



DE GRONDWET - ARTIKEL 23 - ONDERWIJS

1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.
2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.
3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet geregeld.
4. In elke gemeente en in elk van de openbare lichamen, bedoeld in artikel 132a, wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school.
5. De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.
6. Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.
7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.
8. De regering doet jaarlijks van de staat van het onderwijs verslag aan de Staten-Generaal.

**WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR
ARTIKEL 23 - ONDERWIJS - D. MENTINK, B.P. VERMEULEN & P.J.J.
ZOONTJENS**

Inhoudsopgave

1. Inleiding
2. Het begrip onderwijs
3. Het sociale grondrecht inzake onderwijs
4. De vrijheid van onderwijs; de drie deelvrijheden
5. De vrijheid van oprichting
6. De vrijheid van richting
7. De vrijheid van inrichting
8. De dragers van de vrijheid van onderwijs
9. Het toezicht van de overheid; de bekwaamheid en zedelijkheid van onderwijsgeevenden
10. De neutraliteit van het openbaar onderwijs
11. Zorg voor het openbaar onderwijs
12. Deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden
13. Volledige bekostiging; de financiële gelijkstelling
14. Horizontale werking
15. De vrijheid van onderwijs en het recht op onderwijs op grond van verdragsbepalingen
16. Literatuur
17. Jurisprudentie
18. Historische versies

Editie december 2013

1. INLEIDING

De waarde van onderwijs kan vandaag de dag moeilijk overschat worden. Het is de toegangsk kaart tot economische voorspoed en persoonlijk geluk, tot een gezond leven en tot effectief burgerschap. Daarbij is de vrijheid om uit een variëteit van aanbod de meest passende school te kiezen, die te doorlopen en kwalitatief goed af te sluiten van levensbelang. En dat is in een notendop de vrijheid van onderwijs. Meer dan ooit staan onderwijs, en de vrijheid van onderwijs in de belangstelling. En terecht. Het is een noodzakelijke voorwaarde voor het moderne bestaan, waarin de juiste scholing en goede vorming een centrale positie innemen.

Artikel 23 is een opvallende bepaling in de catalogus van grondwettelijke grondrechten. Wat direct in het oog springt, is de tekstuele omvang ervan: het onderwijsartikel bestaat uit acht leden. De huidige vorm van de bepaling dateert uit 1917, het jaar waarin de grondwetgever een eind maakte aan de al vele decennia durende politieke schoolstrijd. Alleen in 2006 heeft er sindsdien een inhoudelijke wijziging plaatsgevonden, welke haar beslag kreeg in het vierde lid.

De oudste onderdelen van het artikel dateren uit 1814. Toen werd de basis gelegd voor het huidige eerste en achtste lid: onderwijs was volgens de grondwetgever een

zaak van nationaal belang en een voorwerp van aanhoudende zorg van de regering. Deze staatszorg strekte zich uit tot al het volksonderwijs ‘met open deuren’ (het publiek onderwijs).

De ontstaansgeschiedenis van het tweede, derde en vierde lid gaat terug tot 1848. In dat jaar kreeg het klassieke grondrecht inzake de vrijheid van onderwijs zijn grondwettelijke erkenning. De politieke druk daartoe was al jaren aanwezig. Voorstanders van het bijzonder onderwijs verzetten zich met name tegen de monopoliepositie van de overheid op onderwijsgebied. Zo was wettelijk geregeld in de Lager-onderwijswet van 1806, dat bijzondere scholen slechts konden worden opgericht als zij toestemming van de overheid hadden verkregen en geen leerstellig (doctrinair godsdienstig) onderwijs aanboden. De grondwetsherziening van 1848 maakte daaraan een eind door het duale onderwijsbestel te vestigen, dat steunt op de twee pijlers van openbaar onderwijs, dat van overheidswege wordt gegeven, en bijzonder onderwijs, dat van burgers uitgaat (dat wil zeggen individuen en particuliere groepen of organisaties). Sindsdien was men vrij om zonder overheidsvergunning en naar eigen inzicht scholen voor bijzonder onderwijs op te richten en in te richten, maar dan wel op eigen kosten. Wat het openbaar onderwijs betreft werd in het grondwetsartikel het primaat van deze tak van onderwijs geformuleerd van (thans) het vierde lid: ‘Er wordt overal in het Rijk van overheidswege voldoende openbaar lager onderwijs gegeven.’ Voor de liberale meerderheid in het parlement was dat een voorwaarde om in te stemmen met de nieuwe grondwettelijke positie van het bijzonder onderwijs.

In 1917 onderging het onderwijsartikel zijn volgende grote verandering: in het kader van de pacificatie, waarbij de schoolstrijd werd beëindigd, werden de leden vijf, zes en zeven ingevoegd en werd het huidige vierde lid aangescherpt. Deze grondwetsherziening draaide in essentie om de financiële gelijkstelling van het openbaar en bijzonder algemeen vormend lager onderwijs. Enigszins te vergelijken met de situatie in 1848 stemden de niet-confessionele partijen in het parlement hiermee onder voorwaarden mee: het grondwettelijk primaat van het openbaar onderwijs moest worden versterkt en er moest verzekerd zijn dat het uit de openbare kas te bekostigen bijzonder onderwijs even deugdelijk als het openbaar onderwijs zou zijn.

Na een ondergeschikte wijziging in 1972 (zie nr. 9) heeft er een inhoudelijk relevante wijziging plaatsgevonden in 2006.^[1] Dat betrof de verruiming van het vierde lid om de samenwerkingsschool mogelijk te maken. De cursieve onderdelen van de navolgende tekst zijn er toen aan toegevoegd: ‘In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school.’ Op deze wijziging wordt hieronder nog nader ingegaan.

Hoewel er toen een heel nieuwe redactie werd voorgesteld, bleef het onderwijsartikel in 1983 als enige grondrechtsbepaling buiten de algemene

grondwetsherziening. Het voornaamste politieke breekpunt was dat de tekst van een nieuw voorgesteld artikel het mogelijk zou maken dat decentrale regelgevers voorwaarden aan scholen van bijzonder onderwijs zouden kunnen stellen (verticale delegatie).^[2] Deze tekst haalde het niet. Het onderwijsartikel werd slechts op een paar ondergeschikte punten aangepast en keerde als artikel 23 in de herziene Grondwet van 1983 terug.^[3]

Een en ander betekent, dat de voor de overige grondrechten ingevoerde beperkings- en delegatiesystematiek niet op artikelartikel 23 van toepassing is.^[4] Enerzijds brengt dit met zich dat de enkele aanwezigheid van een delegatieterm nog niet inhoudt dat delegatie hier is toegestaan. Zo impliceert de term ‘regelt’ in het derde lid van artikelartikel 23 niet dat delegatie aan bijvoorbeeld de gemeenteraad van het stellen van voorschriften inzake het openbaar onderwijs is toegestaan. Anderzijds houdt het ontbreken van een delegatieterm niet per definitie in dat delegatie verboden is. Ook al bevatten het vijfde en zevende lid niet zo een term, dat staat er thans niet aan in de weg dat nogal wat deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden krachtens delegatie door de regering, de minister of het gemeentebestuur nader kunnen worden uitgewerkt. Of en in welke mate delegatie mogelijk is, valt derhalve niet uit de tekst van artikelartikel 23 af te lezen, maar zal uit de strekking van het desbetreffende artikellid en uit de wetgevingstraditie afgeleid moeten worden.

De bijzondere politieke ontstaansgeschiedenis van artikel 23 levert een tweede opvallend kenmerk op. Bij lezing van de acht leden blijkt dat de desbetreffende grondwettelijke normen nogal verschillen in de mate van concretisering. Het artikel kent op het punt van tekstuele uitwerking een soort ‘glijdende schaal’. Sommige normen zijn geheel open, waarbij de grondwetgever de invulling ervan volledig aan de wetgever overlaat (bijv. het bepaalde in het eerste lid). Andere zijn half open, en wel in die zin dat de grondwetgever nadere criteria formuleert of de reikwijdte ervan begrenst (zoals de deugdelijkheidsnorm in het zesde lid). Weer andere zijn tamelijk gesloten, zoals de norm in de eerste volzin van het vierde lid betreffende de overheidszorg voor het openbaar onderwijs. De grondwetgever van 1917 wilde hier de wetgever zo min mogelijk speelruimte geven bij de uitwerking van de garantiefunctie van het openbaar onderwijs.

Ondanks de inspanning van de grondwetgever om in artikel 23 een heldere normering tot stand te brengen, blijft de waarborgfunctie (van de tekst) van het grondrecht juridisch gezien betrekkelijk gering. Het risico is tamelijk groot dat het grondrecht ‘leegloopt’, omdat de wetgever nogal veel ruimte heeft. Ten eerste is er het bekende verbod van constitutionele toetsing ex artikel 120 Gw, wat in combinatie met de afwezigheid van een met artikel 23 Gw vergelijkbare bepaling in het Europese recht of de internationale verdragen meebrengt dat aan de politieke interpretatie van dit grondrecht nauwelijks rechtstreekse juridische beperkingen worden gesteld.^[5] De wetgever heeft bij zijn uitleg van artikel 23 echter houvast aan de geschiedenis van deze bepaling en de traditie van de op deze bepaling gebaseerde onderwijswetgeving. Daarnaast worden er nadere eisen gesteld door het

in onze rechtsorde toepasselijke supra- en internationale recht. Ten tweede moet worden bedacht dat het onderwijsartikel voor een belangrijk deel een institutioneel grondrecht is. Zo is de onmiddellijke rechtswerking van het klassieke grondrecht inzake de vrijheid van onderwijs betrekkelijk gering: deze vrijheid kan pas handen en voeten krijgen binnen het door de overheid gevestigde kader van onderwijsvoorzieningen. Hetzelfde is op te merken ten aanzien van het ‘harde’ sociale grondrecht op openbaar onderwijs: de normatieve werking vereist de tussenkomst van de wetgever. Al met al hebben de desbetreffende grondrechtelijke normen in hoge mate het karakter van rechtsbeginselen die nadere uitwerking behoeven.

Een derde opvallend kenmerk betreft het belang dat wordt gehecht aan de begrenzing van de interpretatieruimte voor wetgever en bestuur. Lange tijd heeft centraal gestaan de zogeheten historische interpretatie-methode, die zich richt op de bedoeling van de grondwetgever van 1917, mede zoals deze in de onderwijswetgeving in de loop ter tijd is uitgewerkt. In het politieke debat in het verleden zijn daar verschillende voorbeelden van aan te wijzen. Mag het openbaar onderwijs ook in het kader van een samenwerkingschool worden aangeboden gezien de betekenis van het begrip openbaar onderwijs?^[6] Kan het begrip richting ook in de ruimere zin van opvoedkundige opvattingen verstaan worden?^[7] Aan de andere kant zijn sommige principes van de pacificatie langzamerhand extensief geïnterpreteerd, zoals bij de regeling van de privaatrechtelijke bestuursvorm van het openbaar onderwijs,^[8] het samenwerkingsbestuur^[9] of de samenwerkingschool.^[10] Een principieel nieuwe weg is ingeslagen in het meest recente advies over artikel 23 Gw, van de Onderwijsraad, waarin wordt gepleit voor een meer ‘maatschappelijke’ uitleg van belangrijke onderdelen van het onderwijsartikel door de aansluiting te zoeken met het in het Eerste Protocol van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden beschermde recht op onderwijs.^[11] Verderop zullen we nader aandacht aan dit advies besteden.

2. HET BEGRIIP ONDERWIJS

Algemeen

In artikel 23 wordt het begrip onderwijs in uiteenlopende betekenissen gehanteerd. Het gaat om de volgende aanduidingen: de pedagogische activiteit, het geheel van het door wetten beheerste en van overheidswege bekostigde stelsel van onderwijsvoorzieningen, vormen van onderwijs, scholen en instellingen. Grofweg wordt het begrip onderwijs op verschillende niveaus geformuleerd, zoals op het macroniveau van het onderwijsstelsel of op het mesoniveau van de scholen of instellingen. In nog andere gevallen heeft de grondwetgever het oog gericht op het microniveau waar het onderwijsleerproces plaatsvindt.

Bij het ‘geven van onderwijs is vrij’ gaat het in de eerste plaats om de activiteit van het onderwijzen,^[12] het primaire proces dat zich afspeelt in de relatie tussen leraar en leerling. We kunnen hier spreken van het systematisch aanleren en

georganiseerd overbrengen van kennis, inzicht, vaardigheden en attitudes. Dit algemene begrip heeft betrekking op uiteenlopende vormen, niet alleen onderwijs in scholen en dergelijke, maar ook het les geven in autorijden, dansen, beweging en houding en schaatsen.^[13] Geen onderwijs in de zin van het tweede lid zijn de activiteiten die verricht worden door ondersteuningsinstellingen, zoals op het gebied van schoolbegeleiding, nascholing en leerplanontwikkeling.^[14] Wel onderwijs is buiten lesgeven ook het toetsen, tentamineren en examineren. Verder behoren werkstages daartoe, voor zover die verplicht zijn.^[15] Immers, '(i)n het huidige onderwijscurriculum moet het volgen van een stage als een wezenlijk onderdeel van de opleiding worden beschouwd en daarmee vormt de stage een noodzakelijke voorwaarde voor het afronden van de opleiding en het behalen van een diploma. (...) De onmogelijkheid van het kunnen volgen van een stage treft aldus het recht op onderwijs in het hart.'^[16]

In een uitspraak uit 2011 definieert de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State onderwijs tijdens de leerplicht als een activiteit waarbij sprake moet zijn 'van een zekere mate van sturing en structurering van het leerproces'. Dat volgt immers uit de onderwijswetten, die voorschrijven dat leerplichtigen langs de kerndoelen moeten worden geleid en dat hun vorderingen inzichtelijk moeten zijn. De Afdeling geeft aan dat het bij de omschrijving niet alleen hoeft te gaan om onderwijs waarbij een docent op klassikale wijze kennis en vaardigheden overdraagt aan leerlingen. Ook onderwijs dat wordt 'gestuurd' door de vragen van leerlingen kan hieronder vallen, mits daarbij sprake is van de overdracht van kennis en vaardigheden op leerplichtigen.^[17]

De betekenis van onderwijs in het eerste lid is het meest ruim en algemeen. Dit lid legt de rijksoverheid de verplichting op voor een onderwijsstelsel zorg te dragen, dat (in samenhang met het tweede lid te lezen) niet alleen het geheel van in wetten geregelde en al dan niet uit de openbare kas bekostigde onderwijsvoorzieningen omvat, maar zich ook uit kan strekken tot niet geregelde vormen van onderwijs, voor zover er voorschriften kunnen worden gesteld voor de bekwaamheid en zedelijkheid van onderwijsgeevenden en toezicht kan worden uitgeoefend ten aanzien van ook het niet door de wet geregelde onderwijs. Tenslotte is er het woord onderwijs in het achtste lid, dat wordt gebruikt in de betekenis van 'stelsel van onderwijsvoorzieningen'.

Op andere plaatsen in het grondwetsartikel wordt 'onderwijs' gebruikt voor 'soort of vorm van onderwijs'. Gewezen wordt op het tweede, vierde, zesde en zevende lid ('bij de wet aangewezen vormen van onderwijs', 'algemeen vormend lager onderwijs', 'algemeen vormend middelbaar en voorbereidend onderwijs').

De beheersvorm staat voorop waar het artikel spreekt over 'openbaar' en 'bijzonder' onderwijs: openbaar onderwijs gaat van de overheid uit en bijzonder onderwijs van burgers.

Op enkele plaatsen klinkt de gedachte aan scholen en instellingen door, zoals in het vijfde, zesde en zevende lid ('te bekostigen onderwijs', 'bekostigd onderwijs'). Een andere combinatie geeft bijvoorbeeld het vierde lid: met 'openbaar algemeen

vormend lager onderwijs' wordt niet alleen bedoeld op de beheersvorm, maar ook op de onderwijsvorm en de pedagogische activiteit. Een vergelijkbare combinatie geeft het zesde lid voor het begrip bijzonder onderwijs.

Soorten van 'algemeen vormend onderwijs'

De garanties ten aanzien van voldoende openbare scholen (vierde lid), gelijke deugdelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs (zesde lid) en financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs (zevende lid) zijn rechtstreeks van toepassing op het 'algemeen vormend lager onderwijs'. De wet stelt de voorwaarden vast, waaronder het 'algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs' door de overheid wordt gefinancierd (zevende lid). De termen 'algemeen vormend' zijn gebruikt om een afgrenzing te bereiken met onderwijs dat rechtstreeks leidt tot een beroep, het beroepsonderwijs. Dat betekent dat artikel 23 Gw zich in de meeste onderdelen niet uitstrekt tot het middelbaar of hoger (beroeps)onderwijs.^[18] Met 'lager onderwijs' in de zin van de Grondwet wordt bedoeld het funderend of leerplichtig onderwijs.^[19] Met middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs wordt aangeduid de bovenbouw van het algemeen voortgezet onderwijs. De financiële gelijkstelling is in de loop der tijd 'doorgetrokken' naar de bovenbouw van het voortgezet onderwijs, naar het middelbaar beroepsonderwijs krachtens de Wet educatie en beroepsonderwijs en naar het hoger onderwijs krachtens de Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. De wetgever is daar op grond van de Grondwet evenwel niet toe verplicht.^[20]

3. HET SOCIALE GRONDRECHT INZAKE ONDERWIJS

Het eerste lid legt de 'regering' de plicht op voor een stelsel van onderwijsvoor-zieningen zorg te dragen. Opgemerkt kan worden dat deze formulering afwijkt van die van verschillende andere sociale grondrechten, waarin van 'overheid' wordt gesproken.^[21] Welk stelsel er in stand gehouden moet worden, heeft de grondwetgever ten dele vastgelegd; veel ruimte is aan de wetgever overgelaten. De systematiek van het onderwijsartikel wijst erop dat het eerste lid – geformuleerd in de vorm van een sociaal grondrecht – de basis legt voor de daaronder volgende bepalingen, zoals die over het openbaar onderwijs als algemene voorziening (lid 4) en over de financiële gelijkstelling tussen openbaar en bijzonder onderwijs (lid 7). Deze uitleg over de ordening van artikel 23 sluit aan bij de bedoeling van de grondwetgever van 1917.^[22]

De normatieve werking van het eerste lid is zwak. Het feit dat er wordt gesproken van 'regering' zou wellicht kunnen worden gezien als een hindernis om bevoegdheden op het terrein van het onderwijs naar decentraal niveau te delegeren, maar doorslaggevend is dat niet gebleken.^[23] Wel kan er in aansluiting op het eerste lid worden gesteld dat het zwaartepunt van de overheidszorg op onderwijsgebied bij de centrale overheid ligt. Dit volgt zowel uit de grondwetsgeschiedenis, als uit de aard van de bepaling die op vele plaatsen de wetgever in stelling brengt en uit tweehonderd jaar wetgeving. In oorsprong had het eerste lid het karakter van een

competentietoedeling. In 1814 werd onomwonden het tot dan toe decentraal georganiseerde onderwijs (door kerkgenootschappen, particulieren, gemeenten) in handen van onze nog jonge eenheidsstaat gelegd. De slechte toestand van het schoolonderwijs was daar debet aan. Nieuwe denkbeelden over volksverlichting en nieuwe opvattingen over staat en maatschappij deden de rest.^[24] Het toenmalige artikel 140 bepaalde dat ‘het openbaar onderwijs op de hoge, middelbare en lage scholen een aanhoudend voorwerp van de zorg der Regering’ was. Uitgangspunt was de vorming van een nationaal onderwijssysteem en de erkenning van het openbaar onderwijs als een zaak van publiek belang, hoewel in de praktijk de verantwoorde-lijkheid voor het volksonderwijs op de schouders van de lagere overheden bleef liggen en het marktmechanisme grotendeels intact bleef.^[25] In de nieuwe Grondwet werd de Koning – als uitwerking van de zorgplicht van de rijksoverheid – opgedragen ‘van den Staat dier scholen jaarlijks aan de Staten-Generaal een uitvoerig verslag te geven’ (zie het huidige achtste lid). Wat in dit verband de precieze begrenzing van het begrip openbaar onderwijs was, is moeilijk te zeggen. In ieder geval niet het openbaar onderwijs dat blijkens het huidige artikel 23, vierde lid, van overheidswege wordt gegeven. Deze betekenis kreeg het begrip eerst bij de grondwetsherziening van 1848. Voor die tijd definieerde de wetgever het openbaar onderwijs in de ruime zin van al het schoolonderwijs binnen het publieke schoolsysteem ofwel – als ‘harde kern’ – de scholen die door de overheid waren opgericht of geheel of gedeeltelijk uit de openbare kas werden onderhouden of ondersteund.^[26]

Het eerste lid staat er, zoals gezegd, niet aan in de weg dat decentrale overheden taken op onderwijsgebied uitoefenen, op eigen initiatief met betrekking tot (nog) niet centraal geregelde vormen van onderwijs of in het kader van hogere regelingen. De omvang waarin het laatste is toegelaten is echter lang onderwerp van discussie geweest. Deze kwestie vormde bij de grondwetsherziening van 1983 nog het belangrijkste politieke breekpunt, waardoor het wetsvoorstel tot wijziging van het onderwijsartikel niet het Staatsblad bereikte. Maar in het midden van de jaren negentig wijzigde de wetgever zijn opvatting daaromtrent. Onverlet latend de primaire rijkszorg op onderwijsgebied, acht hij sindsdien een zekere vorm van decentraal onderwijsbeleid op gemeentelijk niveau toelaatbaar, mits de formele wetgeving op genoegzame wijze de materiële normen van de te regelen materie bevat.^[27] De wetgever heeft bevoegdheden overgedragen aan gemeentebesturen ter realisering van met name de huisvestingsvoorzieningen, het onderwijsachterstandenbeleid en de vroeg- en voorschoolse educatie. Ook zijn in de jaren negentig initiatieven ontwikkeld om de zogenaamde ‘brede school’, de school die met het oog op achterstandsbestrijding ingebed is in een netwerk van aanvullende maatschappelijke voorzieningen, mogelijk te maken.^[28]

4. DE VRIJHEID VAN ONDERWIJS; DE DRIE DEELVRIJHEDEN

Het tweede lid begint met de woorden ‘Het geven van onderwijs is vrij’. Deze brengen het klassieke grondrecht inzake de vrijheid van onderwijs tot uitdrukking. Degene die vrij is om onderwijs te (doen) geven, kan zowel een individu zijn als

een collectiviteit, bijvoorbeeld een vereniging of stichting.

