

De vrijheid van schoolstichting

Over de reikwijdte van de vrijheid van stichting in het basis- en voortgezet onderwijs

© 2017 S. Philipsen

Opmaak: Klaartje Hoeberechts

Drukwerk: Gildeprint

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

De vrijheid van schoolstichting

Over de reikwijdte van de vrijheid van stichting in
het basis- en voortgezet onderwijs

The Right to Establish Schools

On the Right to Establish Schools in Primary and Secondary
Education

Proefschrift
ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. H.A.P. Pols

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 14 december 2017 om 13:30 uur

door

Stefan Philipssen
geboren te Nijmegen

Promotiecommissie

Promotoren:

Prof.mr. P.W.A. Huisman

Prof.dr. R. de Lange

Overige leden:

Prof.dr.mr. W. van der Burg

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

Prof.mr.drs. B.P. Vermeulen

Voor mijn ouders

Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms.

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

Voorwoord

Velen hebben een bijdrage geleverd aan de totstandkoming van dit proefschrift. Aan hen allen ben ik dank verschuldigd. Enkelen noem ik bij naam.

Dit proefschrift is op de eerste plaats het resultaat van het vertrouwen dat prof. mr. P.W.A. Huisman in mij stelde. Voor zijn vertrouwen en de vrijheid die hij mij bood om mijn eigen weg te vinden, ben ik hem zeer dankbaar. Ik had mij waarlijk geen betere promotor kunnen wensen.

In een later stadium raakte ook prof. dr. R. de Lange als promotor bij dit onderzoek betrokken. Hij benadrukte dat de tijd gekomen was om het onderzoek af te ronden. Ik ben hem erkentelijk voor de ruimte die hij mij bood om dat ook daadwerkelijk te doen.

In het laatste jaar van het promotieonderzoek was prof. dr. mr. W. van der Burg bereid om met mij over het proefschriftonderwerp van gedachten te wisselen en om concepthoofdstukken van commentaar te voorzien. Door zijn waardevolle opmerkingen werd dit een beter proefschrift.

Van prof. mr. drs. B.P. Vermeulen leerde ik veel. Dat hij lid wilde zijn van de beoordelingscommissie is voor mij van bijzondere waarde.

Ik dank alle leden van de beoordelingscommissie voor de opmerkingen die ik op het manuscript heb mogen ontvangen.

Ook ben ik dank verschuldigd aan mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen. Op haar adviezen kon ik de afgelopen jaren telkens vertrouwen.

Ad Kikkert dank ik voor een nauwgezette correctie van het manuscript. Wim Timmer wees mij in de laatste fase nog op een aantal onvolkomenheden. De student-assistenten Manpreet Gill, Lisa Messemaker en Larissa Sneek boden onmisbare ondersteuning bij de totstandkoming van de registers. Rhonda Hammink hielp bij het vertalen van de samenvatting en Klaartje Hoeberechts verzorgde op vakkundige wijze de opmaak.

Tot slot dank ik mijn ouders voor hun onvoorwaardelijke steun. Aan hen draag ik dit boek op.

Het onderzoek is afgesloten op 1 oktober 2017.

Inhoudsopgave

Voorwoord	vii
Lijst van afkortingen	xiii

I

Inleiding

1.1 Een eerste schets van het onderwerp	1
1.2 Aanleiding	3
1.2.1 Gewijzigde stichtingsmotieven	4
1.2.2 Zorgen over de kwaliteit	4
1.2.3 Neutraliteit en zorgen omtrent segregatie	5
1.2.4 Krimp	5
1.3 Bekostigd en niet-bekostigd onderwijs	6
1.4 Onderzoeksvragen	7
1.5 Onderzoeksafbakening	7
1.6 Opbouw	9

II

De grondwetsgeschiedenis 1848

2.1 Staatsvorming en onderwijs	11
2.2 De bron van het geschil	12
2.3 Onderwijs als publieke aangelegenheid	13
2.4 Admissie- en vergunningplicht	13
2.4.1 De admissieplicht	14
2.4.2 Het vergunningvereiste	15
2.4.3 Toepassing admissie- en vergunningplicht	16
2.5 Weerstand in het Zuiden	17
2.6 Naar een herziening van de Grondwet	18
2.7 De grondwetsherziening 1848	18
2.8 Conclusie	22

