders over ‘minder Marokkanen’ ging in dat opzicht al een grens over, want riep op tot discriminatie. Maar een nog belangrijker grens ging hij over met de toevoeging: ‘dat gaan we regelen’. Want dan krijgt het een operationele dimensie.

Het voorgaande dienen politici zich goed te realiseren. De oproep dat mensen die zeggen dat ze het hier maar niks vinden, moeten ‘oprotten’, miskent dan ook dat iedereen dat moet kunnen vinden én zeggen. En zij biedt een vorm van taalverruwing die een staatsman niet past.