Het individuele grondrecht omvat zowel de vrijheid om zelf onderwijs te geven als de vrijheid om een school op te richten en in stand te houden.^[29] Deze vrijheid komt niet alleen toe aan de gewone burger,^[30] maar ook aan ambtenaren. Zo besliste de Centrale Raad van Beroep dat de weigering om een politieagent toe te staan in zijn vrije tijd autorijles te geven in strijd is met de in artikel 23, tweede lid, Gw. gewaarborgde vrijheid van onderwijs.^[31] En ook de weigering van het college van burgemeester en wethouders om een leraar buitengewoon verlof te verlenen om in Zuid-Afrika onderwijs te geven (omdat daar destijds nog het apartheidsregime heerste) achtte de Raad daarmee in strijd.^[32]

De vrijheid van onderwijs komt ook toe aan rechtspersonen die een onderwijsinstelling (scholen, universiteiten e.d.) oprichten en in stand houden om daarin onderwijs te doen geven. Wat deze vrijheid van collectiviteiten inhoudt is gezien de open formulering van het tweede lid niet eenvoudig te omschrijven. In samenhang met de andere leden is echter wel iets meer te zeggen over de betekenis van deze vrijheid voor zover het door de overheid bekostigde instellingen betreft.

Blijkens het vijfde en zesde lid zijn de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting van het bijzonder onderwijs wezenlijke elementen van de vrijheid van onderwijs. De bepalingen maken duidelijk dat de door de wetgever te stellen deugdelijkheidseisen betrekking hebben op de inrichting van de school en dat zij de vrijheid van richting niet mogen raken. Algemeen wordt ervan uitgegaan dat de vrijheden van richting en inrichting, tezamen met de vrijheid van oprichting (ook wel: de vrijheid van stichting), de drie wezenlijke bestanddelen van het grondrecht van het bijzonder onderwijs vormen. Dit onderscheid is niet het product van latere uitleg. Gedurende de gehele periode van de schoolstrijd in de negentiende eeuw werden de bedoelde begrippen in het kader van de vrijheid van onderwijs afzonderlijk en in hun onderling verband beschouwd.^[33] In de navolgende paragrafen behandelen we de drie deelvrijheden meer in detail. Daarbij concentreren we ons op de door de overheid bekostigde instellingen; het particulier onderwijs laten we buiten beschouwing.

5. DE VRIJHEID VAN OPRICHTING

Het staat een ieder vrij om een bijzondere school op te richten of te stichten. Om voor overheidsbekostiging in aanmerking te komen, gelden als voornaamste wettelijke eisen dat het te verwachten aantal leerlingen dat de nieuwe school binnen een bepaalde termijn zal bezoeken boven een gestelde norm, de zogenaamde stichtingsnorm, uitkomt en dat de school uitgaat van een richting.^[34] In het primair onderwijs is de stichtingsnorm afhankelijk van de grootte van de gemeente. De minimum norm is 200, maar een gemeente als Rotterdam heeft te maken met een norm van 303 en Amsterdam 323.^[35] In het voortgezet onderwijs zijn de (uniforme) stichtingsnormen per schooltype bepaald: voor vwo 390 leerlingen, voor havo 325 leerlingen, et cetera.^[36] Door de Wet toerusting en

bereikbaarheid^[37] van begin jaren negentig, zijn de stichtingsnormen voor scholen van basisonderwijs en voortgezet onderwijs drastisch verhoogd. Daardoor is de feitelijke verwerkelijking van de vrijheid van oprichting in de afgelopen twee decennia sterk ingeperkt.

De Onderwijsraad meldt dat er over een periode van acht jaar (2003-2011) 161 nieuwe basisscholen zijn bijgekomen, waarvan 117 bijzondere en 44 openbare.^[38] Behalve in grote nieuwbouwwijken is de oprichting van scholen zo goed als onmogelijk geworden. Verder is de ruimte voor het oprichten van eigen scholen door nieuwe, kleine gemeenschappen klein, doordat het huidige stelsel als voorwaarde stelt dat de school in de grondslag uit zal gaan van een ‘geestelijke stroming die zich in een binnen Nederland waarneembare beweging openbaart en ook op andere terreinen van het leven doorwerkt.’^[39] Dat nieuwkomers van dit criterium bijzondere last ondervinden, bleek wel uit het advies van de Onderwijsraad uit 2010 over de vraag van de regering of het Boeddhisme als zelfstandige richting kon worden aangemerkt. De Raad antwoordde ontkennend. Hoewel hij erkende dat het Boeddhisme in Nederland potentieel brede aanhang heeft, is er volgens hem in onvoldoende mate sprake van een in ons land waarneembare stroming, doordat de daaraan verbonden ‘zuilaire’ structuur ontbreekt. Weliswaar is er een (kleine) Boeddhistische omroep en zijn er enkele geestelijke verzorgers in de gevangenissen actief, maar daar staat tegenover dat er nog geen zelfstandig georganiseerde jongeren-/studentenorganisaties, politieke verbanden of specifieke zorg- of bejaardenvoorzieningen zijn. In de slotparagraaf van zijn advies over de Boeddhistische richting pleit de Onderwijsraad voor een herziening van de toetsingscriteria: ‘De toenemende verscheidenheid in ons land van opvattingen over het goede leven die in verband worden gebracht met onderwijs, stelt de overheid voor het probleem van een groeiende spanning met de van haar te verwachten afstandelijkheid en neutraliteit bij de beoordeling van wat wel of niet tot richting in het onderwijs moet worden gerekend.’^[40] Al in de jaren negentig had de rechter moeten oordelen of er sprake was van een of meer verschillende richtingen binnen de islam,^[41] en besliste hij in eerste instantie dat de evangelische stroming geen richting vormde, om daar enkele jaren later op terug te moeten komen.^[42]

Wordt het voor de overheid steeds moeilijker om objectieve criteria te hanteren voor het bepalen van wat richting is bij de stichting van scholen, de laatste jaren zijn er nog ontwikkelingen bijgekomen. In 2010 is ruim 6% van de scholen in het basisonderwijs, een kleine 500 stuks, algemeen bijzonder of neutraal.^[43] Zij genieten een groeiende populariteit. Deze scholen, die met name in de jaren zeventig en tachtig zijn opgekomen, hebben vaak bewust geen religieuze of levensbeschouwelijke signatuur. Zij zijn een exponent van de ontzuiling van het onderwijs. In principe kunnen deze scholen, als tak van bijzonder onderwijs, een beroep doen op de vrijheid van richting. Omdat en voor zover zij echter afzien van het aanbieden van confessioneel of levensbeschouwelijk onderwijs, is lastig te bepalen of en in welke mate zij bescherming genieten van deze vrijheid.^[44] Er is er nog het probleem bijgekomen dat door het systeem van de scholenplanning de

betekenis van het begrip ‘richting’ danig lijkt te worden uitgehold. Zo hebben enkele initiatiefnemers, die krachtens hun doelstelling scholen met een bepaalde (pedagogisch-didactische) onderwijsmethode voorstaan, met behulp van een softwareprogramma locaties vastgesteld, waar uitgaande van het planningssysteem nieuwe scholen zouden kunnen verrijzen.^[45] En met succes, naar het schijnt. Eind 2013 hebben deze initiatiefnemers aanvragen lopen voor de bekostiging van nieuwe scholen voor voortgezet onderwijs in een aantal verspreide gemeenten. Daartoe hebben zij leerlingaantallen van verschillende levensbeschouwelijke en religieuze richtingen bij elkaar opgeteld om aan de stichtingsnorm te voldoen. Het argument van de staatssecretaris van OCW dat het in het voortgezet onderwijs niet is toegestaan om potentiëlen van verschillende richtingen aan elkaar te koppelen bij schoolstichting, is door de hoogste bestuursrechter afgewezen.^[46]

Om deze redenen wordt er thans weer voor gepleit om in het kader van de planning van de te stichten scholen niet meer uit te gaan van het richtingsbegrip maar van een stelsel van richtingvrije planning. Hierbij geldt enkel een kwantitatieve maatstaf (het aantal handtekeningen van ouders) voor schoolstichting. Al in 1996 had de Onderwijsraad hiervoor gepleit^[47] en er is zelfs een wetsvoorstel voor in procedure gebracht. Na een kritisch advies van de Raad van State^[48] werd het evenwel in 2004 ingetrokken. De regering overwoog toen dat de noodzaak van het wetsvoorstel niet aangetoond kon worden. Bovendien zou een ingrijpende wijziging van de stichtingssystematiek op grond van ouderverklaringen forse uitvoeringslasten en risico's meebrengen.^[49] In 2012 heeft de Onderwijsraad zijn advies omtrent richtingvrije planning herhaald.^[50] In een reactie op dit laatste advies voorziet de staatssecretaris van OCW twee grote problemen bij de regeling ervan: ‘Allereerst moet de behoeftepeiling bij ouders, meer dan nu het geval is, betrouwbaar inzicht geven in de werkelijke motivatie van ouders om hun kind in de toekomst naar een nieuwe school te brengen. In de tweede plaats zal er meer oog moeten komen voor het thema van doelmatigheid en daarmee voor de effecten van een nieuw op te richten school op het bestaande scholenbestand’. De staatssecretaris kondigt niettemin aan met een wetsvoorstel te zullen komen om richtingvrije planning mogelijk te maken.^[51]

6. DE VRIJHEID VAN RICHTING

Het richtingsbegrip is nog, zoals we zagen, een belangrijk element bij de stichting van scholen. Meer algemeen staat het voor de vrijheid om in het bijzonder onderwijs uitdrukking te geven aan ‘een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing’.^[52] Uit het zesde lid blijkt dat de vrijheid van richting met name omvat de vrijheid om leermiddelen te kiezen en docenten aan te stellen. Met name: er is dus meer. Echter over de precieze omvang van dit meerdere is al vanaf 1917 onduidelijkheid. Er kan immers niet definitief worden vastgesteld hoe en in welke mate de richting van een school gerealiseerd kan en moet worden in de inrichting ervan. Bovendien is dit laatste begrip op zichzelf reeds vaag. Het ligt voor de hand dat het zich in beginsel uitstrekt tot zowel de bestuurlijke, inhoudelijke als organisatorische aspecten van

de schoolinrichting, inclusief de inzet van financiële, materiële en personele middelen.

In de geschiedenis van het Nederlandse stelsel van onderwijsvoorzieningen is het begrip richting in overwegende mate gekoppeld geweest aan godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen.^[53] Het grootste deel van de bijzondere scholen was en is van rooms-katholieke of protestants-christelijke signatuur. De laatste in zijn verschillende varianten, zoals algemeen protestants-christelijk, gereformeerd, christelijk reformatorisch, evangelisch, et cetera. Daarnaast zijn er volledig bekostigde vrije, islamitische, hindoeïstische, joodse, algemeen bijzondere en interconfessionele scholen en samenwerkingsscholen.^[54] Van een organisatorische band met een kerkgenootschap is bij de confessionele richtingen in de regel geen sprake. Zoals gezegd, neemt de algemeen bijzondere richting een aparte plaats in. De Vereniging voor Bijzondere Scholen (VBS), de koepelorganisatie voor het algemeen bijzonder onderwijs merkt hierover het volgende op: ‘Het gaat dan om onderwijsinstellingen die zijn ontstaan door particulier initiatief en een niet-confessionele grondslag kennen. De VBS kreeg destijds binnen het sterk verzuilde onderwijsbestel tegen wil en dank de rol van ‘zuil’ opgedrongen. (...) De VBS richt zich in het bijzonder op twee schoolsoorten in het onderwijs. De eerste betreft scholen die zijn ontstaan vanuit particulier initiatief, van oudsher het bijzonder onderwijs genoemd. In de tweede plaats gaat het om scholen met een speciaal onderwijsconcept (...).’^[55] Om aanstonds misverstanden naar aanleiding van het slot van dit citaat te vermijden: het onderwijsconcept (ofwel de uitgangspunten van pedagogisch-didactische aard) van een school valt niet onder het begrip richting. Door de beperking tot religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen wordt de signatuur van een instelling als Montessori-, Dalton- of Jenaplanschool dus niet tot richting gerekend. Dergelijke scholen komen in die hoedanigheid niet voor bekostiging in aanmerking. Wel is het zo dat (algemeen) bijzondere en openbare scholen de gedachten van Montessori, Dalton of anderen kunnen aanhangen in hun onderwijs. Anders gezegd, een algemeen bijzondere school wordt niet vanwege het eventuele onderwijsconcept door de overheid bekostigd, maar omdat zij door de omschrijving van het onderwijs als algemeen bijzonder in de statuten van de rechtspersoon die de school in stand houdt, een van het openbaar onderwijs en overig bijzonder onderwijs te onderscheiden richting vertegenwoordigt.

De vraag over de reikwijdte van het richtingsbegrip houdt de literatuur en de onderwijspolitiek al geruime tijd bezig. Zijn er argumenten om dit begrip te verruimen en in samenhang te zien met bijvoorbeeld pedagogisch-didactische opvattingen? Lange tijd waren de meningen verdeeld. Enerzijds was er de opvatting dat het begrip richting een der wezenskenmerken vormt waardoor het bijzonder onderwijs het spiegelbeeld vormt van het openbaar onderwijs. Het derde en het vijfde lid werden dan gezien als elkaars complementen: het openbaar onderwijs mag niet uitgaan van een richting – godsdienst of levensovertuiging – het bijzonder dient dat onderwijs juist wel te doen.^[56] Anderzijds was er de opvatting dat met een beroep op de totstandkomingsgeschiedenis, waarbij de

vrijheid van richting gekoppeld werd aan de ‘opvoedkundige zelfstandigheid’, geconcludeerd kan worden dat het richtingsbegrip oorspronkelijk vooral formeel en niet materieel van aard was: dit begrip zou betrekking hebben op de vrijheid in het bijzonder onderwijs eigen (al dan niet levensbeschouwelijke) opvattingen over de opvoeding van kinderen tot uitdrukking te brengen. Aldus werd het gezien als een open begrip, dat ook pedagogische visies omvat.^[57]

In zijn advies uit 2012 bepleit de Onderwijsraad op principiële gronden de ruime interpretatie van ‘richting’. ‘De verruiming moet ook plaats bieden aan andere dan alleen de huidige religieuze of levensbeschouwelijke oriëntaties. Pluriformiteit in de maatschappij en in het onderwijs is immers één van de dragende principes van artikel 23 Grondwet. (...) De raad vindt dat een moderne interpretatie van artikel 23 rekening moet houden met de historisch en systematisch bepaalde betekenis van het grondwetsartikel, maar nadrukkelijk ook met het moderne, internationale gedachtegoed omtrent het recht op onderwijs van individuen. In de huidige interpretatie van artikel 23, zoals die in de literatuur en de rechtspraak wordt gevolgd, ligt de nadruk op de bescherming van de aanbieders (scholen) tegen overheidsbemoeienis. Tegelijkertijd staan de rechten van onderwijsvragers (ouders, studenten en leerlingen) al langer centraal in het onderwijsbeleid en de onderwijswetgeving. Het gaat er dus ook om de geldende interpretatie beter in overeenstemming te brengen met de vigerende beleidspraktijk. (...) Richting moet weer worden opgevat als een open begrip, waarbij het erom gaat zonder inmenging van de overheid voluit te kunnen kiezen voor de (opvoedkundige) grondslag van een school. Bij een verruimd, open richtingsbegrip betekent vrijheid van richting voor een bijzondere school dat deze in zijn onderwijs uitdrukking mag geven aan een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing, of aan een pedagogische benadering.’^[58] In de kabinetsreactie op het Onderwijsraadadvies wordt deze interpretatie onderschreven.^[59]

De Onderwijsraad pleit als consequentie van deze ruime opvatting voor een systeem van richtingvrije planning van nieuwe scholen. Daarop is al in paragraaf 5 hierboven ingegaan. Van de andere mogelijke consequenties moeten met name worden genoemd de wettelijke bepalingen inzake het leerlingenvervoer,^[60] richtingsbedenkingen bij de leerplicht^[61] en selectie van leerlingen en docenten bij de toegang tot een school.^[62] In de al genoemde kabinetsreactie staat men niet afwijzend tegenover de afschaffing van leerlingenvervoer op basis van geloofsovertuiging – in het jargon ook wel aangeduid als signatuurvervoer – maar op grond van de sterke demografische krimp in sommige delen van ons land, en de daarmee gemoeide moeilijkere toegankelijkheid van scholen naar keuze, wil men vooralsnog niet tot concrete maatregelen overgaan. Inzake de richtingsbedenkingen van artikel 5 stelt het kabinet voor deze uit de Lpw te schrappen. Artikel 5 Lpw behelst de mogelijkheid voor ouders om ontheffing te krijgen van de leerplicht voor hun kind, als zij overwegende bedenkingen hebben tegen de richting van alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen. ‘Het lijkt erop dat via de weg van de vrijstelling het thuisonderwijs weer terugkeert. Ik concludeer dat er steeds meer kinderen zijn die thuis worden gehouden van school, dat we niet zeker

weten wat de kwaliteit van het onderwijs is dat zij krijgen en dat deze kinderen niet dezelfde kansen krijgen als hun leeftijdsgenoten op een brede sociaal-emotionele ontwikkeling. Deze combinatie van factoren vind ik onwenselijk.^[63]

7. DE VRIJHEID VAN INRICHTING

Algemeen

Het is al gezegd, richting krijgt reëel vooral betekenis door oprichting én inrichting. Maar de vrijheid van inrichting is tegelijk ruimer dan de richting. De vrijheid van inrichting is de vrijheid om het onderwijs, de daarbij behorende organisatie, het beheer en het bestuur naar eigen inzicht te regelen.

Bij de grondwetsherziening van 1983 was er overeenstemming over dat de vrijheid van inrichting ook betrekking heeft op zaken die buiten de richting gelegen zijn.^[64] De niet met de richting samenhang-ende vrijheid van inrichting zou volgens de regering echter meer voor relativering in aanmerking komen dan de vrijheid van richting: deze laatste zou zonder meer dienen te worden geëerbiedigd. Als in deze opvatting de vrijheid van richting en die van inrichting strikt te scheiden zouden zijn, is dat een onjuist inzicht. De vrijheid van inrichting is onontbeerlijk om vorm en inhoud te geven aan de richting: inrichting en richting overlappen elkaar en de vrijheid van richting geeft ‘kleur’ aan die onderdelen van de onderwijsinrichting waarin de eigen aard van het bijzonder onderwijs zich profileert. Eerder is opgemerkt dat de grondwetgever enkele van die onderdelen in niet-limitatieve zin in het zesde lid heeft aangewezen: de keuze van de leermiddelen (d.i. leer materiaal en methoden van onderwijs) en de aanstelling (d.i. benoeming, schorsing en ontslag) van docenten.

Daarnaast zien we dat in de rechtspraak, overeenkomstig de opvatting bij de Grondwetsherziening, gaandeweg ook tot de inrichtingsvrijheid zijn gerekend bevoegdheden die in een meer verwijderd verband staan tot richting. Voor het navolgende kunnen drie categorieën worden onderscheiden: • inrichtingsvrijheid die rechtstreeks een relatie onderhoudt met de vrijheid van richting; • onderwijskundige en pedagogische inrichtingsvrijheid; • organisatorische inrichtingsvrijheid.