III

De grondwetsgeschiedenis 1917

3.1	De grondwetsherziening 1848: een concurrentieverhouding	25
3.2	De Lager Onderwijswet 1857: neutraal openbaar onderwijs	27
3.3	De Schoolwet-Kappeyne	30
	3.3.1 Een kwaliteitsimpuls	30
	3.3.2 Proliferatie van de neutraliteit	32
3.4	De grondwetsherziening 1887	33
3.5	Subsidiewet-Mackay	34
	3.5.1 Subsidiewet-Mackay: gelijke zorg	34
	3.5.2 Subsidiewet-Mackay: leerplicht	35
	3.5.3 Subsidiewet-Mackay: bekostigingsvoorwaarden	36
3.6	De Subsidiewet-Goeman Borgesius 1901	36
3.7	De Subsidiewet-Kuyper 1905	37
3.8	De grondwetscommissie-Heemskerk 1910	37
3.9	De grondwetsherziening 1917	38
	3.9.1 Deugdelijkheidseisen	40
	3.9.2 Overheidstoestemming	41
3.10	Conclusie	42

IV

Grondwettelijk kader

4.1	Grondslagen van de onderwijsvrijheid	45
	4.1.1 De vrijheid van onderwijs 1848	45
	4.1.2 De vrijheid van onderwijs 1917	47
4.2	De vrijheid van onderwijs als grondrecht sui generis	50
	4.2.1 De vrijheid van onderwijs als klassiek grondrecht	50
	4.2.2 De vrijheid van onderwijs als grondrecht sui generis	52
	4.2.3 De vrijheid van onderwijs en de noodzaak van accommodatie	54
4.3	De consequentie van het sui generis karakter	57
	4.3.1 Het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden	57
	4.3.2 Decentralisatie: verticale delegatie	58
4.4	De vrijheid van richting als kern	61
	4.4.1 Drie modaliteiten	63
4.5	Financiële gelijkstelling	64
4.6	Dragers van de onderwijsvrijheid	64
	4.6.1 De vrijheid van onderwijs als producentenvrijheid	65
	4.6.2 Ruime definitie van onderwijs	66
	4.6.3 Ouders als belanghebbenden	68

4.6.3.1 Belangencongruentie	69
4.6.3.2 Een kritiek: belangencongruentie onder druk	70
4.6.4 De schoolgemeenschap	71
4.7 De vrijheid van stichting: een eerste schets	72
4.7.1 De vrijheid van stichting als deelvrijheid	73
4.7.2 Voorafgaande voorwaarden: het algemene vergunningverbod	73
4.7.3 Voorafgaande voorwaarden: iedere voorwaarde?	75
4.8 De vrijheid van stichting: een nadere afbakening	76
4.9 Conclusie	77

V

De stichtingsvrijheid in het internationale recht

5.1 Artikel 2 EP EVRM: algemeen	80
5.2 Artikel 2 EP EVRM: de vrijheid van stichting	80
5.3 Vrijheid van stichting: een rechtvaardiging	83
5.3.1 Het beginsel van pluralisme	83
5.3.2 Het overige internationale recht	84
5.3.3 De structuur	85
5.4 Positieve verplichting?	86
5.5 Ruimte voor regulering	88
5.6 Conclusie	88

VI

De bekostigingsaanspraak

6.1 De aanvang van de bekostiging: school en de stichtingskosten	91
6.2 De aanvang van de bekostiging: uitgangspunten	92
6.3 Het plan van scholen	93
6.3.1 De beoordelingscriteria	93
6.3.2 Belangstellingsmeting	95
6.3.3 Prognose	97
6.4 De richting	97
6.4.1 Definitie	97
6.4.2 Kritiek	99
6.4.2.1 Praktisch-beleidsmatige bezwaren	99
6.4.2.2 Principieel-juridische bezwaren	101
6.4.3 Conclusie	103
6.5 Volledig richtingvrij?	103
6.5.1 Eerste school van een richting	104