Inrichtingsvrijheid, rechtstreeks gebaseerd op richting

Rechtstreeks op de vrijheid van richting kan het recht van de bijzondere school worden gebaseerd tot selectie bij de toelating (en verwijdering) van leerlingen. Bij de weigering van toelating moet het dan gaan om leerlingen, waarvan de ouders niet een religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging hebben die overeenstemt met de doelstelling van de bijzondere school.^[65] Deze selectievrijheid is niet onbeperkt. Zij mag nooit tot een ongerechtvaardigd ongelijke behandeling of tot discriminatie leiden.^[66] Uit het Maimonidesarrest wordt wel afgeleid dat een weigering tot toelating door het bestuur van een bijzondere school, wil zij gerechtvaardigd zijn, aan twee voorwaarden moet voldoen. In de eerste plaats moet de grond tot weigering overeenstemmen met de in de statuten van de rechtspersoon

die de school in stand houdt neergelegde doelstellingsbepaling. In de tweede plaats moet er ook een toelatingsbeleid zijn gevoerd dat consistent is met de geformuleerde doelstelling. Een schoolbestuur dat aan beide voorwaarden voldoet, mag toelating weigeren of eisen – indien het tot toelating besluit – dat de ouders van een leerling de grondslag van de school *onderschrijven*, wat inhoudt dat ze moeten verklaren dat zij de religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen waar de school voor staat aanhangen. In het andere geval, wanneer het toelatingsbeleid niet consistent is met de statutaire doelstelling, heeft het schoolbestuur geen argument om een leerling die niet de richting aanhangt, de toegang te weigeren. Zo gezien heeft een katholiek schoolbestuur dat reeds in eerdere gevallen islamitische leerlingen heeft toegelaten geen argument op grond van de richting om een volgende islamitische leerling de toegang te weigeren. Wel kan worden verlangd dat de ouders van deze islamitische leerling de grondslag van de school *respecteren*, met andere woorden zich onthouden van gedrag door henzelf of door de leerling waarbij daadwerkelijk afstand wordt genomen of onheuse bejegening plaatsvindt van de met de in de statuten vastgelegde richting samenhangende uitgangspunten van de school. De onderscheiden voorwaarden zijn ook opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling.^[67] De lijn van Maimonides is ook doorgetrokken naar het geval de ouders van een leerling op zichzelf de grondslag van de bijzondere school onderschrijven, maar anders denken over bepaalde leefregels die door de school als wezenlijk worden ervaren (anders dan de reformatische MBO-school voorstond hadden zij wel televisie, een open internetverbinding, stonden ze positief tegenover medezeggenschap en droeg de dochter ook wel eens een broek).^[68] Voorts heeft de Commissie Gelijke Behandeling (thans: College voor de Rechten van de Mens) er oordelen op gebaseerd in verband met het recht van bijzondere scholen om toelating te weigeren als het verbod tot het dragen van kleding die zou kunnen worden geassocieerd met een andere, niet-christelijke geloofsovertuiging, niet in acht wordt genomen.^[69] Deze lijn is ook in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen.^[70]

Het bijzonder onderwijs heeft ook onder voorwaarden het recht om personeel te selecteren op grond van de richting. Artikel 5, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) bepaalt dat onderscheid niet verboden is, als die past in het kader van ‘de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat’. Het voorbehoud van de tweede bijzin, dat bekend staat als de ‘enkelefeitconstructie’ is in de wet opgenomen omdat de persoonskenmerken van ras, geslacht, enzovoorts op zichzelf niet als relevante criteria kunnen worden beschouwd bij de toelating als leraar tot de bijzondere school.

Toch zijn er volgens de wetgever omstandigheden denkbaar, die onderscheid op basis van een van de persoonskenmerken in verband met de grondslag in een bepaald geval weer wel kunnen rechtvaardigen. De memorie van toelichting bij de

Awgb spreekt hier van ‘bijkomende omstandigheden’. Er worden dan omstandigheden bedoeld die weliswaar verband houden met een van de genoemde persoonskenmerken maar ook – en soms in doorslaggevende mate – relevant kunnen zijn voor het functioneren in of de toelating tot een bijzondere school. Deze bijkomende omstandigheden moeten dan betrekking hebben op gedragingen in het functioneren van de leerkracht die afbreuk kunnen doen aan de grondslag van de school.^[71]

Tijdens de totstandkoming van de Awgb is veel gediscussieerd over het voorbeeld van de homoseksuele docent in het christelijk onderwijs. Wanneer een homoseksuele leraar een relatie heeft en met een partner van hetzelfde geslacht samenleeft, is er geen sprake van een ‘bijkomende omstandigheid’ die selectie door de bijzondere school rechtvaardigt. Hij mag dan niet om die reden voor de functie worden afgewezen of eruit worden ontslagen. Ook als het gaat om een leerkracht aan een orthodox protestantse school die zijn vrouw heeft verlaten om met een persoon van hetzelfde geslacht te gaan samenwonen, en die de media benadert om zijn verhaal daarover te doen, mag de school haar selectievrijheid tot het in casu verlenen van ontslag niet toepassen.^[72] Er is dan sprake van onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid. Wat wel een bijkomende omstandigheid kan opleveren is bijvoorbeeld de functie-eis van een bijzondere school ten aanzien van een leraar ‘dat de betrokkene – ook blijkens zijn of haar gedragingen – de tot (de) grondslag te rekenen seksuele moraal onderschrijft’.^[73] Een leraar die openlijk door woord en gedrag tijdens de lessen en in de school zijn homoseksuele aard uitdraagt kan in deze visie vanwege een bijkomende omstandigheid worden ontslagen.

De ‘enkelefeitconstructie’ stuit momenteel op politieke bezwaren. Er ligt een wetsvoorstel in de Tweede Kamer om deze uit de Awgb te verwijderen en daarmee onvoorwaardelijk voorrang te geven aan de rechten en vrijheden van individuele personen.^[74]

Onderwijskundige en pedagogische inrichtingsvrijheid

De voorbeelden die in het zesde lid van artikel 23 Gw. worden genoemd – de vrijheid om de eigen leermiddelen te kiezen en om leraren aan te stellen – zijn van groot belang voor de realisering van de richting. Deze vrijheden houden in dat de overheid, buiten het stellen van algemene, wettelijke deugdelijkheidseisen, zich niet in concreto en wezenlijk met deze zaken bemoeit. Tegelijkertijd moet echter worden vastgesteld dat, voor zover het om de afwezigheid van rechtstreekse overheidsbemoeienis met het onderwijsproces gaat, deze vrijheden niet exclusief voor het bijzonder onderwijs gelden. Krachtens ongeschreven constitutioneel recht geldt er pedagogische autonomie voor openbare scholen, welke een gelijksoortige ruimte tot het kiezen van leermiddelen en het benoemen van leraren met zich meebrengt.^[75] In algemene zin gaat het bij de onderwijskundige inrichtingsvrijheid van de bijzondere school en de pedagogische autonomie van de openbare school om overwegend eigen beslissingsmacht over zaken als invulling van de onderwijskundige identiteit, het schoolklimaat, de organisatie, de ordehandhaving,

het rooster, het lesgeven, de begeleiding van leerlingen en de examinering.

Organisatorische inrichtingsvrijheid

Een onderdeel van de vrijheid van inrichting dat het bijzonder onderwijs buiten de richting bezit, betreft de vergaande autonomie bij toelating van leerlingen op grond van organisatorische overwegingen. Zo kan een schoolbestuur een toelatingsbeleid voeren op grond van ruimtelijke overwegingen of op grond van eisen met betrekking tot de geschiktheid. De rechter beoordeelde een schoolgrenzenbeleid (een beleid waarbij het grondgebied waarop de scholen van het bevoegd gezag staan, wordt verdeeld in wijken of postcodes, aan de hand waarvan de toelating tot de ene of een andere school wordt gestructureerd) niet in strijd met wat de wetgever op het terrein van toelating dwingend heeft voorgeschreven.^[76] Ook een beleid dat (mede) is gericht op de handhaving van een maximum opnamecapaciteit van de school en/of de schoolklassen (in het basisonderwijs: groepen) wordt in aanleg aanvaardbaar acht.^[77] De bevoegdheid tot het voeren van een schoolgrenzenbeleid en een schoolcapaciteitsbeleid komt zowel toe aan besturen in het bijzonder als het openbaar onderwijs. Er zijn volgens dezelfde jurisprudentie echter verschillen in de mate waarin dat beleid bindend kan worden opgelegd. In het openbaar onderwijs kan een schoolgrenzenbeleid er niet toe leiden dat ouders door de overheid worden gedwongen hun kind naar een bepaalde openbare school te sturen.^[78] Voor het bijzonder onderwijs geldt deze beperking niet. In het openbaar onderwijs kan een schoolcapaciteitsbeleid niet worden gehandhaafd, als er geen andere openbare school binnen redelijke afstand van de woning van de ouders aanwezig is. Ook hier geldt zo een beperking niet voor het bijzonder onderwijs.

Het bevoegd gezag in het voortgezet onderwijs kan een leerling, afhankelijk van diens geschiktheid, toelaten tot het eerste leerjaar van een school voor vmbo, havo of vwo.^[79] Verder is het zo dat, ook al bevat de onderwijsregelgeving daartoe geen belemmeringen, een leerling niet hoeft te worden toegelaten tot het voortgezet onderwijs, als ‘de onderwijsbeperkingen van dien aard (zijn), dat deze niet met LGF-middelen kunnen worden opgeheven.’^[80] Met andere woorden, als het niveau van het onderwijs objectief gezien onhaalbaar is voor een kind met een beperking, kan diens toelating tot de school achterwege blijven. Een school is in laatste instantie een onderwijsinstelling, geen zorginstelling.

De organisatorische inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs wordt door de onderwijswetgever uitdrukkelijk erkend. Zo is het aangrijpingspunt voor de bekostiging en regelgeving vanuit de overheid de ‘rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen.’^[81] De overheid bemoeit zich derhalve in principe niet met de interne organisatie van het bijzonder onderwijs, dat is een zaak van de statuten van de rechtspersoon. Onlangs zijn er voor het eerst beperkingen aangebracht op die interne inrichting, in de zin dat een scheiding van bestuur en toezicht in de rechtspersoon die de bijzondere school in stand houdt wordt voorgeschreven.^[82] Ook is de vrijheid van het bevoegd

gezag om te besluiten tot fusie op school- of bestuursniveau in alle onderwijssectoren behalve het hoger onderwijs afhankelijk gesteld van voorafgaande toestemming van de minister.^[83]

8. DE DRAGERS VAN DE VRIJHEID VAN ONDERWIJS

Het tweede lid laat in het midden wie in rechte aanspraak kan maken op de bescherming die het klassieke grondrecht inzake de vrijheid van onderwijs biedt. De tekst zegt alleen dat het geven van onderwijs vrij is.

De open formulering wijst erop dat de groep van grondrechtsdragers zo ruim mogelijk gezien moet worden. Dit betekent dat ‘het geven van onderwijs’ aan een ieder toekomt, zowel individuen als collectiviteiten die al dan niet rechtspersoonlijkheid bezitten (zie ook nr. 4). Voorts wijst het woord ‘geven’ erop dat het grondrecht niet toekomt aan de onderwijsvragers (ouders en leerlingen) maar aan de aanbieders van bijzonder onderwijs: het zijn zij die een bijzondere school oprichten, in stand houden en daarbinnen onderwijs (doen) geven.

Deze uitleg stemt overeen met de bedoeling van de grondwetgever. Daarvoor moet men terug naar 1848, het jaar waarin de vrijheid van onderwijs een constitutionele basis kreeg. Wat bij deze totstandkomingsgeschiedenis opvalt, is de verbreding die aan de groep van dragers werd gegeven. De staatscommissie die de grondwetsherziening van 1848 voorbereidde, vatte het woord ‘geven’ nog letterlijk op en beschouwde de vrijheid van onderwijs als een uitvloeisel van de vrijheid van beroepskeuze. Zij greep daarbij terug op de regeling in de eerste schoolwet van 1801, die op haar beurt steunde op artikel 53 van de Staatsregeling van 1798, waarin het recht op vrijheid van arbeidskeuze was neergelegd. Uitgangspunt was dat ‘bekwame particulieren’ een school mochten beginnen en onderwijs mochten geven zonder voorafgaand verlof van de overheid. De grondwetgever van 1848 zag dat ruimer. Aan ‘het geven van onderwijs is vrij’ lag een *droit d’enseigner* (vrijheid van onderwijsverstrekking) in ruimere zin ten grondslag. Het betrof het recht van iedere burger een bijzondere school te stichten en in stand te houden. Daarbij kende de grondwetgever veel gewicht toe aan het belang van ouders met betrekking tot de opvoeding van hun kinderen. De overheid diende de vrijheid te laten dat scholen werden gesticht waar het onderwijs geheel in de geest van de ouders was. Het *droit d’enseigner* omvatte dus tevens, was de institutionele voorwaarde voor, een *droit d’apprendre* (vrijheid van het ontvangen van onderwijs). Samen vormden beide rechten een bescherming tegen een uniform stelsel van onderwijsvoorzieningen. Deze zienswijze op de dragers van de onderwijsvrijheid bleef ook na 1848 overeind staan. De grondwetgever van 1917 had hieromtrent geen andere mening.^[84]

Tot op heden werkt de onderwijswetgever het *droit d’enseigner* overeenkomstig de bedoeling van de grondwetgever uit. Zo kan een natuurlijk persoon een bijzondere basisschool in stand houden (artikel 1 Wpo). De facto komt dat evenwel sporadisch voor gezien de omvang van de benodigde financiële middelen om een school draaiende te houden. Maar tot 1889, toen de wetgever een begin maakte met de

bekostiging van het bijzonder lager onderwijs, werd van dit recht volop gebruik gemaakt. Lange tijd waren er zelfs meer lagere scholen van ‘ondernemende onderwijzers’ dan katholieke en protestants-christelijke scholen.^[85] Na 1889 liep dit aantal snel terug, omdat sindsdien de privaatrechtelijke rechtspersoon zonder winstoogmerk basisvoorwaarde voor bekostiging was.^[86] Anders gezegd, de drager van de vrijheid van onderwijs is slechts rechthebbende op het sociale grondrecht op financiële gelijkstelling (zevende lid) indien hij rechtspersoonlijkheid bezit.

De vraag of onderwijsvragers ook gerechtigd zijn met betrekking tot de vrijheid van onderwijs en tot welke consequenties dat leidt, is sinds enige decennia in discussie.^[87] We kennen sinds het begin van de jaren tachtig wettelijke regels over de medezeggenschap in scholen, welke thans voor het primair en voortgezet onderwijs zijn vastgelegd in de Wet medezeggenschap scholen (WMS) van 2006. Daarin zijn rechten van onderwijsgeevenden, ouders en leerlingen tegenover de rechtspersoon geregeld. Het voert evenwel te ver hier een zelfstandig dragerschap van onderwijsvragers uit af te leiden. Zij bezitten rechten van medezeggenschap (advies of instemming) zonder dat ten principale aan de centrale positie van het bevoegde gezag als besluitvormend orgaan afbreuk wordt gedaan. Dit uitgangspunt werd onlangs nog eens bevestigd, toen de voor het dragerschap fundamentele vraag aan de orde kwam of en in hoeverre ouders het recht hebben zich bestuurlijk af te splitsen van een school als zij een ander onderwijsaanbod wensen, en alle mogelijkheden om dit langs interne weg op te lossen zijn uitgeput? De Onderwijsraad die om advies werd gevraagd meende dat de medezeggenschapsraad hieromtrent een initiatiefrecht zou moeten toekomen, waarbij ‘een robuust draagvlak’ is vereist onder de ouders op de school of de vestiging van de school. Als men het in het kader van medezeggenschap niet eens wordt ontstaat er een geschil dat kan worden voorgelegd aan de landelijke geschillencommissie. De uitspraak van die commissie kan in dit geval evenwel niet bindend zijn voor het bevoegd gezag, omdat uitgangspunt dient te blijven dat het bevoegd gezag, het bestuur van de rechtspersoon, exclusief bevoegd is tot beslissingen van deze aard.^[88] Een gelijksoortig uitgangspunt van ‘het primaat van het bevoegd gezag’ wordt voorgestaan bij van ouders afkomstige voorstellen om de richting van de school te veranderen.^[89] Over beide onderwerpen wordt van de zijde van de regering een wetsvoorstel in het vooruitzicht gesteld, overeenkomstig de lijn van de adviezen van de Onderwijsraad.^[90]

De Onderwijsraad bepleit in zijn advies uit 2012 een moderne interpretatie van artikel 23 Gw waarbij de rechten van onderwijsvragers meer doorklinken. Het in internationale verdragen beschermde recht op onderwijs biedt hiervoor belangrijke aanknopingspunten, nu dat op individuen is gericht en de vragerskant van het onderwijs benadrukt.^[91] Tot meer dan een pleidooi om over te gaan tot richtingvrije planning leidt deze verruimde interpretatie vooralsnog niet. En dat is te begrijpen. Ook vanuit het perspectief van het recht op onderwijs bezien, valt principieel goed te verdedigen dat de regel dat het bevoegd gezag de drager van de onderwijsvrijheid is, stand moet houden.^[92]

In de jurisprudentie worden duidelijke beperkingen gesteld aan het recht van ouders om dat bijzonder onderwijs te verkrijgen dat correspondeert met hun levensbeschouwelijke en opvoedkundige opvattingen. Zij hebben in horizontale verhoudingen geen rechtstreekse aanspraak op toelating tot een bijzondere school. De bevoegdheid om daarover te beslissen berust bij de drager, het bevoegd gezag van de bijzondere school, dus de (rechts)persoon die deze school in stand houdt en bestuurt.^[93]

9. HET TOEZICHT VAN DE OVERHEID; DE BEKWAAMHEID EN ZEDELIIKHEID VAN ONDERWIJSGEVENDEN

Algemeen

De vrijheid van onderwijs is niet onbeperkt. Het tweede lid noemt drie algemene randvoorwaarden voor kwalitatief goed onderwijs: (1) de verplichting van het bevoegd gezag om schooltoezicht toe te staan en om docenten te benoemen die voldoen aan voorgeschreven (2) bekwaamheidseisen en (3) zedelijkheidseisen. Deze eisen gelden op het moment dat een (openbare of bijzondere) school onderdeel is van het (officiële) stelsel van onderwijsvoorzieningen, al dan niet uit de openbare kas bekostigd.^[94]

De drie genoemde beperkingen van de vrijheid van onderwijs hebben oude papieren; ze gelden reeds vanaf de grondwetsherziening van 1848. Daarmee trok de grondwetgever het wetgevingsbeleid van vóór 1848 door dat tot op dat tijdstip al voor het openbaar onderwijs gold. Bij de grondwettelijke beslechting van de schoolstrijd in 1917 bleef de tekst van 1848 nagenoeg geheel overeind. Over het belang van deze algemene eisen bestond geen enkel verschil van mening. In de woorden van de regering: ‘de twee grootste waarborgen die de Grondwet kan geven, zijn het toezicht der Overheid en het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid der onderwijzers. Daarin, en niet in de speciale voorschriften liggen de grootste waarborgen der deugdelijkheid, want met bekwame onderwijzers en een goed schooltoezicht is het moeilijk om slecht onderwijs te geven, even moeilijk bijna om goed onderwijs te geven met slecht toezicht en slechte onderwijzers.’^[95]

Het tweede lid kreeg in 1972 zijn huidige redactie toen de tussenzin ‘voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft’ werd opgenomen. Tot die tijd was de wetgevende overheid slechts bevoegd beperkingen te stellen aan het algemeen vormend lager en middelbaar onderwijs. De grondwetgever besloot tot deze ruimere formulering op grond van gevormde jurisprudentie. In het Goudse Rijschoolarrest had de Hoge Raad uitgemaakt dat de gemeenteraad niet bevoegd was de vrijheid van onderwijs te beperken door bij plaatselijke verordening deze afhankelijk te stellen van het bezit van een vergunning om autolessen te geven.^[96]

Wat precies onder het toezicht van de overheid moet worden verstaan, heeft de grondwetgever niet aangegeven. Toezicht is een ruim begrip. Dit kan betrekking hebben op vanuit doelmatigheidsbelangen, openbare orde-belangen of

zedelijkheidsbelangen geregeld (quasi-)bestuurlijk toezicht,^[97] maar ook en vooral op het kwaliteitstoezicht. In het navolgende zullen we enkel de aandacht richten op het onderwijstoezicht.

Onderwijstoezicht: Inspectie

Het onderwijstoezicht vindt plaats door de Inspectie van het Onderwijs (primair en voortgezet onderwijs, en beroepsonderwijs en educatie), respectievelijk het Nederlands-Vlaamse Accreditatieorgaan (NVAO; hoger onderwijs).

De positie, rol en bevoegdheden van de onderwijsinspectie zijn sinds het begin van deze eeuw in één wet geregeld, de Wet op het onderwijstoezicht (WOT).^[98] Haar vier voornaamste taken zijn:^[99] 1. het toezicht op de onderwijskwaliteit van afzonderlijke scholen en instellingen die onderwijs aanbieden in de zin van de onderwijswetten, 2. het toezicht op de bekostiging en de besteding daarvan door de scholen en instellingen, 3. het maken van rapportages over ontwikkelingen in het onderwijs en 4. het verrichten van incidenteel onderzoek en themaonderzoek in het hoger onderwijs. Het onder 1 bedoelde kwaliteitstoezicht is (met de rapportagetaak van 3) niet alleen de oudste maar ook nog steeds de in omvang en betekenis belangrijkste taak. Zij geldt zowel ten aanzien van bekostigde als niet-bekostigde maar ‘erkende’ scholen.^[100] Zij valt uiteen in ‘het beoordelen’ van de kwaliteit en de naleving van wettelijke voorschriften, wat wel wordt aangeduid als het nalevingstoezicht, en ‘het bevorderen’ ervan, ook wel aangeduid als het stimulerend toezicht. Een relatief nieuwe taak die is geïntegreerd bij de Inspectie is het toezicht op de rechtmatigheid van de (besteding van de) bekostiging van scholen.

Men is het erover eens dat de Inspectie voor een juiste taakvervulling een zekere positie van onafhankelijkheid ten opzichte van de minister en de scholen behoeft. Dat heeft men in de WOT trachten te verwezenlijken door een delicaat samenspel van normen. Uitgangspunt is dat de Inspectie onder de minister van OCW ressorteert^[101] en dat de minister aan haar aanwijzingen kan geven, zij het ‘uitsluitend in schriftelijke vorm’ en ‘onder mededeling aan de Staten-Generaal’.^[102] Zij is een ambtelijke dienst met een wettelijke status. De wet zegt: ‘Er is een Inspectie van het onderwijs (..)’ en ‘aan het hoofd van de inspectie staat de inspecteur-generaal.’^[103] Verder kan de minister geen aanwijzingen geven met betrekking tot de in de rapportages neergelegde oordelen van de inspectie over de ontwikkeling, in het bijzonder van de kwaliteit, van het onderwijs’.^[104]

De normen waaraan de Inspectie de naleving toetst en beoordeelt zijn onder te verdelen in:

1. Wettelijke deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden. Het gaat hier in de regel om ‘absolute’ normen, zoals het moeten hebben van bevoegde leraren of een schoolplan of het aanbieden van het onderwijs in een minimum aantal uren. Er zijn evenwel sinds enige tijd ook relatieve wettelijke normen, zoals inzake de leerresultaten aan de hand waarvan wordt bepaald of een school zeer zwak is.^[105]

2. Niet-wettelijke, maar in haar toezichtskader door de Inspectie uitgewerkte aspecten van kwaliteit als bedoeld in artikel 11, tweede lid, WOT. Deze normen hebben betrekking op 'leerresultaten', 'de voortgang in de ontwikkeling van leerlingen' en 'het gevoerde personeelsbeleid' en gelden voor bekostigde scholen in de zin van de Wpo, Wec en Wvo.

Onderwijstoezicht: accreditatie

In het hoger onderwijs wordt sinds 2002 toegezien op de kwaliteit van opleidingen door een procedure van accreditatie.^[106] Uitgangspunt voor accreditatie is een speelveld van zeer autonome instellingen. Voor studenten die vrij reizen binnen de EU is het van belang dat opleidingen waar ook in Europa van vergelijkbare kwaliteit zullen zijn. Vandaar dat accreditatie van aanvang af ook als een internationaal, meer nationale stelsels tegelijk omvattend kwaliteitssysteem werd gedacht. Dat is wat betreft Nederland en Vlaanderen gelukt.^[107] Accreditatie is een bindend oordeel ('keurmerk' zegt de Whw in artikel 1.1, onder s) over de kwaliteit van een opleiding, gegeven door een van de hogeronderwijsinstellingen onafhankelijk bestuursorgaan. Dat is de Nederlands- Vlaamse Accreditatie Organisatie (NVAO). Accreditatie is verplicht en vindt in de tijd plaats na zelfevaluatie van de opleiding en visitatie van de opleiding door een team van 'peers'.^[108] Elke opleiding van hoger onderwijs aan een bekostigde instelling of een 'rechtspersoon voor hoger onderwijs', dient op aanvraag van het instellingsbestuur geaccrediteerd te worden. De accreditatie is zes jaar geldig.

Ingevolge de wet zijn ingrijpende wettelijke consequenties verbonden aan het verlies van accreditatie, zoals het vervallen van de bekostigingsaanspraak, het vervallen van erkenning van het getuigschrift en de beëindiging van de registratie in het CROHO.^[109] Dit geeft het oordeel van de zelfstandige NVAO veel betekenis. Niet de minister maar de NVAO krijgt het formeel voor het zeggen. Er zijn evenwel verzachtende uitzonderingen geregeld. De 'aspecten van kwaliteit', aan de hand waarvan opleidingen worden beoordeeld in het kader van accreditatie, zijn in de wet aangeduid en in een door de NVAO vastgesteld accreditatiekader uitgewerkt.^[110]

Vereisten inzake zedelijkheid

Het grondwettelijke voorschrift inzake zedelijkheidsvereisten is thans^[111] op verschillende wijzen in de wetgeving uitgewerkt. Aan de zedelijkheidseis wordt bij het aantreden als personeelslid in een school in het algemeen voldaan door het verplicht overleggen van een verklaring omtrent het gedrag, afgegeven volgens de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg).^[112] Volgens artikel 28 Wjsg is de verklaring omtrent het gedrag een document dat aangeeft dat uit een onderzoek ingesteld met betrekking tot het gedrag van de betrokkene, gelet op het risico voor de samenleving in verband met het doel waarvoor de afgifte is gevraagd en na afweging van het belang van betrokkene, niet is gebleken van bezwaren tegen de betrokken persoon. In 1999 werden in de Wpo en Wvo bepalingen opgenomen, die een regeling bevatten voor de bestrijding van seksueel misbruik en seksuele

intimidatie.^[113] Wanneer het bevoegd gezag op enigerlei wijze bekend is geworden dat een ten behoeve van zijn school met taken belaste persoon zich mogelijk schuldig maakt of heeft gemaakt aan een zedenmisdrijf in de zin van Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht jegens een leerling, dient het onverwijld in overleg te treden met de vertrouwensinspecteur.^[114] En als op basis van het overleg dient te worden geconcludeerd dat er sprake is van een redelijk vermoeden dat de betrokken persoon zich schuldig heeft gemaakt aan een zedenmisdrijf jegens een leerling van de school, dient het bevoegd gezag onverwijld aangifte te doen bij de politie. Mocht het tot een strafzaak komen, dan kan de rechter het personeelslid, dat hij heeft veroordeeld wegens een zedelijkheidsmisdrijf, op grond van artikel 28 Wetboek van Strafrecht als bijkomende straf uit de uitoefening van zijn of haar beroep ontzetten.

Bij de in 1999 ingevoerde regeling gaat het om de ‘zwaardere gevallen’ van seksuele intimidatie. In het geval er naar het oordeel van leerlingen of hun ouders incorrecte gedragingen jegens hen hebben plaatsgevonden, kan hierover geklaagd worden bij de klachtencommissie bij welke de school moet zijn aangesloten.^[115]

Vereisten inzake bekwaamheid

Over de reikwijdte van het grondwettelijke begrip ‘bekwaamheid’ is sinds een aantal jaren veel te doen. Lange tijd werden onderwijsgevenden bekwaam geacht, als zij over de bevoegdheid tot het geven van het onderwijs beschikten. Bekwaamheid was met andere woorden hetzelfde als bevoegdheid. Iemands bevoegdheid blijkt in de eerste plaats uit het bezit van de vereiste diploma’s. In de onderwijswetten is geregeld welke diploma’s nodig zijn en hoe deze verworven kunnen worden.^[116] Uit de onderwijswetgeving blijkt echter ook dat bevoegdheid niet alleen een kwestie van diploma’s behoeft te zijn. De minister van OCW kan ook aan personen zonder de vereiste diploma’s toch de bevoegdheid tot het geven van schoolonderwijs verlenen, zoals in het bijzondere geval dat een persoon in een bepaald vak door buitengewone bekwaamheid uitmunt.^[117]

Sinds 1 augustus 2006, de datum waarop de Wet BIO in werking trad,^[118] geldt er een onderscheid tussen bevoegdheid en bekwaamheid. Volgens de wet en het daarop gebaseerde Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel^[119] zijn de daarin vermelde eisen richtinggevend voor onder meer het professioneel handelen en de permanente scholing van zittende leraren. De achterliggende gedachte is dat bekwaamheid van de leraren niet af is bij het bezit van een bevoegdheid. Het is een permanente verantwoordelijkheid om als professional ‘bij’ te blijven.^[120] Tot op heden berust de zorg voor de bekwaamheid van de leraar bij het bevoegd gezag, als werkgever.^[121] Het bepaalt of, en in welke mate, de bekwaamheidseisen doorwerken in het personeelsbeleid en of, en in welke mate, personeelsleden in aanmerking komen voor bijscholing. Er zijn thans initiatieven om hierover ook plichten en verantwoordelijkheden van de leraren zelf te gaan regelen. In het op 19 september 2013 tussen de minister van OCW en een aantal werkgevers- en werknemersorganisaties in het onderwijs gesloten Nationaal Onderwijsakkoord is onder meer afgesproken dat alle leraren recht hebben op nascholing en dat vanaf

2017 een lerarenregister wettelijk zal gelden. Het lerarenregister zal de naam van een leraar vermelden en aangeven dat hij bevoegd is en tot op welk niveau diens bekwaamheid is onderhouden.^[122] Voorshands zullen leraren op vrijwillige basis aan dit register deelnemen. Als er echter voldoende animo voor is, zal het als een verplichting worden opgelegd.^[123]

10. DE NEUTRALITEIT VAN HET OPENBAAR ONDERWIJS

In het derde en vierde lid van artikel 23 Grondwet heeft de grondwetgever de hoofdkenmerken van het openbaar onderwijs vastgelegd. Het derde lid definieert deze tak van onderwijs in materiële zin door de inhoudelijke inrichting ervan te normeren. Het vierde lid definieert het openbaar onderwijs in formele zin: het onderwijs wordt van ‘overheidswege’ gegeven. Zie over dit laatste nr. 11.

Het derde lid bevat allereerst het voorschrift dat het openbaar onderwijs met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging wordt gegeven. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat het openbaar onderwijs religieus en levensbeschouwelijk neutraal is. In dit opzicht staat de openbare school tegenover de bijzondere school, waarin op basis van een bepaalde richting een eigen visie op mens, opvoeding en samenleving tot uitdrukking wordt gebracht. Het derde lid bepaalt voorts dat het openbaar onderwijs bij de wet wordt geregeld. Uit de term ‘geregeld’ mag niet worden afgeleid dat de wetgever bevoegd is de voorschriften met betrekking tot de materiële kenmerken aan andere organen op rijksniveau of decentraal niveau over te laten. Zoals eerder in nr. 1 is uiteengezet is de tekst van artikel 23 niet aangepast aan de delegatieterminologie die bij de grondwetsherziening van 1983 in de overige grondwetsbepalingen is ingevoerd. Uitgangspunt van de grondwetgever is dat de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs in de wet zelf worden vastgelegd. Aan dit uitgangspunt heeft de wetgever tot op heden de hand gehouden.^[124]

Van 1848 tot 1983 schreef het grondwetsartikel voor dat het openbaar onderwijs met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen gegeven moest worden. Bij de grondwetsherziening 1983 is deze formulering gewijzigd in ‘eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging’. Deze uitbreiding hangt samen met de ook elders in de Grondwet opgenomen gelijkstelling van godsdienst en levensovertuiging (zie artikel 6 Grondwet).

Lange tijd werd de eerbiedigingseis in het derde lid negatief uitgelegd. Het openbaar onderwijs moest terughoudendheid betrachten ten aanzien van visies op mens en maatschappij. Deze uitleg hing nauw samen met de onderwijspacificatie van 1917, die nieuwe scheidslijnen trok tussen openbaar en bijzonder (confessioneel) onderwijs. Grondgedachte was dat het overheidsonderwijs in een land met zo uiteenlopende opvattingen op godsdienstig gebied niet anders dan neutraal kon zijn; de overheid was in godsdienstzaken geen partij. Zo kende de Lager-onderwijswet 1920, die de wettelijke uitwerking vormde van het

grondwetsartikel van 1917, het voorschrift dat de onderwijzer zich moest onthouden iets te leren, te doen of te laten wat strijdig was met de ‘eerbied, verschuldigd aan de godsdienstige begrippen van andersdenkenden.’ In dit verband werd gesproken over de zogeheten passieve neutraliteit van het openbaar onderwijs. Na de Tweede Wereldoorlog heeft de wetgever een andere invulling aan de grondwettelijke eerbiedingseis gegeven en maakte de passieve neutraliteit plaats voor actieve pluriformiteit. Artikel 46, eerste lid, Wpo bijvoorbeeld geeft de openbare onderwijsinstelling de opdracht aandacht te schenken aan de levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden zoals die leven in de Nederlandse samenleving.

De eerbiedigingseis van het openbaar onderwijs is direct gekoppeld aan de opvatting van de grondwetgever over de plaats van het openbaar onderwijs in het onderwijsbestel. De openbare school is een algemene voorziening die in principe voor een ieder open staat, ongeacht zijn overtuiging. Zo bepaalt artikel 46, tweede lid, Wpo dat openbare scholen toegankelijk zijn voor alle kinderen zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing. Deze algemene toegankelijkheid van het openbaar onderwijs is de noodzakelijke correctie op de organisatie van naar richting bepaald bijzonder onderwijs, waarbij in beginsel selectie naar godsdienst of levensbeschouwing bij de toegang voorop staat.^[125] Het vormt daarbij het (in theorie) onmisbare sluitstuk van het in internationale verdragen beschermde recht op onderwijs, in het bijzonder de vrijheid van schoolkeuze. Vandaar ook dat volgens het vierde lid van artikel 23 eisen worden gesteld aan de goede bereikbaarheid van openbare scholen in het funderend, leerplichtig onderwijs in het hele land. Zie nr. 11.

Uiteraard gelden voor de openbare school wel de algemene toelatingseisen, zoals leeftijd en vooropleiding. Ook kunnen openbare scholen, zoals we reeds zagen, op andere gronden dan godsdienst of levensbeschouwing leerlingen selecteren. Zie reeds het onder nr. 7.4 besproken postcode- en capaciteitsbeleid. Verder is onomstreden dat ook van openbare scholen leerlingen kunnen worden verwijderd die problemen veroorzaken voor het onderwijs of een gevaar vormen voor anderen in de school. Tenslotte zijn er mogelijkheden om leerlingen die extra ondersteuning behoeven in het onderwijs de toegang te weigeren.^[126] Een en ander moet uiteraard wel binnen de randvoorwaarden plaatsvinden die artikel 1 Gw. en de gelijkebehandelingswetgeving stellen.

De eerbiedigingseis van het openbaar onderwijs werkt ook op het niveau van het personeelsbeleid door. Een leraar die een aanstelling in het openbaar onderwijs wil verkrijgen of daarin werkzaam is, zal aannemelijk moeten kunnen maken dat hij conform de doelstelling kan werken. Kan hij dat, dan handelt een bevoegd gezag van een openbare school dat hem weert op grond van zijn levensbeschouwelijke overtuiging in strijd met artikel 1 en artikel 3 Grondwet.^[127]

Sluit de doelstelling van het openbaar onderwijs het dragen van een hoofddoek door een islamitische lerares uit? Volgens de Commissie gelijke behandeling, de

voorloper van het huidige College voor de Rechten van de Mens, is dat in aanleg niet het geval. In twee zaken waarbij het dragen van een hoofddoek door een islamitische stagiaire op een basisschool door de schoolleiding als ongewenst werd beoordeeld, werd de laatste in het ongelijk gesteld. Illustratief is de volgende overweging: ‘De wederpartij heeft een beroep gedaan op het karakter van het openbaar onderwijs en betoogd dat van het onderwijzend personeel een open instelling tegenover de te onderscheiden levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden geëist mag worden. Deze eis is niet op voorhand in strijd met de Algemene wet gelijke behandeling. Echter het feit dat verzoekster een bepaalde godsdienst belijdt en deze door het dragen van een hoofddoek uit, sluit niet uit dat zij deze open instelling heeft en in staat is onderwijs te geven in overeenstemming met het karakter van de school als openbare onderwijsinstelling.’^[128] Aan de andere kant kan het bevoegd gezag een leraar wel weren wanneer deze (te) krachtig zijn eigen levensovertuiging uitdraagt en daarbij bewust te kennen geeft de grondslag van het openbaar onderwijs niet te onderschrijven.^[129]

Uit de grondwettelijke eis van neutraliteit valt niet af te leiden dat er in de openbare school geen godsdienstig of levensbeschouwelijk gekleurd onderwijs gegeven kan worden. Een dergelijke neutraliteit ligt ook niet voor de hand gezien het feit dat de openbare school een algemene basisvoorziening is die voor alle overtuigingen bedoeld is. De wetgever heeft het aldus geregeld dat in de openbare school op wens van de ouders godsdienstonderwijs of levensbeschouwelijk onderwijs aangeboden kan worden. Zo is verzekerd dat bijvoorbeeld protestants-christelijk, islamitisch of hindoeïstisch godsdienstonderwijs kan worden genoten in de openbare school. Het bevoegd gezag draagt geen verantwoordelijkheid voor de inhoud ervan. In het primair onderwijs vindt het godsdienst- of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs tot een maximum van 120 uren op jaarbasis plaats binnen de reguliere schooltijden.^[130] In het voortgezet onderwijs dienen daarvoor slechts schoollokalen beschikbaar te worden gesteld.^[131] De leraren die godsdienst- of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs geven worden aangewezen door kerkelijke gemeenten, plaatselijke kerken of rechtspersoonlijkheid bezittende organisaties die zich het geven van dit soort onderwijs ten doel stellen.^[132] De overheid is niet verplicht dit onderwijs te subsidiëren.^[133]

Impliceert een en ander dat binnen de openbare school ook gelegenheid moet worden gegeven tot het verrichten van godsdienstige activiteiten, zoals het bidden door islamitische leerlingen? Deze kwestie kwam in 1999 aan de orde bij de Commissie gelijke behandeling. Naar het oordeel van de Commissie verzet het neutraliteitskarakter van het openbaar onderwijs zich niet tegen het toestaan van bidden door leerlingen tijdens de pauze in een leeg lokaal. Zij meent echter dat het bevoegd gezag in zo’n geval beleidsvrijheid toekomt. Noch uit de onderwijswetgeving, noch uit de discriminatieverboden van de Algemene wet gelijke behandeling vloeit een positieve verplichting voort voor het bevoegd gezag om gelegenheid te bieden tot bidden in de openbare school door een lokaal beschikbaar te stellen.^[134]

11. ZORG VOOR HET OPENBAAR ONDERWIJS

Algemeen

In het vierde lid wordt de zorgplicht van de overheid voor een voldoende aanbod van openbaar onderwijs nader gespecificeerd. Deze zorgplicht betreft de zogeheten garantiefunctie van dit onderwijs: de overheid moet ervoor zorgen dat niemand feitelijk gedwongen is zijn kinderen naar een bijzondere school te sturen.

De eerste volzin van het vierde lid formuleert de hoofdregel betreffende de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs: in elke gemeente dient dit onderwijs in een of meer openbare scholen te worden aangeboden. Dit grondwettelijk voorschrift strekt zich uit tot het ‘algemeen vormend lager onderwijs’, waaronder moet worden begrepen het funderend onderwijs ofwel het onderwijs in de leerplichtige fase. Zie ook nr. 2.

Lange tijd ging de wetgever ervan uit dat het begrip ‘van overheidswege’ de publiekrechtelijke beheersvorm veronderstelde, met de bestuursvarianten van het integraal bestuur (b en w), de bestuurscommissie ex artikel 82 Gemeentewet en de gemeenschappelijke regeling in het kader van de Wet gemeenschappelijke regelingen. In de jaren negentig van de vorige eeuw is hier verandering in gekomen, met name door de uitleg die de Raad van State aan het begrip ‘van overheidswege’ gaf in zijn advies bij het initiatiefwetsvoorstel-Nuis. Dit begrip betekende naar zijn oordeel niet alleen ‘door de overheid’, maar ook ‘uit naam’ of ‘op last van de overheid’, mits maar was voldaan aan de voorwaarde dat de overheid een overheersende invloed had op het bestuur van de openbare school.^[135] In 1996 kwam een wettelijke regeling tot stand, waardoor het openbaar onderwijs zowel in de vorm van een overheidsstichting als een openbare rechtspersoon vermogensrechtelijk kan worden verzelfstandigd.^[136] Een daarop volgend voorstel tot regeling van de samenwerkingsschool strandde als gevolg van parlementaire meningsverschillen over de grondwettelijke toelaatbaarheid van een constructie waarin zowel openbaar onderwijs wordt aangeboden als onderwijs dat uitgaat van één of meer richtingen van bijzonder onderwijs. Niettemin slaagde men erin een stap verder te komen: de constructie waarbij sprake is van een bestuurlijke fusie tussen openbare en bijzondere scholen (het zgn. samenwerkingsbestuur, dat wil zeggen een stichting die zowel openbare als bijzondere scholen in stand houdt), werd wel wettelijk vastgelegd.^[137] Vanaf 2011 gelden er echter beperkingen aan die vorm van bestuurlijke fusie. Die komt nog alleen door de fusietoets als de opheffing van een of meer van de betrokken scholen dreigt.^[138]

Genoegzaam aantal scholen

Uit de tweede volzin van het vierde lid valt op te maken dat het recht op openbaar onderwijs in de gemeente geen wet van Meden en Perzen is. Bij een te geringe behoefte (van ouders) aan openbaar onderwijs kan op andere manieren ‘de gelegenheid tot het ontvangen van zodanig onderwijs’ worden gegeven. Waar de ondergrens van het aantal leerlingen precies ligt, is geen zaak van de grondwetgever maar van de wetgever. Blijkens de tweede volzin van het vierde lid wordt tevens aan de wetgever overgelaten invulling te geven aan het begrip

‘gelegenheid geven’. Bij de grondwetsherziening van 1917 werd met name gedacht aan de mogelijkheden van gemeentelijke samenwerking en het verlenen van vergoedingen ten behoeve van het bezoek aan een elders gelegen school.^[139] Als gekeken wordt naar de Lager-onderwijswet van 1920 – die het sluitstuk vormde van de onderwijspacificatie – dan blijkt hoe nauwkeurig de toenmalige wetgever in de geest van de grondwetgever handelde. De eis van doelmatigheid moest voor het beginsel van de alomtegenwoordigheid van het openbare onderwijs wijken: de wetgever legde geen stichtings- en opheffingsnormen aan openbare lagere scholen op (artikel 19 Lo-wet). Voor het bijzonder onderwijs was dat anders: daar gold wel de eis van doelmatigheid. Eerst in de jaren dertig voerde de wetgever verplichte minimumnormen voor een openbare lagere school in, met name ingegeven door de slechte economische toestand waarin Nederland verkeerde. Deze ontwikkeling naar een gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs heeft zich nadien doorgezet. De huidige Wpo kent wel een extra garantie wanneer het openbaar onderwijs in een bepaald gebied nauwelijks (nog) voorkomt. In een dergelijke situatie wordt een openbare school gesticht of niet opgeheven wanneer er binnen 10 kilometer geen andere school aanwezig is waarbinnen openbaar basisonderwijs wordt gegeven.^[140]