6.5.2	Positieve verplichtingen?	105
6.5.3	Positieve uitzondering?	107
6.5.4	Conclusie	107
6.6	Jurisprudentiële ontwikkelingen	108
6.6.1	Optellen van richtingen	108
6.6.1.1	Bezwaren tegen het (ongelimiteerd) optellen van richtingen	110
6.6.1.2	Inhoudelijke grenzen aan het (ongelimiteerd) optellen van richtingen	111
6.6.1.3	Formele grenzen aan het (ongelimiteerd) optellen van richtingen	115
6.6.2	Beperkte mededinging	117
6.7	Bekostiging, ex ante toezicht en de Awb	121
6.7.1	The British School	121
6.7.2	Grondslag in de Awb	122
6.8	Conclusie	125

VII

Modaliteiten van regulering

7.1	De uitbreiding van het toezicht	127
7.2	Rechtsstatelijkheidseisen	130
7.3	Schoolstichting en segregatie	132
7.4	De Leerplichtwet 1969	134
7.5	Conclusie	136

VIII

Conclusie

Summary	147
Literatuurlijst	151
Jurisprudentie	169
Artikel 23 Grondwet	173
Curriculum vitae	175

Lijst van afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AGRvS	Afdeling voor de geschillen van het bestuur van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BBA	Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen
B en W	burgemeester en wethouders
ECieRM	Europese commissie voor de rechten van de mens
ECLI	European Case Law Identifier
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EP	Eerste Protocol
EVRM	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GK	Grote kamer (van het EHRM)
Gst.	Gemeentestem
GS	Gedeputeerde Staten
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IBO	Interdepartementaal Beleidsonderzoek
ICA	Islamitisch college Amsterdam
IVESC	Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
IVRK	Verdrag inzake de rechten van het kind
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JO	Jurisprudentie Onderwijsrecht
KB	Koninklijk Besluit
Lpw	Leerplichtwet
MRvNS	Meer ruimte voor nieuwe scholen
MvT	Memorie van toelichting
m.nt.	met noot
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NTOR	Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid
OCW	(Ministerie van) Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
red.	redacteur(en), redactie
Rb.	Rechtbank
RM Themis	Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SIO	Stichting Islamitisch Onderwijs
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel Recht

VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WBO	Wet op het basisonderwijs
WOT	Wet op het onderwijstoezicht
WPO	Wet op het primair onderwijs
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WVO	Wet op het voortgezet onderwijs

I

Inleiding

1.1 Een eerste schets van het onderwerp

In de zomer van 2011 besloot de minister van OCW het Cornelius Haga Lyceum in Amsterdam voor bekostiging in aanmerking te brengen. Het Cornelius Haga Lyceum is een scholengemeenschap voor mavo, havo en vwo op islamitische grondslag. Deze school voor voortgezet onderwijs wordt in stand gehouden door de Stichting islamitisch onderwijs Amsterdam en omstreken (SIO).

Op het moment van de positieve bekostigingsbeslissing in 2011 leefden er bij de minister van OCW grote zorgen omtrent de toekomstige onderwijskwaliteit van de nieuw te bekostigen school. Die zorgen waren vooral geënt op de omstandigheid dat enkele bestuursleden van SIO eerder betrokken waren geweest bij het Islamitisch College Amsterdam (ICA).¹ Die scholengemeenschap had een zeer slechte naam op het gebied van onderwijskwaliteit. In 2006 werd het ICA door het dagblad Trouw zelfs bestempeld als slechtste middelbare school van Nederland en enige tijd later moest het ICA wegens tegenvallende leerlingaantallen de deuren voorgoed sluiten.² De minister zag evenwel geen mogelijkheden om op deze grond bekostiging aan SIO te onthouden of aanvullende voorwaarden aan de bekostiging te verbinden.³

Nadat de minister de SIO voor bekostiging in aanmerking had gebracht, werd het college van B en W van Amsterdam geconfronteerd met een aanvraag voor huisvesting. Het college besloot daarop wel aanvullende eisen aan SIO te stellen. Volgens het college was het noodzakelijk een dam op te werpen tegen draaideurconstructies. Bestuurders van scholen waarvan de bekostiging wegens falende onderwijskwaliteit, bestuurlijke wanorde of te lage leerlingaantallen beëindigd was zouden niet zomaar weer een nieuwe school moeten kunnen stichten. Dat gold zeker als redelijkerwijs te verwachten was dat die nieuwe school eenzelfde lot beschoren zou zijn. Er moest volgens het college worden gewaakt voor de belangen van de leerlingen.⁴