In de overige onderwijssectoren heeft de wetgever de bedoelde garantiefunctie op geheel andere wijze uitgewerkt. Het vierde artikellid is daar dan ook niet onverkort van toepassing. Zo hoeft niet in elke gemeente in beginsel een openbare school voor voortgezet onderwijs aanwezig te zijn. Niettemin dragen ingevolge de Wvo gedeputeerde staten er zorg voor dat is voorzien in de behoefte aan openbaar onderwijs door een voldoende aantal scholen in de provincie. ‘Daartoe kunnen gedeputeerde staten burgemeester en wethouders van de gemeente opdragen, een aanvraag bij Onze Minister in te dienen om een openbare school voor bekostiging in aanmerking te brengen indien de ouders, voogden en verzorgers van een naar hun oordeel voldoende groot aantal leerlingen hebben aangegeven dat zij dat wensen en burgemeester en wethouders van de gemeente daaraan niet hebben voldaan.’ Als gedeputeerde staten zich onvoldoende van zijn taak kwijt kan de minister in zijn plaats het gemeentebestuur opdragen een aanvraag in te dienen.^[141]

Wat is een voldoende groot aantal leerlingen? Volgens de regering is hiervan sprake als in het betreffende voedingsgebied een potentieel van tweederde van de stichtingsnorm kan worden aangetoond.^[142]

In zijn advies uit 2012 pleit de Onderwijsraad ervoor dat ouders een rechtstreeks recht krijgen tot stichting van een openbare basisschool.^[143] Hieromtrent is reeds een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig.^[144]

De samenwerkingsschool^[145]

Zoals al gezegd liep in de jaren negentig een wetsvoorstel tot regeling van de zogeheten samenwerkingsschool vast wegens grondwettelijke bezwaren. Op verzoek van de regering boog de Onderwijsraad zich in 1999 over deze grondwettelijke kwestie; in zijn advies werd een aangepaste tekst van het vierde lid

voorgesteld,^[146] die in 2006 in artikel 23 werd opgenomen:^[147] ‘In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal *openbare* scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, *al dan niet in een openbare school.*’ De cursieve gedeelten zijn bij die wijziging toegevoegd. Tijdens de parlementaire behandeling heeft men zich verenigd op het standpunt dat de samenwerkingschool geen reguliere mogelijkheid is, maar alleen het product kan zijn van een fusie.^[48] De wettelijke regeling van de samenwerkingschool is in 2011 tot stand gekomen en in werking getreden.^[149] De wettelijke definitie van de samenwerkingschool is: ‘een school waarin zowel openbaar onderwijs als bijzonder onderwijs wordt aangeboden.’^[150]

De regeling is er vooral gekomen om het voortbestaan van het openbaar onderwijs te verzekeren in gebieden waar het voortbestaan ervan onder druk staat. Toch zien we thans dat in de gebieden waar sprake is van een snel afnemend leerlingenaantal wegens demografische krimp (Zeeuws-Vlaanderen, Limburg, Oost-Groningen) en waar de gedwongen fusie van openbare en bijzondere scholen welhaast aan de orde van de dag is, nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de wettelijke regeling, omdat zij te strikt en te complex is.^[151] Men kiest dan veelal voor de ‘informele samenwerkingschool’. Dit is een school die formeel openbaar is of (algemeen) bijzonder, maar informeel zowel openbaar en bijzonder onderwijs verzorgt.^[152] Volgens het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II moeten in krimpgebieden alle vormen van samenwerking in het onderwijs mogelijk zijn. ‘Denominatie noch fusietoets mag daarbij in de weg staan.’^[153]

12. DEUGDELIJKHEIDSEISEN EN BEKOSTIGINGSVOORWAARDEN

Algemeen

Deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden^[154] zijn aan de orde in het tweede, vijfde, zesde en zevende lid van artikel 23. In het tweede lid beperken het toezicht en de vereisten van bekwaamheid en zedelijkheid de vrijheid om onderwijs te geven. Deze algemene eisen worden als verplichtingen aan alle scholen binnen het onderwijsbestel opgelegd, ongeacht of zij wel of niet uit de openbare kas worden bekostigd. In het vijfde en zesde lid wordt over eisen van deugdelijkheid gesproken, die gesteld worden aan het geheel of ten dele uit de openbare kas bekostigde onderwijs. Anders dan in het tweede lid heeft de grondwetgever niet aangegeven welke aspecten van de inrichting van het onderwijs object van deugdelijkheid kunnen zijn. Deze keuze heeft hij aan de wetgever overgelaten. Alleen is in het vijfde en zesde lid het werkingsgebied van de deugdelijkheidseisen in negatieve zin begrensd in de vorm van een materiële ondergrens van overheidshandelen. Deze ondergrens betreft de richtingsvrijheid. Overschrijding van die grens zou betekenen dat de (wetgevende) overheid zich zou gaan bemoeien met de identiteit van het bijzonder onderwijs. Het zesde lid vormt als het ware een uitwerking van het vijfde lid: de tekst is helder op het punt dat de

vrijheid van richting – die geëerbiedigd moet worden – onlosmakelijk verbonden is met bepaalde aspecten van de inrichting van de bijzondere school (‘met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers’). Tenslotte is er het zevende lid dat het begrip bekostigingsvoorwaarden noemt. Ook deze voorwaarden beperken de vrijheid van onderwijs, maar uit de tekst kan men niet afleiden of en in hoeverre deze voorwaarden een afzonderlijke categorie vormen naast de deugdelijkheidseisen. Uit de redactie van dit lid maakten vooral voorstanders van het bijzonder onderwijs op dat deugdelijkheidseisen betrekking hebben op de inhoudelijke kwaliteit ofwel voortreffelijkheid van het onderwijs; de bekostigingsvoorwaarden zouden dan betrekking hebben op de doelmatigheid van het onderwijs (waaronder technisch-administratieve zaken als de eis van een goed beheer). Nog bij de grondwetsherziening van 1983 speelde dit vraagstuk in volle hevigheid; de regering verdedigde het standpunt dat er geen principieel en scherp onderscheid was te maken, terwijl in de Tweede Kamer van verschillende zijden met grote nadruk het tegendeel werd betoogd.^[155]

Dit verschil van inzicht werd, naast dat over de delegatieproblematiek, het struikelblok voor de voorgestelde wijziging. Bezie men echter de totstandkomingsgeschiedenis van het grondwetsartikel in 1917, dan moet geconcludeerd worden dat er van een wezenlijk juridisch verschil tussen bekostigingsvoorwaarden en deugdelijkheidseisen geen sprake is.^[156] Ook in de onderwijswetgeving is dat verschil niet te constateren. In het algemeen worden deugdelijkheidseisen jegens het bijzonder onderwijs gegoten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden. In de systematiek van bijvoorbeeld de Wet op het primair onderwijs vallen de deugdelijkheidseisen onder de ‘Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs’.

De wettelijke deugdelijkheidseisen^[157] waaraan het bevoegd gezag van een openbare of een bijzondere school moet voldoen, zijn niet altijd gelijk. Zij dienen dan echter wel gelijkwaardig te zijn. Het zesde lid spreekt daarover: de deugdelijkheid van beide takken van onderwijs wordt ‘even afdoende’ gewaarborgd. Deze mogelijkheid van onderscheid was volgens de grondwetgever van 1917 nodig om de richtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs zoveel mogelijk recht te doen; het opleggen van gelijke deugdelijkheidseisen zou de richtingsvrijheid in bepaalde gevallen te veel kunnen aantasten. In de wetgeving is deze tweedeling met het oog op de inhoud van het onderwijs nog hier en daar zichtbaar. Zo is er in het basisonderwijs de mogelijkheid om op grond van richtingsbezwaren af te wijken van de door de overheid voorgeschreven kerndoelen en daarvoor eigen kerndoelen in de plaats te stellen.^[158] De wetgever stelt hieraan wel de voorwaarde dat de eigen kerndoelen van gelijk niveau als de ‘gewone’ kerndoelen zijn, anders zou immers niet voldaan worden aan de grondwettelijke norm van ‘even afdoende’ waarborging van de deugdelijkheid.^[159]

De wetgever is niet vrij in het opleggen van deugdelijkheidseisen aan scholen. Hij

is gebonden aan de maat van het noodzakelijke bij het inperken van de inrichtingsruimte van het schoolonderwijs. Aldus hebben deugdelijkheidseisen het karakter van minimumonderwijsnormen. Vanaf de eerste subsidiewet van 1889 vormde de ‘maat van het noodzakelijke’ een telkens terugkerend onderwerp van politieke discussie. De centrale vraag was in welke omvang de wetgever deugdelijkheidseisen mocht stellen bij het bekostigen van bijzondere scholen. Deugdelijkheidseisen werden bij de totstandkoming van de onderwijspacificatie opgevat als een ultimum remedium: eerst ware door de wetgever te bezien of het beoogde doel niet op een andere manier kon worden bereikt. Op deze wijze kon maximaal inhoud worden gegeven aan een klassiek recht als de vrijheid van onderwijs. Problematisch in dit verband is evenwel de ruimte die de wetgever heeft. Gelet op artikel 120 Grondwet heeft hij ten opzichte van de rechter de exclusieve bevoegdheid de Grondwet uit te leggen, en daarmee ook de bevoegdheid om de inhoud vast te stellen die hij aan het begrip deugdelijkheidseisen wil geven.

De ontwikkeling van deugdelijkheid naar kwaliteit

In de tijd en per onderwijswet variëren de door de wetgever gestelde eisen. Voor de huidige periode geldt in het algemeen – en die ontwikkeling is al een tweetal decennia gaande – dat onderwijskundige doeleinden in het overheidsbeleid een steeds grotere rol zijn gaan spelen. Bij de totstandkoming van artikel 23 Gw in 1917 werd een onderscheid gemaakt tussen deugdelijkheid en kwaliteit. De realisering van kwaliteit werd vooral tot de verantwoordelijkheid en autonome sfeer van de scholen gerekend. De overheid werd geacht deugdelijkheidseisen te stellen als voor die kwaliteit voorwaardenscheppende normen. Dit beeld is niet langer adequaat. In het overheidsbeleid van de laatste tijd vindt, zoals de Onderwijsraad het stelt, een zekere versmelting plaats van deugdelijkheid en kwaliteit.^[160]

In dat proces van een versterkte overheidsoriëntatie op kwaliteit kunnen drie opvolgende stadia worden onderscheiden. Er was in de eerste plaats in de vroege jaren negentig de focus op kerndoelen (Wpo, Wvo) en eindtermen (Web) voor het onderwijs. Dit zijn inhoudelijke eisen die verplicht te bereiken doelen stellen aan het onderwijs in de scholen. Een kerndoel beschrijft kwaliteiten van leerlingen op het gebied van kennis, inzicht en vaardigheden die aan het eind van de schoolperiode moeten zijn bereikt.^[161] Voor het basisonderwijs werden de wettelijke kern-doelen voor het eerst in 1993 vastgesteld,^[162] gewijzigd in 1998^[163] en vernieuwd in 2005.^[164]

Eind jaren negentig, begin van deze eeuw verplaatste de aandacht zich naar de rol van de inspectie. In de in 2002 tot stand gekomen Wet op het onderwijstoezicht (WOT) is in artikel 11, tweede lid, vastgelegd dat de Inspectie ten aanzien van de basisscholen, speciale scholen en scholen voor voortgezet onderwijs toezicht kan uitoefenen aan de hand van wettelijke deugdelijkheidseisen en (andere) ‘aspecten van kwaliteit’ met betrekking tot leerresultaten, de voortgang in de ontwikkeling van leerlingen en het gevoerde personeelsbeleid, voor zover dat verband houdt met

de onderwijskwaliteit. Volgens het derde lid van artikel 11 WOT stelt de Inspectie bij scholen, waarvan volgens redelijk vermoeden de kwaliteit van het onderwijs tekort schiet, nader onderzoek in, waarbij aan meerdere aspecten van kwaliteit kan worden getoetst, zoals met betrekking tot het leerstofaanbod, de leertijd, het pedagogisch klimaat, het schoolklimaat, de effectiviteit van het didactisch handelen van het onderwijspersoneel, de leerlingenzorg, de inhoud, het niveau en de uitvoering van de toetsen, tests, opdrachten of examens en de kwaliteit van het onderwijspersoneel.

Anders dan de deugdelijkheidseisen hebben de hier bedoelde ‘aspecten van kwaliteit’ geen sterke basis in de wet. Anders gezegd, in tegenstelling tot de deugdelijkheidseisen geeft de wet hier niet aan waartoe scholen en instellingen precies gehouden zijn. De wet noemt slechts limitatief de algemene aandachtsgebieden waarop te stellen eisen van kwaliteit betrekking moeten hebben. De inhoudelijke bepaling ervan geschiedt volgens artikel 13 WOT door de Inspectie in het toezichtskader dat goedgekeurd moet worden door de minister. Vanwege het verschil in status tussen wettelijke deugdelijkheidseisen enerzijds en aspecten van kwaliteit anderzijds is er ook een verschil in rechtsgevolg. Op de overtreding van wettelijke deugdelijkheidseisen kan een wettelijke sanctie volgen, zoals de inhouding van bekostiging. Bij het niet voldoen aan aspecten van kwaliteit is dat niet het geval.^[165] De uitwerking van de aspecten van kwaliteit is laatstelijk geschied in het toezichtskader PO/VO 2012.^[166]

Vreemd genoeg is er van de zo-even genoemde gedachtegang niets terug te vinden bij de wettelijke vastlegging van de ‘aspecten van kwaliteit’ in hetzelfde jaar 2001, die uitwerking behoeven in het accreditatiekader dat door het Nederlands- Vlaamse Accreditatie Orgaan (NVAO) wordt vastgesteld en dient te worden goedgekeurd door de minister.^[167] Deze aspecten van kwaliteit vertonen naar aard en vorm sterke gelijkenis met die in de WOT.^[168] Niettemin speelt het accreditatiekader een bepalende rol bij de beoordeling van een opleiding door de visitatiecommissie (artikel 1.18 Whw) en het eindoordeel van de NVAO. Niet voldoen aan de criteria van het accreditatiekader kan leiden tot verlies van bekostiging en/of erkenning van de opleiding. De Raad van State meende dan ook niet ten onrechte dat de accreditatiekaders deugdelijkheidseisen zijn in de zin van artikel 23, vijfde lid, Grondwet en door de formele wetgever moeten worden vastgesteld.^[169] De regering ging aan deze kritiek voorbij, stellende dat het inmiddels praktijk is bij visitatie en dat het – zonder daarop verder in te gaan – geen strijd met de Grondwet oplevert.^[170] In het licht van wat er door de regering is gesteld bij de totstandkoming van de WOT, kan deze opvatting op zijn minst als inconsistent worden beschouwd.

Aan het eind van het eerste decennium van deze eeuw gaat tenslotte alle aandacht uit naar de beoordeling (door de inspectie) van de leerresultaten van scholen in het primair en voortgezet onderwijs. In de Wet Goed onderwijs, goed bestuur^[171] is de wettelijke eis geïntroduceerd dat scholen kunnen worden beoordeeld op onvoldoende leerresultaten. Wat onvoldoende is, wordt volgens die wet bepaald

aan de hand van een vergelijking met gemiddelde leerresultaten over diezelfde schooljaren van scholen met een vergelijkbaar leerlingenbestand.^[172] De Raad van State oordeelde in zijn advies over het wetsvoorstel dat de beoogde norm van voldoende leerresultaten niet de eigenschap heeft van een “objectieve norm die de toegevoegde waarde van het onderwijs op alle scholen meet. (...) Het hanteren van een gemiddelde impliceert per definitie dat sprake is van een groep die onder en een groep die boven het gemiddelde valt. Hantering van deze norm leidt er dan ook toe dat een groot aantal scholen de norm niet zal halen, terwijl dit niet noodzakelijkerwijs te wijten is aan de prestatie of kwaliteit van de school.”^[173]

De Onderwijsraad concludeerde aan de hand van de beschreven ontwikkeling niet alleen dat er van een versmelting van de begrippen deugdelijkheid en kwaliteit onmiskenbaar sprake is, maar dat dat ook tot op zekere hoogte aanvaardbaar is. ‘Niet enkel de autonomie van de school, maar ook het belang van de onderwijsvrager dient mee te wegen bij de reikwijdte van het begrip deugdelijkheidseis’.^[174] De gedachte is dan dat niet enkel de bescherming van de vrijheid van onderwijs van de onderwijsaanbieder een rol speelt bij de definiëring van wat deugdelijkheid is, maar ook het recht op (kwalitatief goed) onderwijs van de onderwijsvrager.

Deugdelijkheidseisen en de wet

De in de vorige subparagraaf beschreven ontwikkeling laat nog een ander punt zien. Namelijk dat de regel dat deugdelijkheidseisen bij wet worden vastgesteld, zoals het vijfde lid dat bepaalt, onder toenemende spanning komt te staan. Die regel is er gekomen om te verzekeren dat ten aanzien van de scholen rechtszekerheid en gelijkheid in acht wordt genomen bij het formuleren van beleid dat de inrichting van het onderwijs raakt.^[175] De ‘aspecten van kwaliteit’ die door de inspectie zijn vastgesteld en uitgewerkt in het toezichtskader en op grond waarvan de inspectie oordeelt over de kwaliteit van het onderwijs op scholen hebben evenwel geen sterke basis in de wet. Als compensatie treft de minister bij overtreding van deze aspecten de scholen niet met een wettelijk sanctie van inhouding of stopzetting van de bekostiging, maar zij werken wel alleszins normerend in de richting van de scholen. In het hoger onderwijs kan overtreding van de door de NVAO vastgestelde aspecten van kwaliteit daarentegen wel rechtstreeks tot stopzetting van de bekostiging van een opleiding leiden. Hier speelt dus het probleem, en in mindere mate ook in het funderend onderwijs en het beroepsonderwijs, dat er op de kwaliteit van het onderwijs betrekking hebbende normen zijn ontstaan en tot ontwikkeling zijn gekomen, die belangrijke consequenties met zich brengen maar die anders dan de wettelijke deugdelijkheidseisen geen sterke democratische legitimatie hebben en gezien hun aard ook sneller kunnen worden aangepast aan wisselende eisen en veranderde omstandigheden.^[176]

De in 2010 in de wetgeving vastgelegde normen met betrekking tot zeer zwakke scholen laten nog een ander probleem zien. Zijn de normale in wetgeving verankerde deugdelijkheidseisen ‘absoluut’ van aard (er zij een schoolplan, de

leerkracht moet bevoegd zijn, de school biedt minimaal 1.040 uren onderwijs aan per jaar, et cetera), deze nieuwe normen zijn ‘relatief’. Volgens de Raad van State in zijn advies bij het wetsvoorstel Goed onderwijs, goed bestuur hoeft het feit dat bijvoorbeeld een basisschool achterblijft in de leerresultaten van rekenen en taal ten opzichte van een groep van vergelijkbare scholen, strikt genomen niet te betekenen dat het onderwijs aan die school zeer zwak is. De legitimatie om die school bij ‘overtreding’ van die relatieve norm met een bekostigingssanctie te treffen is in theorie dan ook niet sterk.

Hoe hiermee om te gaan? De Onderwijsraad heeft in zijn advies van 2012 geprobeerd het begrip over deze thematiek naar de eisen van deze tijd te brengen. De raad volgt de Raad van State, waar deze laatste stelt dat de in de wet vastgelegde bepalingen objectieve normen moeten zijn, die tenminste de hoofdlijnen van deugdelijkheidseisen bevatten en die zodanig helder zijn geformuleerd dat de vrijheid van richting en inrichting gewaarborgd blijven.^[177] Onder ‘objectieve normen’ verstaat de Onderwijsraad in dit verband normen die rechtstreeks, dat wil zeggen zonder tussenkomst van enige handeling op uitvoerend niveau, uitsluitel moet geven aan scholen over wat van hen wordt verwacht. Niettemin kan volgens de Onderwijsraad onder bijzondere omstandigheden van de strikte eis van objectiviteit worden afgeweken. ‘Dat moet mogelijk zijn als over de noodzaak en wenselijkheid van de nieuwe wettelijke regeling ruime consensus bestaat en het “gebrek” in de regeling naar redelijke verwachting tijdelijk zal zijn.’^[178] De Raad merkt verder op: ‘Er is in het algemeen een spanning zichtbaar bij de toenemende sturing op de kwaliteit van het onderwijs. Eisen worden alleen op hoofdlijnen vastgelegd, het zijn streefniveaus of kwantitatieve eisen. Het impliciete uitgangspunt van de Grondwet dat de eisen zo helder zijn voor scholen dat zij hun gedrag erop kunnen afstemmen, komt daarmee onder druk te staan. (...) Deugdelijkheidseisen van deze soort zijn aanvaardbaar, mits zij noodzakelijk zijn, het om minimumnormen gaat en zij worden gecompenseerd door procedurele maatstaven. De procedurele maatstaven moeten scholen zoveel mogelijk rechtszekerheid bieden en zorgen voor een gelijke behandeling van onderwijsinstellingen.’^[179]

13. VOLLEDIGE BEKOSTIGING; DE FINANCIËLE GELIJKSTELLING

De Grondwet vereist dat het algemeen vormend lager onderwijs (het leerplichtig onderwijs) integraal en adequaat door de overheid wordt gefinancierd. Artikel 23, zesde lid, Grondwet heeft het over het ‘geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs’. Uit deze eis van volledige overheidsfinanciering vloeit voort dat het leerplichtig onderwijs kosteloos is. Verplichte eigen betalingen voor het deelnemen aan het leerplichtig onderwijs zijn derhalve door de Grondwet uitgesloten.^[180]

De overheidsbekostiging van het leerplichtig onderwijs is aan te merken als een bijzondere vorm van subsidie, waarbij op grond van artikel 23 Grondwet aan meer en andere vereisten voldaan moet worden dan bij ‘gewone’ subsidies:^[181]

- (1) de overheid is verplicht de scholen die aan de wettelijke eisen voldoen te bekostigen;
 - (2) de hoofdzaken van de bekostigingsvoorwaarden moeten in formele wetgeving worden neergelegd;
 - (3) de bekostiging dient voldoende, adequaat te zijn;
 - (4) de bekostiging is van onbepaalde duur;
 - (5) de bekostiging dient naar gelijke maatstaven te geschieden.
- In dit verband is de tendens om structurele uitgaven van onderwijsinstellingen buiten de onderwijswet-ten om door middel van incidentele subsidieregelingen te financieren, problema-tisch.^[182]

Artikel 23, zevende lid, eerste volzin, van de Grondwet schrijft voor dat het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs wordt bekostigd. Deze bij de Pacificatie van 1917 bereikte financiële gelijkstelling is in de loop der tijd ‘doorgetrokken’ naar het postleerplichtig onderwijs, tot en met het hoger onderwijs (hogescholen en universiteiten). De wetgever is daartoe, blijkens de tweede volzin van deze bepaling, grondwettelijk niet verplicht.

De gelijke bekostiging krijgt primair gestalte in de bekostigingsvoorschriften in de onderwijswetten, die gelijkelijk voor openbaar en bijzonder onderwijs gelden. Voorzover de gemeenten scholen financieren schrijft de wet voor dat dit op voet van gelijkheid geschiedt.^[183]

De gelijke aanspraak op bekostiging heeft voor een deel van de kostenposten een specifieke uitwerking gekregen in de overschrijdingsregeling, ook wel aangeduid als formele gelijkstelling of automatis-me.^[184] Uitgangspunt van deze regeling is dat de rijksvergoeding van de kosten van het primair en voortgezet onderwijs, zowel openbaar als bijzonder, toereikend is. Indien nu de gemeente ten behoeve van het openbaar onderwijs extra uitgeeft voor personeel en materiële instandhouding, dienen die uitgaven ook ten behoeve van het bijzonder onderwijs gedaan te worden. De belangrijkste reden voor extra uitgaven is immers dat de rijksbekostiging in feite tekortschiet en gemeenten voor de instandhouding van het openbaar onderwijs moeten bijspringen. Dat dit dan vervolgens naar dezelfde maatstaf ook dient te geschieden ten aanzien van het bijzonder onderwijs, lijkt voor de hand te liggen.

De werking van de overschrijdingsregeling is beperkt. Gemeentelijke uitgaven voor administratie, beheer en bestuur en voor het lokaal onderwijsbeleid vallen niet onder de overschrijdingsregeling. Bovendien kan de gemeenteraad bij verordening deze regeling, gebaseerd op formele gelijkstelling, vervangen door een regeling gebaseerd op materiële gelijkstelling. Indien de gemeente er toe is overgegaan al haar scholen op afstand te plaatsen (het bestuur over te dragen aan een openbare rechtspersoon of een stichting) is zij zelfs verplicht om zo’n verordening te maken.^[185]

14. HORIZONTALE WERKING

Zoals hiervoor is geconstateerd berust de in het tweede lid gewaarborgde vrijheid om onderwijs te (doen) geven bij de aanbieder van het onderwijs, in het algemeen de rechtspersoon die de instelling voor bijzonder onderwijs in stand houdt (het bevoegd gezag). Deze vrijheid, nader gespecificeerd in het vijfde en zesde lid, houdt onder meer in dat het bevoegd gezag op grond van de vrijheid van richting en inrichting binnen bepaalde marges de vrijheid heeft om (aspirant-)leerkrachten en leerlingen te werven. Anders gezegd: de vrijheid van onderwijs van het bevoegd gezag werkt rechtstreeks in de horizontale verhoudingen.

Zo houdt de vrijheid van richting inzake de aanstelling der onderwijzers onder meer in dat een bevoegd gezag onder bepaalde voorwaarden onderwijzend personeel kan selecteren op grond van de richting van de school. Zie ook nr. 7.

15. DE VRIJHEID VAN ONDERWIJS EN HET RECHT OP ONDERWIJS OP GROND VAN VERDRAGSBEPALINGEN

Algemeen

De vrijheid van onderwijs wordt niet alleen door artikel 23 Grondwet gewaarborgd. Ook mensenrechtenbepalingen beschermen dit recht, hoewel vastgesteld dient te worden dat de waarborgen van het grondwetsartikel in het algemeen een ruimere bescherming bieden. Daarnaast geven mensenrechtenbepalingen een recht op onderwijs dat soms juist wat verder strekt dan artikel 23 Grondwet. De belangrijkste bepalingen worden kort aangestipt.

Artikel 2, Eerste Protocol, EVRM

Dit verdragsartikel 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.’

Uitgangspunt voor de rechtspraak van het Hof is dat belangrijke functies van het onderwijs behoren tot de exclusieve beleidsvrijheid (‘margin of appreciation’) of soevereiniteit van de staten, waar de rechter in beginsel niet in treedt. Dit geldt onder meer voor de opzet en planning van het curriculum,^[186] de middelen die de staat voor de inhoud en organisatie van het onderwijs ter beschikking stelt^[187] en voor de maatregelen die de staat neemt ter regulering van het onderwijs.^[188]

De eerste volzin garandeert het recht op onderwijs. Volgens de tweede volzin moet de staat het recht op schoolkeuze van ouders eerbiedigen. De twee volzinnen vormen één geheel, de eerste is dominant, de tweede kan als een aanvulling daarop worden gezien.^[189] Er is evenwel ook een inhoudelijk verschil, nu de één een recht van het kind (eerste volzin) en de ander een recht van de ouder (tweede volzin) betreft.^[190]

De werking van beide volzinnen strekt zich uit over het hele onderwijsstelsel, van primair tot en met hoger onderwijs.^[191] In een democratische samenleving, aldus het Hof, is het recht op onderwijs onmisbaar voor de bevordering van mensenrechten.^[192] Het speelt ook een fundamentele rol bij de integratie van minderheden.^[193]

Eerste volzin

Volgens het Hof in de Belgische Taalzaak omvat dit vanwege de negatieve formulering het recht van ieder kind om, zonder discriminatie, te kiezen uit het bestaande, door de staat beschikbaar gestelde stelsel van schoolonderwijs. De staat is, met andere woorden, niet verplicht op verzoek onderwijsinstellingen op te richten en in stand te houden. Toegang impliceert deelname aan het onderwijs in de verschillende fasen van het schoolsysteem en het recht een officiële diploma-erkenning te krijgen wanneer de studie of opleiding is voltooid. Een en ander is mede afhankelijk van regels door de staat te stellen. Het recht op toegang is tevens het recht onderwezen te worden in de nationale taal of in één van de nationale talen binnen de staat.^[194]

De regeling van de toegang van leerlingen tot het onderwijs valt onder de beleidsvrijheid van elke staat ('margin of appreciation'); het Hof bemoeit zich daar in principe niet mee. Dit is slechts anders als daarbij onvoldoende mechanismen zijn ingebouwd voor leden van etnische minderheidsgroepen, 'that would ensure that (...) the State took into account their special needs as members of a disadvantaged class.' Bij discriminatie zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging, ook als die niet in de wet is vastgelegd maar het resultaat vormt van wetsuitvoering, acht het Hof zich in het kader van zijn toezichtstaak bevoegd in te grijpen.^[195]

Volgens Nederlandse rechtspraak vormt het recht op onderwijs, in de betekenis van recht op toegang, de grondslag voor de leerplicht, zoals neergelegd in de Leerplichtwet 1969.^[196] De Nederlandse wetgever heeft zich verder in het debat over de Koppelingswet op het standpunt gesteld dat artikel 2, Eerste Protocol, EVRM er toe verplicht om vreemdelingen onder de achttien jaar, zonder rechtmatige verblijfstitel ('illegalen') de toegang tot het onderwijs niet te onthouden.^[197]

Tweede volzin

Het begrip 'overtuigingen' moet ruim worden opgevat: 'it denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'.^[198] 'Filosofische overtuigingen' kunnen omvatten – en dat is ook ruim genomen – 'such convictions as are worthy of respect in a "democratic society" and are not incompatible with human dignity; in addition, they must not conflict with the fundamental right of the child to education.'^[199]

Hoever moet dan de door de staat verschuldigde 'eerbied' gaan? Het Hof heeft in

een aantal uitspraken nadere grenzen getrokken. De ‘eerbied’ voor deze overtuigingen kan de staat niet afhouden ‘from imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind. It does not even permit parents to object to the integration of such teaching or education in the school curriculum, for otherwise all institutionalised teaching would run the risk of proving impracticable’.^[200] Ook kan die ‘eerbied’ niet zover gaan dat ouders zich met een beroep op hun overtuigingen kunnen onttrekken aan de leerplicht.^{#!201!#{NOOT}} Wel moeten principiële, respectabele bezwaren tegen lijfstraffen worden geëerbiedigd.^{#!202!#{NOOT}} Bovendien moet, zoals in een reeks van curriculaire zaken met betrekking tot bijvoorbeeld seks educatie, verplicht ethiekonderwijs, onderwijs gebaseerd op een bepaalde interpretatie van de islam of het christendom is uitgesproken,^{#!203!#{NOOT}} het door de overheid beschikbaar gestelde onderwijs op een objectieve, kritische en pluralistische manier zijn geregeld^{#!204!#{NOOT}} en worden gegeven. Als het curriculum op een bepaald onderdeel niet voldoende objectief, kritisch en/of pluralistisch uitpakt, dient de staat een volledige vrijstelling van dat onderdeel te verlenen in overeenstemming met de overtuigingen van de ouders.^{#!205!#{NOOT}} Daarbij kan de staat niet worden verplicht om alternatief onderwijs aan te bieden.^{#!206!#{NOOT}}

De ‘eerbied’ van de staat strekt zich overigens niet alleen uit tot curriculaire zaken, maar zoals het verdragsartikel zegt tot ‘alle functies die de staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt.’ Daar valt ook de organisatie van de schoolomgeving onder. Als daarbij door een staat wordt gekozen om kruisbeelden in de openbare school te hangen, moet dit evenwel worden gerekend tot haar ‘margin of appreciation’ en dit valt in beginsel buiten het toetsingsbereik van het Hof.^{#!207!#{NOOT}} Artikel 2, Eerste Protocol, EVRM waarborgt ten slotte ook de vrijheid van oprichting, het recht om een eigen school te stichten; deze bepaling verplicht de staat echter niet tot subsidiëring van zo’n school.^{#!208!#{NOOT}}

In het Maimonides-arrest heeft de Hoge Raad uitgesproken dat het recht op vrije schoolkeuze in principe niet jegens een instelling van bijzonder onderwijs geldend kan worden gemaakt, in de zin dat op grond daarvan de instelling verplicht wordt een leerling toe te laten. Onder bepaalde voorwaarden moet evenwel afwijking van dit principe worden toegestaan.^{#!209!#{NOOT}}

Vergelijking recht op onderwijs en vrijheid van onderwijs

Als we de jurisprudentie van het EHRM op ons laten inwerken en daarnaast de betekenis van artikel 23 Grondwet bezien, valt op dat de reikwijdte van het recht op onderwijs op een aantal punten ruimer is dan die van artikel 23 Grondwet. Hier volgt een aantal aan de voorafgaande tekst ontleende voorbeelden, waarbij niet een uitputtende opsomming is beoogd.

Zo is er een directe relatie tussen recht op onderwijs en de leerplicht, terwijl de Grondwet deze slechts veronderstelt. Het recht op onderwijs is toepasselijk op het hele stelsel, van primair tot en met hoger onderwijs, terwijl artikel 23 Grondwet

zich in aanleg richt op het algemeen vormend lager onderwijs en niet verwijst naar het beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.

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

Er zijn echter ook punten waarop de bescherming van artikel 23 Grondwet sterker moet worden geacht. Een duaal bestel van openbaar en bijzonder bekostigd onderwijs is volgens het verdragsrecht niet vereist, ook het principe van gelijke bekostiging van openbaar en bijzonder is er onbekend. Verder kan ook het in artikel 23 Grondwet vastgelegde legaliteitsprincipe – waarbij geldt dat op zeven plaatsen in het grondwetsartikel regeling bij wet wordt vereist – als een vorm van toegevoegde bescherming worden beschouwd. Het recht op onderwijs van artikel 2, Eerste Protocol, EVRM zwijgt over het niveau waarop in de staat onderwijsbeleid moet worden gevoerd.

Artikel 13 IVESC

Artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESC) bevat naast de erkenning van het recht op onderwijs (eerste lid) en van de vrijheid van ouders om voor hun kinderen een bijzondere school te kiezen (derde lid) ook een aantal prestatieplichten waaraan de staat moet voldoen. Zo is de overheid onder meer verplicht kosteloos primair onderwijs ter beschikking te stellen en geleidelijk kosteloos voortgezet en hoger onderwijs te realiseren (tweede lid, onder a-c).

In overeenstemming met artikel 13, tweede lid, onder a, IVESC is het leerplichtig onderwijs kosteloos: er wordt voor dit onderwijs geen lesgeld gevraagd en de eventuele ouderbijdrage is vrijwillig. Anders ligt dit met het postleerplichtig onderwijs, dat zeker niet kosteloos wordt, maar juist duurder (verhoging lesgeld, collegegeld e.d.). Dat lijkt moeilijk te verenigen met de strekking van artikel 13, tweede lid, sub b en c. IVESC. Door de Hoge Raad is in het Harmonisatiewet-arrest echter beslist dat artikel 13, eerste en tweede lid, IVESC niet ‘een ieder verbindend’ is in de zin van artikel 94 Grondwet.²¹⁰ Dat betekent dat de rechter zich niet bevoegd acht deze

verdragsbepalingen toe te passen ten koste van eventueel daarmee strijdige nationale wetgeving.

In het kader van de bespreking van de Koppelingswet stelde de regering zich (net als ten aanzien van artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM) op het standpunt dat er uit artikel 13 IVESC geen plicht voortvloeit om 'illegalen' tot het postleerplichtige onderwijs toe te laten.#!211!#{NOOT}

Artikel 13, derde en vierde lid, IVESC laat expliciet de mogelijkheid open dat de staat minimum(onderwijs)normen vaststelt. Bijvoorbeeld kerndoelen en examenvoorschriften zijn dan ook niet met deze bepaling in strijd.#!212!#{NOOT}

Artikel 165 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (WVEU)

Het artikel luidt, voor zover relevant:

1. De Unie draagt bij tot de ontwikkeling van onderwijs van hoog gehalte door samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen en zo nodig door hun activiteiten te ondersteunen en aan te vullen, met volledige eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en van hun culturele en taalkundige verscheidenheid. (..)

2. Het optreden van de Unie is erop gericht:

-de Europese dimensie in het onderwijs tot ontwikkeling te brengen, met name door onderricht in en verspreiding van de talen der lidstaten;

- de mobiliteit van studenten en docenten te bevorderen, mede door de academische erkenning van diploma's en studietijdvakken aan te moedigen;

- de samenwerking tussen onderwijsinstellingen te bevorderen;

- de uitwisseling te bevorderen van informatie en ervaring omtrent de gemeenschappelijke vraagstukken waarmee de onderwijsstelsels van de lidstaten worden geconfronteerd;

- de ontwikkeling van uitwisselingsprogramma's voor jongeren en jongerenwerkers te bevorderen;

- de ontwikkeling van het onderwijs op afstand te stimuleren (..).

3. De Unie en de lidstaten bevorderen de samenwerking met derde landen en met de inzake onderwijs bevoegde internationale organisaties, met name met de Raad van Europa.

4. Om bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel

- nemen het Europees Parlement en de Raad, volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, stimuleringsmaatregelen aan, met uitsluiting van harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten;

- neemt de Raad, op voorstel van de Commissie, aanbevelingen aan.'

Volgens artikel 165 WVEU, en het soortgelijke artikel 166 WVEU dat betrekking heeft op beroepsonderwijs, berust de verantwoordelijkheid voor de inhoud en opzet van het onderwijs bij de lidstaten. De Unie heeft een ondersteunende taak die er voornamelijk uit bestaat de samenwerking tussen lidstaten en tussen onderwijsinstellingen te bevorderen en voorwaarden te verschaffen voor verbetering van de mobiliteit van studenten en docenten. De waarborg die van deze

bepaling uitgaat is niet absoluut. Het WVEU biedt een zelfstandige basis voor Europees beleid op het terrein van onderlinge diploma-erkenning (artikel 53 WVEU). De Euro-pese dimensie is verder van groot belang voor subsidieprogramma's die de uit-wisseling bevorderen van docenten en studenten en voor de pro-ble-ma-tiek van toe-la-ting aan -in-stel-lin-gen die be-roeps-oplei-din-gen verzor-gen. Over de ver-schil-lende as-pecten -be-staat uit-ge-breide ju-ris-pru-den-tie van het Hof van Jus-ti-tie van de EU. Daarbij spelen de anti-discriminatiebeginselen en burgerschapsbeginselen van artikelen 18-21 WVEU en van het vrij verkeer volgens de artikelen 45 e.v. WVEU een belangrijke rol.²¹³ De bescherming van het Europese recht komt in beginsel alleen ten goede aan EU-burgers, personen die de nationaliteit bezitten van een der lidstaten. Of, en zo ja in welke mate, zogenoemde 'derdelanders', dat wil zeggen burgers met de nationaliteit van landen buiten de EU, onder het Europese recht vallen is grotendeels afhankelijk van nationaal en, op termijn ook, Europees migratierecht.²¹⁴

Belangrijkere rol verdragsrecht?

In het advies van de Onderwijsraad uit 2012 wordt een moderne interpretatie gegeven van artikel 23 Grondwet op begrippen als richting, deugdelijkheid en kwaliteit. Het gaat hier om open begrippen in het Grondwetsartikel, die vooral door de wetgever nader moeten worden ingevuld. De Onderwijsraad vertrekt bij zijn interpretatie vanuit het internationale recht, met name artikel 2, Eerste Protocol, EVRM en de daarover gevormde jurisprudentie van het EHRM. Hoewel het nog steeds zo is, zoals de Onderwijsraad in 2002 formuleerde, dat uit de Nederlandse rechtspraak momenteel geen belangrijke, bepalende rol van het internationale recht kan worden afgeleid,²¹⁵ scheidt het verdragsrecht evenzeer verplichtingen voor het openbaar bestuur en de wetgever. De daadwerkelijke invloed hiervan is dan wellicht moeilijker zichtbaar en meetbaar, maar is niettemin voor de argumentatie van nieuwe maatregelen vrijwel altijd aanwezig. Internationale verdragsbepalingen kan men zien als een samenstel van overheidsverplichtingen die het beleid en de wetgeving een bepaalde richting in sturen. Uiteraard dient de overheid daarbij binnen de grenzen van artikel 23 Grondwet te blijven, maar waar het grondwetsartikel, zoals gezegd, open normen biedt is die ruimte vrij groot, zeker ook gegeven het feit dat door het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht ingevolge artikel 120 Grondwet de wetgever in alle gevallen een bindende interpretatie van de verhouding van het internationale recht tot artikel 23 Grondwet kan geven. Mede door de nadruk die in het beleid en de wetgeving van de afgelopen jaren is gelegd op de versterking van de rechten van ouders en leerlingen kan er, zoals hierboven al meermalen is uiteengezet, een duidelijke spanning tussen het 'aanbiedersrecht' van artikel 23 Grondwet en het 'vragersrecht' van het internationale recht worden geconstateerd. Die spanning vraagt steeds weer om nieuwe oplossingen. Daarbij is de betekenis van het verdragsrecht als onderdeel van ons constitutionele onderwijsrecht niet meer weg te denken.

16. LITERATUUR

- P.W.C. Akkermans, *Onderwijs als constitutioneel probleem*, Samsom: Alphen aan den Rijn 1980.
- H.A.M. Backx, *Het particulier onderwijs*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994.
- P.Th.F.M. Boekholt, *De onderwijswet van 1801 en het begin van de Staatszorg voor het onderwijs in Nederland*, in: P. Boekholt e.a. (red.), *Tweehonderd jaar onderwijs en de zorg van de Staat, Jaarboek voor de geschiedenis van opvoeding en onderwijs van de Belgisch Nederlandse Vereniging voor de Geschiedenis van Opvoeding en Onderwijs*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2002, p. 3 – 10.
- P.Th.F.M. Boekholt, *Het ongeregelde verleden. Over eenheid en verscheidenheid van het Nederlandse onderwijs*, oratie, Assen 1998.
- Commissie Gelijke Behandeling, ‘Naar een discriminatievrije school’, advies inzake gelijke behandeling in onderwijs, CGB: Utrecht, 4 april 2008.
- F.C.L.M. Crijns, *De herziening van artikel 208 van de Grondwet. Het loon van de angst?*, in: *Grondrechten (Jeukensbundel)*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1982, p. 439 – 505.
- Marianne van Es, *Zes jaar bekwaamheidseisen voor de leraar in het voortgezet onderwijs: op weg naar een onbegrijpelijk systeem*, in: W.T.G. Dresscher e.a. (red.), *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!*, opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht, aangeboden aan Frans Brekelmans (Brekelmansbundel), Aob: Utrecht 2012, p. 153-171.
- A.M. van der Giezen, *De eerste fase van de schoolstrijd in Nederland (1795-1806)*, Assen 1937.
- J. De Groof en F. Hendriks, *Accreditatie in het hoger onderwijs in Vlaanderen en Nederland*, (Belgisch) *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en – beleid (TORB)* 2006, p. 247-356.
- C. Hentzen, *De politieke geschiedenis van het lager onderwijs in Nederland 1795-1813*, Nijmegen 1920.
- P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool, conflicterende convergentie. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, prf. Nijmegen, Elsevier: Den Haag 2002.
- P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Kluwer: Deventer 2009.
- Pieter Huisman en Dick Mentink, *Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs*, in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Kluwer: Deventer 2009, p. 87 – 106.
- P.W.A. Huisman, *Onderwijsrecht in meervoud, over de afweging van individuele en collectieve rechten op onderwijs in een pluriforme samenleving*, oratie EUR, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2011.
- P.W.A. Huisman, M.A.T.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*, Eindrapport ten behoeve van het ministerie van OCW, Rotterdam / Amsterdam / Schoonhoven / Tilburg 2011.
- *Inspectie van het Onderwijs, Toezichtskader PO/VO 2012*, Utrecht 2012.

- J.B. Kan, Handelingen over de herziening der Grondwet. Deel II, Den Haag 1917.
- C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Kluwer: Deventer 1987.
- Willem Lindeboom, Bevoegd en bekwaam. Hoe termen de inhoud kunnen veranderen, in: W.T.G. Dresscher e.a. (red.), Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!, opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht, aangeboden aan Frans Brekelmans (Brekelmansbundel), Aob: Utrecht 2012, p. 173 - 179.
- D. Mentink, Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem, Kluwer: Deventer 1989.
- D. Mentink, Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de onderwijsvrijheid. Onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad, Den Haag 1996.
- D. Mentink, Het bijzondere van het onderwijsrecht, oratie EUR, Utrecht 1998.
- D. Mentink, Het karakter van de openbare school en bidden in een leeg lokaal, School en Wet, februari 2000, nr. 2, p. 20-24.
- D. Mentink, Omstreden gemeentelijk onderwijsbeleid. Over grondwetsuitleg en het primaat van de wetgever, in het bijzonder met betrekking tot decentralisatie van onderwijsachterstandenbeleid en de huisvestingsvoorzieningen, Elsevier/Reed Business: Den Haag 2004.
- D. Mentink, Vrijheid van richting: geen vrouw met een broek en geen medezeggenschapsraad, School en Wet 2006, nr. 4, p. 5-10.
- D. Mentink en B.P. Vermeulen, Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht, Sdu uitgevers: Den Haag 2011.
- Nationaal Onderwijsakkoord van 19 september 2013.
- R. Nehmelman, Hoe een enkel feit tot een schoolstrijd leidt?, in: H. Broeksteeg en A. Terlouw (red.), Overheid, recht en religie, Kluwer: Deventer 2011, p. 239-256.
- C.W. Noorlander, Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en het voortgezet onderwijs, (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.
- C.W. Noorlander, Tertium non datur. De samenwerkingsschool: een onderwijsconstitutioneel gedrocht?, Gemeentestem 2011, nr. 7357, p. 419-430.
- C.W. Noorlander en P.J.J. Zoontjens, Handhaving van de zedelijkheid van de leraar in de recente rechtshistorie, in: Wim Deetman e.a., Rapport seksueel misbruik van minderjarigen in de rooms-katholieke kerk, deel 2: De achtergrondstudies en essays, Uitgever Balans: Amsterdam 2011, p. 175-191.
- Onderwijsraad, Richtingvrij en richtingbepalend, Den Haag 1996.
- Onderwijsraad, Samen verder. Advies inzake de samenwerkingsschool, Den Haag 1999.
- Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet, Den Haag 2002.
- Onderwijsraad, Boeddhisme als richting, Den Haag 2010.
- Onderwijsraad, Verzelfstandiging in het onderwijs I, Den Haag 2010.
- Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief. Nieuwe richtingen aan de vrijheid van onderwijs, Onderwijsraad: Den Haag april 2012.
- Onderwijsraad, Advies meerdere richtingen, Den Haag 2012.
- Onderwijsraad, Grenzen aan kleine scholen. Sterk en pluriform onderwijs in

tijden van krimp, Den Haag 2013.

- A. Postma, Handboek van het Nederlandse onderwijsrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.
- J.E. van Renesse, Het lager onderwijs in Nederland sinds 1857, Haarlem 1886.
- C.E. Schelfhout, 175 jaar nationale wetgeving op het lager onderwijs, Pedagogische Studiën 1976, p. 297 e.v.
- VBS Strategisch beleidsplan 2010-2014, z.p., z.j.
- B.P. Vermeulen, Gemeentelijk onderwijsbeleid, een tour d'horizon langs de zeven plagen, in: B.P. Vermeulen, G.J. Redert, P.W. Doop, Lokaal onderwijsbeleid: theorie en praktijk, preadviezen Vereniging voor Onderwijsrecht 1997, Den Haag 1997, p. 9 – 60.
- B.P. Vermeulen, A. Kuijer, met bijdragen van K.M. Zwaan, Toe-gang tot on-derwijs binnen de Europese Unie, Lemma: Utrecht, 1997.
- B.P. Vermeulen, Constitutioneel onderwijsrecht, Elsevier: Den Haag 1999.
- B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, preadvies VAR-Vereniging voor Bestuursrecht, in: De Awb en de bijzondere wetgeving, Den Haag 2000, p. 45-186.
- B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a.: Getuigend staatsrecht, liber amicorum A.K. Koekkoek, Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2005, p. 431- 468.
- P.J.J. Zoontjens, Bijzonder en openbaar onderwijs, in: T. Bertens e.a. (red.), Recht & Religie, bijzonder nummer Ars Aequi, juli-augustus 2003, p. 59 – 68.
- P.J.J. Zoontjens, Toezicht op het bijzonder onderwijs, RegelMaat 2010, nr. 3, p. 94-108.
- P.J.J. Zoontjens, Hoofddoekverbod in het bijzonder onderwijs. Over de moeizame jurisprudentie van de CGB en de rechtspraak, School en Wet november 2011, p. 5-9.
- Paul Zoontjens, Prestatiebeprestiging in het hoger onderwijs, Ars Aequi, januari 2014, p. 64-67.

17. JURISPRUDENTIE

- CGB 9 februari 1999, Oordeel 99-18
- CGB, Oordeel 99-103 (Hoofddoek in openbaar onderwijs)
- CGB 29 april 1999, oordeel 1999-38
- CGB 6 november 2001, Oordeel 2001-99
- CGB 15 juni 2007, oordeel 2007-100
- CGB 3 augustus 2000, Oordeel 00-51

- Onderwijsraad 28 maart 1997, NTOR 1997, p. 147 e.v., m.nt. G.J. Leenknecht.

- KB 15 mei 1933, AB 1933, 543, p. 543-545 (School met den Bijbel)
- KB 24 december 1948, AB 1948, p. 266-271 (Bijbelse verhalen)
- KB 2 maart 1984, Stb. 95, AB 1984, 288, m.nt. BJvdN (Schoolhoofd Middelharnis)

- Rb. Rotterdam 5 januari 1990, KG 1990, 40
- Rb. Den Haag 18 januari 1995, NTOR 1995, p. 44 e.v., m.nt. B.P. Vermeulen
- Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1995, KG 1996, 36
- Pres. Rb. Utrecht 23 november 2000, LJN: AA8433
- Rb. Utrecht (Vz.) 1 augustus 2006, School en Wet 2006, nr. 4, JO 47, p. 29-41
- Rb. Haarlem, sector kanton, 4 april 2011, LJN: BQ0063 (Don Bosco College)
- Rb. Den Haag 2 november 2011, LJN: BU3104
- Rechtbank Den Haag 2 mei 2012, LJN: BW4736, JV 2012, 270

- Hof Amsterdam 25 juli 2007, NCJM-Bulletin 2008, nr. 4, p. 498-506 (Hornbeek)
- Hof Amsterdam 6 september 2011, LJN: BR6764 (Don Bosco College)

- HR 10 december 1957, NJ 1958, 176 (Goudse rijkschool)
- HR 5 mei 1959, NJ 1959, 361 (Sittardse danslessen)
- HR 8 december 1961, NJ 1962, 56 (VAMOR)
- HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 (Mensendieck I)
- HR 17 juni 1969, NJ 1970, 27 (Autorijles)
- HR 9 april 1976, NJ 1976, 409 (Terheijden)
- HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides)
- HR 30 mei 1989, NJ 1989, 883
- HR 6 juli 2010, LJN: BL6719

- CRvB 16 november 1989, AB 1991, 24 m.nt. HH, NTOR 1990, p. 97 e.v. m.nt. Vermeulen en Verhey (autorijles)
- CRvB 8 augustus 1991, AB 1991, 576 m.nt. HH

- AGRvS 10 november 1992, AB 1993, 88 m.nt. BJvdN (evangelische school niet erkend)

- ARRvS 29 juli 1985, JO 4816, AB 1986, 191
- ARRvS 25 mei 1987, Jurisprudentie Onderwijs wetten, p. 4821-4824
- ARRvS 18 maart 1988, AB 342, m.nt. I.C. van der Vlies (Humanistisch vormingsonderwijs Oldebroek)
- ARRvS 16 mei 1990, NTOR 1991, p. 133-135 (Gemeentelijke subsidiëring schoolbegeleiding), m.nt. D. Mentink
- ARRvS 20 augustus 1990, AB 1991, 102, m.nt. BJvdN (Humanistisch vormingsonderwijs Hasselt)
- ARRvS 3 november 1992, JO 1993, 131
- ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28 m.nt. BPV (Evangelische richting)
- ABRvS 5 augustus 1997, AB 1998, 64 m.nt. BPV (Islamitische basisschool)
- ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28 m.nt. BPV
- ABRvS 15 januari 1998, AB 1998, 173 m.nt. BPV (evangelische school wel erkend)
- ABRvS 26 januari 1999, 235, m.nt. BPV (Islamitische basisschool III)
- ABRvS 16 mei 2007, LJN BA5240

- ABRvS 20 juli 2011, LJN: BR2291, AB 2012, 23 m.nt. Noorlander (De Koers I)
- ABRvS 15 augustus 2012, LJN: BX4694, Gemeentestem 5 februari 2013, nr. 7382, nr. 10, m.nt. P.W.A. Huisman onder Gemeentestem nr. 7382, nr. 11), JB 2012, 221, m.nt. C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, AB 2013, 309, m.nt. P.J.J. Zoontjens (De Koers II)
- ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4695, Gemeentestem 5 februari 2013, nr. 7382, nr. 11, m.nt. P.W.A. Huisman (De Kampanje)
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013: nr. 857
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013: nr. 859
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013: nr. 866
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013: nr. 868
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013: nr. 869
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013: nr. 872

- EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak)
- EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen)
- EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans)
- EHRM 19 december 1996, RJD 1996-VI (Valsamis t. Griekenland)
- EHRM 11 september 1999 (Cyprus t. Turkije)
- EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98 (Leyla Sahin t. Turkije)
- EHRM 11 september 2006, nr. 35504/03 (Konrad t. Duitsland)
- EHRM 6 oktober 2006, nr. 45216/07 (Appel-Irrgang t. Duitsland)
- EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen)
- EHRM 9 oktober 2007, nr. 1448/04 (Hasan en Eylem Zengin t. Turkije)
- EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (D.H. e.a. t. Tsjechië)
- EHRM 15 juni 2010, nr. 7710/02 (Grzelak t. Polen)
- EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi e.a. t. Italië)
- EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/05 (Anatoliy en Vitaliy Ponomaryov t. Bulgarije)

18. HISTORISCHE VERSIES

Art. 140 Gw 1814: Ter bevordering van Godsdienst, als een vaste steun van den Staat en ter uitbreiding van kennis is het openbaar onderwijs op de hooge, middelbare en lage scholen een aanhoudend voorwerp van de zorg der Regering. De Souvereine Vorst doet van den Staat dier scholen jaarlijks aan de Staten Generaal een uitvoerig verslag geven.

Art. 226 Gw 1815: Het openbaar onderwijs is een aanhoudend voorwerp van de zorg der Regering. De Koning doet van den staat der hooge, middelbare, en lage scholen, jaarlijks, aan de Staten Generaal een uitvoerig verslag geven (art. 224 Gw 1840).

Art. 194 Gw 1848: Het openbaar onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regering.

De inrigting van het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdien stige begrippen, door de wet geregeld.

Er wordt overal in het Rijk van overheidswege voldoende openbaar lager onderwijs

gegeven.

Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht 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.

De Koning doet van den staat der hooge , middelbare en lagere scholen jaarlijks een uitvoerig verslag aan de Staten Generaal geven (art. 192 Gw 1887).

Art. 192 Gw 1917: Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regeering.

Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht der Overheid, en bovendien, voor zoover het algemeen vormend zoowel lager als middelbaar onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van den onderwijzer, een en ander bij de wet te regelen.

Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, bij de wet geregeld.

In elke gemeente wordt van Overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zoodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven.

De eischen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten deele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zoo ver het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.

Deze eischen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zoodanig 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.

Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar denzelfden 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 hooger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.

De Koning doet jaarlijks van den staat van het onderwijs aan de Staten Generaal verslag geven (art. 195 Gw. 1922; art. 200 Gw. 1938; art. 201 Gw. 1948; art. 208 Gw. 1953; art. 208 Gw. 1972 – behoudens dat het tweede lid gelezen moet worden als: Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen. – ; art. 23 Gw 1983)

NOTEN

1. Stb. 2006, 170.
2. Zie uitvoerig over de parlementaire behandeling: F.C.L.M. Crijns, De

- herziening van artikel 208 van de Grondwet. Het loon van de angst?, in: Grondrechten (Jeukensbundel), Ars Aequi Libri: Nijmegen 1982, p. 439 e.v.
3. Kamerstukken II 1981/ 82, 17 450.
 4. Kamerstukken II 1982/ 83, 17 450, nr. 5, p. 4.
 5. B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a.: Getuigend staatsrecht, liber amicorum A.K. Koekkoek, Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2005, p. 434.
 6. Zie P.W.A. Huisman, De samenwerkingsschool, conflicterende convergentie. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs, prof. Nijmegen, Elsevier: Den Haag 2002.
 7. P.W.A. Huisman, M.A.T.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, Eindrapport ten behoeve van het ministerie van OCW, Rotterdam / Amsterdam / Schoonhoven / Tilburg 2011.
 8. Vgl. artikel 48 Wpo en 42b Wvo.
 9. Vgl. artikel 17 Wpo en 53c Wvo.
 10. Zie de bij wet van 26 mei 2011 (Stb. 2011, 287) ingevoerde artikelen 17c Wet op het primair onderwijs (Wpo), 28j Wet op de expertisecentra (Wec) en 53d Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo).
 11. Zie de bij wet van 26 mei 2011 (Stb. 2011, 287) ingevoerde artikelen 17c Wet op het primair onderwijs (Wpo), 28j Wet op de expertisecentra (Wec) en 53d Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo).
 12. Maar niet alleen dat. Bij de invoering van dit lid in het grondwetsartikel in 1848 werd gesproken van een uitvloeisel van de vrijheid van beroepskeuze en onderneming. Zie D. Mentink en B.P. Vermeulen, Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht, Sdu uitgevers: Den Haag 2011, p. 67.
 13. Het gaat hier om voornamelijk oudere jurisprudentie zoals HR 5 mei 1959, NJ 1959, 361 (Sittardse danslessen), HR 10 december 1957, NJ 1958, 176 (Goudse rijkschool), HR 8 december 1961, NJ 1962, 56 (VAMOR), HR 17 juni 1969, NJ 1970, 27 (Autorijles) en HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 (Mensendieck I). Voor schaatsen: Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1995, KG 1996, 36.
 14. ARRvS 16 mei 1990, NTOR 1991, p. 133- 135 (Gemeentelijke subsidiëring schoolbegeleiding), m.nt. D. Mentink.
 15. Zie artikel 7.28, eerste lid, Web en 7.6, derde lid, Whw.
 16. Rechtbank Den Haag 2 mei 2012, LJN: BW4736, JV 2012, 270.
 17. ABRvS 20 juli 2011, LJN: BR2291, AB 2012, 23 m.nt. Noorlander (De

- Koers I). Zie ook ABRvS 15 augustus 2012, LJN: BX4694, Gemeentestem 5 februari 2013, nr. 7382, nr. 10, (m.nt. P.W.A. Huisman onder Gemeentestem nr. 7382, nr. 11), JB 2012, 221, m.nt. C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, AB 2013, 309, m.nt. P.J.J. Zoontjens (De Koers II). Zie verder ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4695, Gemeentestem 5 februari 2013, nr. 7382, nr. 11, m.nt. P.W.A. Huisman (De Kampanje).
18. Het is ook een kwestie van wettelijke definitie. Nu het voorbereidend middelbaar beroepsonderwijs (vmbo) deel uitmaakt van het algemeen voortgezet onderwijs en steunt op de Wet op het voortgezet onderwijs, wordt dit tot het algemeen vormend (lager) onderwijs gerekend.
 19. Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet, Den Haag 2002, p. 18.
 20. Mentink en Vermeulen, Artikel 23 Grondwet, a.w., p. 105.
 21. Zie artikelen 19- 22 Grondwet.
 22. Kan 1916, p. 638- 639.
 23. Zie B.P. Vermeulen, Gemeentelijk onderwijsbeleid, een tour d'horizon langs de zeven plagen, in: B.P. Vermeulen, G.J. Redert, P.W. Doop, Lokaal onderwijsbeleid: theorie en praktijk, preadviezen Vereniging voor Onderwijsrecht 1997, Den Haag 1997, p. 14.
 24. C. Hentzen, De politieke geschiedenis van het lager onderwijs in Nederland 1795- 1813, Nijmegen 1920; A.M. van der Giezen, De eerste fase van de schoolstrijd in Nederland (1795- 1806), Assen 1937. Meer recent: C.E. Schelfhout, 175 jaar nationale wetgeving op het lager onderwijs, Pedagogische Studiën 1976, p. 297 e.v. en P.Th.F.M. Boekholt, De onderwijswet van 1801 en het begin van de Staatszorg voor het onderwijs in Nederland, in: P. Boekholt e.a. (red.), Tweehonderd jaar onderwijs en de zorg van de Staat, Jaarboek voor de geschiedenis van opvoeding en onderwijs van de Belgisch Nederlandse Vereniging voor de Geschiedenis van Opvoeding en Onderwijs, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2002, p. 3- 10.
 25. P.Th.F.M. Boekholt, Het ongeregelde verleden. Over eenheid en verscheidenheid van het Nederlandse onderwijs, oratie, Assen 1998, p. 15- 16.
 26. Vgl. D. Mentink, Het karakter van de openbare school en bidden in een leeg lokaal, School en Wet, februari 2000, nr. 2, p. 20- 24.
 27. Mentink en Vermeulen, Artikel 23 Grondwet, a.w., p. 49.
 28. Zie algemeen over deze materie: D. Mentink, Omstreden gemeentelijk onderwijsbeleid. Over grondwetsuitleg en het primaat van de wetgever, in het bijzonder met betrekking tot decentralisatie van onderwijsachterstandenbeleid en de huisvestingsvoorzieningen, Elsevier/ Reed Business: Den Haag 2004.
 29. CRvB 8 augustus 1991, AB 1991, 577 m.nt. HH.

30. Zie ook de definitie van bijzondere school in artikel 1 Wpo: ‘door een natuurlijke persoon of een privaatrechtelijke rechtspersoon (..) in stand gehouden school’.
31. CRvB 16 november 1989, AB 1991, 24 m.nt. HH, NTOR 1990, p. 97 e.v. m.nt. Vermeulen en Verhey (autorijles).
32. CRvB 8 augustus 1991, AB 1991, 576 m.nt. HH.
33. D. Mentink, Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de onderwijsvrijheid. Onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad, Den Haag 1996, p. 10- 12.
34. Zie artikel 76 Wpo en 65 Wvo.
35. Zie de bijlage bij de wet.
36. Zie artikel 65, eerste lid, Wvo.
37. Stb. 1993, 716.
38. Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p. 88.
39. ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28 m.nt. BPV (Evangelische richting).
40. Onderwijsraad, Boeddhisme als richting, Den Haag 2010, in het bijzonder p. 20/ 21. Geraadpleegd op: www.onderwijsraad.nl.
41. In ABRvS 5 augustus 1997, AB 1998, 64 m.nt. BPV (Islamitische basisschool) leek de Afdeling te oordelen dat meer richtingen binnen de islam te onderscheiden zijn, maar in ABRvS 26 januari 1999, 235, m.nt. BPV (Islamitische basisschool III) wijst zij dat echter af. Thans is geldend recht dat de islam voor de stichting van scholen één ondeelbare richting vormt.
42. [Vgl. AGRvS 10 november 1992, AB 1993, 88 m.nt. BJvdN (evangelische school niet erkend) met ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28 m.nt. BPV en ABRvS 15 januari 1998, AB 1998, 173 m.nt. BPV (evangelische school wel erkend).
43. Vgl. het schema in: Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p. 24.
44. Vermeulen en Zoontjens, Artikel 23 Grondwet op de tocht?, a.w., p. 440.
45. Zie Huisman, Laemers, Mentink, Zoontjens, Vrijheid van stichting, a.w., p. 5/ 6.
46. Zie ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013: nrs. 857, 859, 866, 868, 869 en 872. Uitspraak nr. 857 betreft bijvoorbeeld de aanvraag voor bekostiging van een gereformeerde / algemeen bijzondere / vrije scholengemeenschap en nr. 872 van een rooms- katholieke / algemeen bijzondere school. In gelijke zin: Onderwijsraad, Advies meerdere richtingen, nr. 20120173/ 1032, Den Haag 29 juni 2012.
47. Onderwijsraad, Richtingvrij en richtingbepalend, Den Haag 1996.
48. Advies van 12 april 2002, W05.01.0643/ III, bijvoegsel Stcrt. 14 december 2004, nr. 241.

49. Zie ook Huisman, Laemers, Mentink, Zoontjens, *Vrijheid van stichting*, a.w., p. 16.
50. Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, a.w., p. 44- 46. Zie ook een jaar eerder: Huisman, Laemers, Mentink, Zoontjens, *Vrijheid van stichting*, a.w., p. 40 e.v.
51. Brief van 12 juli 2013 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2012/ 13, 33 400 VIII, nr. 164, p. 6.
52. HR 6 juli 2010, LJN: BL6719.
53. Standaarduitspraak is het KB 15 mei 1933, AB 1933, 543, p. 543- 545 (School met den Bijbel). Zie Mentink en Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet*, a.w., p. 57. Zie voor een overzicht van de wetgeving: Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, a.w., p.
54. Vgl. P.J.J. Zoontjens, *Bijzonder en openbaar onderwijs*, in: T. Bertens e.a. (red.), *Recht & Religie*, bijzonder nummer *Ars Aequi*, juli- augustus 2003, p. 61.
55. VBS Strategisch beleidsplan 2010- 2014, z.p., z.j., p. 7. Te raadplegen op www.vbs.nl.
56. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Elsevier: Den Haag 1999, p. 51- 57.
57. Mentink, *Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de onderwijsvrijheid*, a.w., p. 53; zie ook Huisman, Laemers, Mentink, Zoontjens, *Vrijheid van stichting*, a.w., p. 27/ 28.
58. *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, a.w., p. 39/ 40.
59. Brief van 18 september 2013 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, onder kenmerk 426681.
60. Vgl. artikel 4 Wpo.
61. *Artikel 5 Leerplichtwet 1969 (Lpw)*.
62. *Artikel 5, tweede lid, respectievelijk 7, tweede lid, Awgb*.
63. Zie noot 56.
64. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Kluwer: Deventer 1987, p. 137.
65. HR 9 april 1976, NJ 1976, 409 (Terheijden); HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides).
66. HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides); Commissie gelijke behandeling (Cgb) 6 november 2001, Oordeel 2001- 99.
67. Zie bijv. Cgb 6 november 2001, Oordeel 2001- 99.
68. Rb. Utrecht (Vz.) 1 augustus 2006, *School en Wet 2006*, nr. 4, JO 47, p. 29- 41; Hof Amsterdam 25 juli 2007, *NCJM- Bulletin 2008*, nr. 4, p. 498- 506 (Hoorbeeck). Zie ook D. Mentink, *Vrijheid van richting: geen vrouw met een broek en geen medezeggenschapsraad*, *School en Wet 2006*, nr. 4, p. 5-

- 10.
69. Vgl. Pieter Huisman en Dick Mentink, Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs, in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Kluwer: Deventer 2009, p. 96- 99.
70. Zie Rb. Haarlem, sector kanton, 4 april 2011, LJN: BQ0063 en Hof Amsterdam 6 september 2011, LJN: BR6764, inzake het Don Bosco College. Kritisch hierover: P.J.J. Zoontjens, *Hoofddoekverbod in het bijzonder onderwijs. Over de moeizame jurisprudentie van de CGB en de rechtspraak, School en Wet november 2011*, p. 5- 9.
71. Memorie van toelichting bij de Awgb, Kamerstukken II 1990/ 91, 22 014, nr. 3, p. 7. Zie ook ‘Naar een discriminatievrije school’, Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake gelijke behandeling in onderwijs, CGB: Utrecht, 4 april 2008, p. 37/ 38. In 2008 stelde de CGB vast dat zij in slechts twee gevallen om een oordeel omtrent het maken van onderscheid door een schoolbestuur van bijzonder onderwijs met betrekking tot een homoseksuele leraar was gevraagd, vgl. CGB 29 april 1999, oordeel 1999- 38 en CGB 15 juni 2007, oordeel 2007- 100. In 2011 heeft zich de eerste rechtszaak omtrent het ontslag van een homoseksuele leerkracht aan een gereformeerde basisschool voorgedaan. Zie evenwel de volgende noot.
72. Rb. Den Haag 2 november 2011, LJN: BU3104.
73. Kamerstukken II 1990/ 91, 22 014, nr. 3, p. 8.
74. Zie Kamerstukken II 2009/ 10, 32 476, nrs. 1- 3 en volgende. Zie vooral het principiële advies over de kwestie van de Raad van State, Kamerstukken II 2012/ 13, 32 476, nr. 5. Zie verder R. Nehmelman, *Hoe een enkel feit tot een schoolstrijd leidt?*, in: H. Broeksteeg en A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Kluwer: Deventer 2011, p. 239- 256.
75. Vgl. A. Postma, *Handboek van het Nederlandse onderwijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 70; B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, *Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht*, VAR- preadvies 2000, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2000, p. 117; P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool: conflicterende convergentie*, a.w., p. 53; C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en het voortgezet onderwijs*, (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 81- 107.
76. ARRvS 25 mei 1987, *Jurisprudentie Onderwijswetten*, p. 4821- 4824; Rb. Rotterdam 5 januari 1990, KG 1990, 40; Pres. Rb. Utrecht 23 november 2000, LJN: AA8433.
77. ARRvS 29 juli 1985, JO 4816, AB 1986, 191; ARRvS 3 november 1992, JO 1993, 131 en Pres. Rb. Utrecht 23 november 2000, ELRO- nummer:

AA8433.

78. De redactie van artikel 65 Wpo inzake het voor het openbaar onderwijs te voeren 'schoolwijkenbeleid' is op dit punt afgestemd.
79. Zie artikel 3 Inrichtingsbesluit WVO Stb. 1993, 207, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2013, 338.
80. ABRvS 16 mei 2007, LJN BA5240.
81. Artikelen 55 Wpo, 49 Wvo, 9.1.1 Web en 9.51 Whw.
82. Zie Wet Goed bestuur, Stb. 2010, 80 en artikel 17a Wpo en gelijkkluidende artikelen in de andere wetgeving.
83. Vgl. de Wet fusietoets in het onderwijs, Stb. 2011, 95 en artikel 64- 64d Wpo en gelijkkluidende artikelen in Wec, Wvo en Web.
84. Mentink, Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de onderwijsvrijheid, a.w., p. 59- 60.
85. J.E. van Renesse, Het lager onderwijs in Nederland sinds 1857, Haarlem 1886, p. 33.
86. Zie thans artikel 55 Wpo, 49 Wvo, 9.1.1 Web en 9.51 Whw.
87. Zie hierover: P.W.A. Huisman, Onderwijsrecht in meervoud, over de afweging van individuele en collectieve rechten op onderwijs in een pluriforme samenleving, oratie EUR, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2011.
88. Onderwijsraad, Verzelfstandiging in het onderwijs I, Den Haag 2010, p. 40.
89. Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p. 55.
90. Brief van 12 juli 2013 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2012/ 13, 33 400 VIII, nr. 164, p. 6.
91. Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p. 39.
92. A.w., p. 86.
93. HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides), m.nt. FHvdB, Ars Aequi 1988, p. 391- 396, m.nt. P.W.C. Akkermans.
94. Voor het niet door de overheid bekostigd erkend onderwijs, zie H.A.M. Backx, Het particulier onderwijs, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994.
95. [J.B. Kan, Handelingen over de herziening der Grondwet. Deel II, Den Haag 1917, p. 568 (minister Cort van der Linden).
96. HR 10 december 1957, NJ 1958, 176. Verder hierover Akkermans 1980, p. 25 en 60.
97. Zie bijv. HR 5 mei 1959, NJ 1959, 361 (Sittardse danslessen) en de verschillende ministeriële toestemmings- of goedkeuringsfiguren in de onderwijswetten. Zie over het (quasi-)bestuurlijk toezicht in het onderwijs, P.J.J. Zoontjens, Toezicht op het bijzonder onderwijs, RegelMaat 2010, nr. 3, p. 94- 108.

98. Stb. 2002, 387.
99. Zie artikel 3, tweede lid, WOT.
100. Voor het niet- bekostigd onderwijs dat onderwijs aan leerplichtigen verzorgt toetst de Inspectie aan de normen van artikel 1a1, eerste lid, Lpw dat in wezen een uitsnede van de relevante wettelijke deugdelijkheidseisen is.
101. Artikel 2, tweede lid, WOT.
102. Artikel 2, tweede lid, WOT.
103. Artikel 2, eerste lid, WOT.
104. Art 8, derde lid, WOT.
105. Zie artikel 10a Wpo en 23a1 Wvo. In wezen komen deze normen erop neer dat een basisschool die achterblijft wat betreft de leerresultaten inzake rekenen en taal ten opzichte van een vergelijkbare groep van scholen, zeer zwak kan worden genoemd. Onder nr. 12 wordt verder op dit onderscheid ingegaan.
106. 2002, 302.
107. Zie daarover uitgebreid: J. De Groof en F. Hendriks, *Accreditatie in het hoger onderwijs in Vlaanderen en Nederland*, (Belgisch) Tijdschrift voor Onderwijsrecht en – beleid (TORB) 2006, p. 247- 356.
108. Vgl. artikel 1.18 Whw.
109. Artikel 5a.13 Whw. Met CROHO wordt bedoeld het Centraal register hoger onderwijs opleidingen.
110. Artikel 5a.8 Whw.
111. Zie over de geschiedenis: C.W. Noorlander en P.J.J. Zoontjens, *Handhaving van de zedelijkheid van de leraar in de recente rechtshistorie*, in: Wim Deetman e.a., *Rapport seksueel misbruik van minderjarigen in de rooms-katholieke kerk, deel 2: De achtergrondstudies en essays*, Uitgever Balans: Amsterdam 2011, p. 175- 191.
112. Zie onder meer artikel 3 en 3a Wpo en artikel 33, 34, 35 en 43a Wvo.
113. Stb. 1999, 313.
114. Zie artikel 4a, eerste lid, Wpo en 3, eerste lid, Wvo.
115. De voor scholen verplichte klachtenregeling is ingevoerd bij Stb. 1998, 398. Zie artikel 14 Wpo en 24b Wvo.
116. Bijv. artikel 3 en 186 Wpo, artikel 33 Wvo.
117. Artikel 33, tweede lid, Wvo.
118. Wet op de beroepen in het onderwijs (BIO), Stb. 2004, 344. Zie de daarbij ingevoegde artikelen 32a Wpo, 36 Wvo en 4.2.3 Web.
119. Stb. 2005, 460.
120. Zie hierover uitgebreid: Marianne van Es, *Zes jaar bekwaamheidseisen voor de leraar in het voortgezet onderwijs: op weg naar een onbegrijpelijk systeem*, in: W.T.G. Dresscher e.a. (red.), *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!*,

- opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht, aangeboden aan Frans Brekelmans (Brekelmansbundel), Aob: Utrecht 2012, p. 153- 171.
121. Willem Lindeboom, Bevoegd en bekwaam. Hoe termen de inhoud kunnen veranderen, Brekelmansbundel, a.w., p. 173.
 122. Daarmee is het vergelijkbaar met het register krachtens de artikelen 3 en verder van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.
 123. Nationaal Onderwijsakkoord van 19 september 2013.
 124. Zie bijvoorbeeld de Wpo, artikel 46 en de Web, artikel 1.3.7 over het karakter van het openbaar onderwijs.
 125. Slechts een kleine minderheid van het bijzonder onderwijs past zodanige selectie toe. Vgl. Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten, a.w., p. 61.
 126. Zie de verschillende bijdragen in P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), Selectie bij toegang tot het onderwijs, Kluwer: Deventer 2009.
 127. KB 2 maart 1984, Stb. 95, AB 1984, 288, m.nt. BJvdN (Schoolhoofd Middelharnis).
 128. Cgb 9 februari 1999, Oordeel 99- 18. In gelijke zin Cgb, Oordeel 99- 103 (Hoofddoek in openbaar onderwijs).
 129. KB 24 december 1948, AB 1948, p. 266- 271 (Bijbelse verhalen).
 130. Artikel 50 Wpo; artikel 59 Wec.
 131. Artikel 46 en 47 Wvo.
 132. Artikel 51 Wpo, artikel 54 Wec en artikel 46 en 47 Wvo.
 133. Over de subsidiëring van dergelijk onderwijs is een uitgebreide jurisprudentie ontstaan. Zie bijvoorbeeld ARRvS 18 maart 1988, AB 342, m.nt. I.C. van der Vlies (Humanistisch vormingsonderwijs Oldebroek) en ARRvS 20 augustus 1990, AB 1991, 102, m.nt. BJvdN (Humanistisch vormingsonderwijs Hasselt).
 134. Cgb 3 augustus 2000, Oordeel 00- 51.
 135. Kamerstukken II 1993/ 94, 23 134, A, p. 4- 5. Het initiatiefwetsvoorstel werd ingetrokken na toetreding van D66 tot het kabinet Kok I, waarna de regering met een eigen wetsvoorstel kwam.
 136. Wet van 10 december 1996, Stb. 1996, 580. Zie artikel 47 en 48 Wpo en 42a en 42b Wvo.
 137. Wet van 23 april 1998, Stb. 1998, 294. Zie artikel 17 Wpo en 53c Wvo.
 138. Zie bijvoorbeeld artikel 64c Wpo.
 139. Kan 1916, p. 480c. Thans onder meer geregeld in artikel 4 Wpo, waarin de gemeente-raad verplicht wordt een vervoerskostenverordening vast te stellen.
 140. Zie artikel 75, tweede lid, en 153, vijfde lid, Wpo.
 141. Artikel 67, eerste en tweede lid, Wvo.
 142. Kamerstukken II 2007/ 08, 31 310, nr. 3, p. 29.
 143. Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p.

- 46.
144. Kamerstukken II 2012/ 13, 33 598, nrs. 1- 3.
145. Zie P.W.A. Huisman, *De samenwerkingschool: conflicterende convergentie. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, Elsevier: Den Haag 2002.
146. Onderwijsraad, *Samen verder. Advies inzake de samenwerkingschool*, Den Haag 1999. Zie eerder in deze richting reeds D. Mentink, *Het bijzondere van het onderwijsrecht*, oratie EUR, Utrecht 1998.
147. Stb. 2006, 170.
148. Kamerstukken II 2001/ 02, 28 081, nr. 5, p. 3- 4.
149. Stb. 2011, 297. Zie het commentaar op de wet van C.W. Noorlander, *Tertium non datur. De samenwerkingschool: een onderwijsconstitutioneel gedrocht?*, Gemeentestem 2011, nr. 7357, p. 419- 430.
150. Zie artikel 17d, eerste lid, Wpo en 53d, eerste lid, Wvo..
151. Zie onder meer de kritiek op de regeling van de samenwerkingschool van de PO Raad op zijn site www.poraad.nl.
152. Onderwijsraad, *Grenzen aan kleine scholen. Sterk en pluriform onderwijs in tijden van krimp*, Den Haag 2013, p. 40.
153. *Bruggen slaan*, regeerakkoord VVD- PvdA, 29 oktober 2012, p. 16/ 17.
154. In Awb- jargon: subsidievoorwaarden of –verplichtingen.
155. Kortmann 1987, p. 133- 135.
156. D. Mentink, *Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem*, Kluwer: Deventer 1989, p. 84- 103.
157. In de resterende tekst vallen onder dit begrip tevens de bekostigingsvoorwaarden.
158. Artikel 9, zevende lid, Wpo. Kerndoelen geven een beschrijving van kwaliteiten van leerlingen op het gebied van kennis, inzicht en vaardigheden. Zij zijn bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld, zoals het Besluit kerndoelen basisonderwijs 1998, Stb. 1998, 418.
159. Over deze materie is enige jurisprudentie gevormd naar aanleiding van het bezwaar van de Vrije Scholen tegen bepaalde kerndoelen: Rb. Den Haag 18 januari 1995, NTOR 1995, p. 44 e.v., m.nt. B.P. Vermeulen; Onderwijsraad 28 maart 1997, NTOR 1997, p. 147 e.v., m.nt. G.J. Leenknecht.
160. Vgl. Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p. 56/ 57.
161. Vgl. Artikel 9, zesde lid, Wpo.
162. Besluit kerndoelen basisonderwijs van 4 mei 1993, Stb. 1993, 264.
163. Besluit kerndoelen basisonderwijs van 2 juni 1998, Stb. 1998, 354 en 413.
164. Besluit vernieuwde kerndoelen WPO, Stb. 2005, 551. Dit zijn de thans

geldende kerndoelen voor het primair onderwijs. De vernieuwing bestond uit een drastische vermindering en globalere formulering van de kerndoelen.

Telde het besluit van 1998 nog 115 kerndoelen, in 2005 was dat teruggebracht naar 58, de helft dus.

165. Kamerstukken II 2000/ 01, 27 783, nr. 3, p. 11.
166. Inspectie van het Onderwijs, Utrecht 2012.
167. Zie artikel 5a.2a Whw.
168. Zie artikel 5a.8, tweede lid, Whw. Zie ook artikel 5a.10a, tweede lid, Whw.
169. Kamerstukken II 2000/ 01, 27 920, A, p. 2.
170. Ibidem.
171. Stb. 2010, 80.
172. Zie de nieuwe artikelen 10a Wpo en 23a1 Wvo.
173. Advies Raad van State bij wetsvoorstel Goed onderwijs en goed bestuur, Kamerstukken II 2008/ 09, 31 828, nr. 4, p. 5.
174. Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p. 57.
175. Idem, p. 57.
176. Er zijn ook incidenten die zonder meer strijdigheid lijken op te leveren met de legaliteitseis van het vijfde lid. Vergelijk de gang van zaken met betrekking tot de prestatiebekostiging van universiteiten en hogescholen. Daarover: Paul Zoontjens, Prestatiebekostiging in het hoger onderwijs, *Ars Aequi*, januari 2014, p. 64- 67.
177. Advies Raad van State en Nader rapport, Kamerstukken II 2008/ 09, 31 828, nr. 4.
178. Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, a.w., p. 59.
179. Idem, p. 60.
180. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 321, nr. 3, p. 1.
181. Zie nader hierover B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Het ‘algemene’ bestuursrecht en het ‘bijzondere’ onderwijsrecht, preadvies VAR, Den Haag 2000, p. 134- 141.
182. Zie ook hiervoor de in noot 177 vermelde bijdrage over prestatiebekostiging.
183. Zie voor het primair onderwijs artikel 91, eerste lid, en 140, tweede lid, Wpo.
184. Artikel 142 e.v. Wpo, artikel 96i e.v. Wvo.
185. Zie bijv. artikel 140, eerste en tweede lid, Wpo.
186. EHRM 13 november 2007, nr. 57325/ 00 (D.H. e.a. t. Tsjechië).
187. EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak).
188. EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).
189. EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk

- Madsen en Pedersen).
190. EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans).
 191. [EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/ 98 (Leyla Sahin t. Turkije), EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/ 05 (Anatoliy en Vitaliy Ponomaryov t. Bulgarije).
 192. EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/ 98 (Leyla Sahin t. Turkije).
 193. EHRM 11 september 2006, nr. 35504/ 03 (Konrad t. Duitsland).
 194. EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak). Met “nationale taal” wordt bedoeld de officiële taal binnen de staat. Zie ook EHRM 11 september 1999 (Cyprus t. Turkije).
 195. EHRM 13 november 2007, nr. 57325/ 00 (D.H. e.a. t. Tsjechië). Zie ook EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/ 05 (Anatoliy en Vitaliy Ponomaryov t. Bulgarije).
 196. HR 30 mei 1989, NJ 1989, 883.
 197. Zie artikel 10, tweede lid, Vw2000. Zie ook artikel 40, eerste lid, tweede volzin, Wpo en artikel 27, lid 1a, onder b, Wvo. Over deze kwestie heeft het Hof zich totnogtoe niet expliciet willen uitlaten, al worden er in EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/ 05 (Anatoliy en Vitaliy Ponomaryov t. Bulgarije) wel belangrijke overwegingen aan gewijd.
 198. EHRM 19 december 1996, RJD 1996- VI (Valsamis t. Griekenland).
 199. EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans).
 200. EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk, Madsen en Pedersen).
 201. EHRM 11 september 2006, nr. 35504/ 03 (Konrad t. Duitsland).
 202. EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans).
 203. Zie resp. EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen); EHRM 6 oktober 2006, nr. 45216/ 07 (Appel-Irrgang t. Duitsland); EHRM 9 oktober 2007, nr. 1448/ 04 (Hasan en Eylem Zengin t. Turkije); EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/ 02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen).
 204. EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen). EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/ 02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen).
 205. EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/ 02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen).
 206. EHRM 15 juni 2010, nr. 7710/ 02 (Grzelak t. Polen).
 207. EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/ 06 (Lautsi e.a. t. Italië).
 208. EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak).
 209. HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 m.n. FHvdB (Maimonides).

210. HR 14 april 1989, AB 1989, 207, NJ 1989, 469.
211. Kamerstukken II 1994/ 95, 24 233, nr. 3, p. 31; Kamerstukken II 1995/ 96, 24 233, nr. 6, p. 53- 54.
212. Rb. Den Haag 18 januari 1995, NTOR 1995, 44.
213. [Zie voor een overzicht van deze proble-matiek: B.P. Vermeulen, A. Kuijer, met bijdragen van K.M. Zwaan, Toe-gang tot on-derwijs binnen de Europese Unie, Utrecht, Lemma, 1997.
214. [Vgl. artikelen 77- 80 WVEU over Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen.
215. Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten, a.w., p. 37

CITEER SUGGESTIE

D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, Commentaar op artikel 23 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).