SIO weigerde echter aan een aantal door het college van B en W opgelegde voorwaarden te voldoen. Daarop besloot het college de aanvraag voor huisvesting af te wijzen.⁵ Tegen dat besluit stelde SIO beroep in en uiteindelijk oordeelde de

1 Onderwijsraad 2013a, p. 3.

2 Trouw, 'Subsidiestop voor Islamitisch College', 29 januari 2010.

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 VIII, nr. 10.

4 Rb. Amsterdam 12 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9155.

5 Zie Rb. Amsterdam 25 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2739; Onderwijsraad 2013a.

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat het college niet bevoegd was de huisvesting te weigeren.⁶

Gedurende de bestuursrechtelijke rechtsgang plaatste de secretaris van het bestuur van de SIO het volgende bericht op zijn facebookpagina: ‘Leve ISIS en in shaa Allah op naar Baghdad om dat schorem aldaar aan te pakken.’⁷ Deze uitspraak en de reactie van de overige bestuursleden op deze uitspraak vormden voor de staatssecretaris van OCW aanleiding om alsnog te besluiten het Cornelius Haga Lyceum niet te bekostigen. Hoewel het bestuurslid dat de gewraakte uitlating had gedaan inmiddels geen onderdeel van het bestuur meer uitmaakte, hadden de overige bestuursleden volgens de staatssecretaris onvoldoende stellig en vooral niet snel genoeg afstand genomen van de uitlatingen. Daarmee bestond er naar zijn oordeel voor de toekomst onvoldoende zekerheid dat SIO aan de wettelijk verankerde pluriformiteits- en burgerschapsverplichting zou voldoen.

De WVO bepaalt onder andere dat het onderwijs moet zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat leerlingen opgroeien in een pluriforme samenleving. Daarnaast moet het onderwijs actief burgerschap en sociale integratie bevorderen.⁸ Volgens de staatssecretaris vloeiden gelijksoortige verplichtingen uit artikel 29 IVRK voort. Die bepaling schrijft voor dat ieder kind recht heeft op onderwijs dat eerbied bijbrengt voor de rechten van de mens, de fundamentele vrijheden en de nationale waarden van het land waar het kind woont. De nasleep van de pro-ISIS-uitlating had bij de staatssecretaris het vertrouwen weggenomen dat het bestuur van SIO aan deze voorschriften zou kunnen voldoen. Ook nu oordeelde de Afdeling echter dat de staatssecretaris de bekostiging niet alsnog kon intrekken of weigeren.⁹ Uiteindelijk stond daarmee in 2017, na jaren procederen, vast dat SIO aanspraak kon maken op bekostiging.

Het belang van bekostiging voor schoolstichtingsinitiatieven zoals het initiatief van SIO kan moeilijk worden overschat. Het stichten van een volwaardige school voor voortgezet of basisonderwijs is een (zeer) kostbare aangelegenheid.¹⁰ Artikel 23 Grondwet garandeert in lid 2 dan ook niet alleen de vrijheid van schoolstichting als onderdeel van de vrijheid van onderwijs, maar bepaalt in artikel 23 lid 7 Grondwet tevens dat er onder omstandigheden voor het bijzonder onderwijs een aanspraak op bekostiging bestaat. De voorwaarden waaronder de overheid tot bekostiging overgaat, bepalen in de praktijk in vergaande mate hoeveel ruimte er voor particulieren bestaat om een eigen school te stichten. Deze bekostigingsvoorwaarden zijn opgenomen in de WVO en de WPO.

Daags na de laatste uitspraak van de Afdeling in de SIO-casus adviseerden de meeste islamitische basisscholen in de regio Amsterdam aan de ouders van hun leerlingen, om hun kinderen niet op het Cornelius Haga Lyceum in te schrijven. In het NRC Handelsblad werd het bestuur van SIO door een bestuurslid van een groot

6 ABRvS 21 oktober 2015, AB 2016/49.

7 Besluit weigering bekostiging SIO, 22 juni 2017, p. 7.

8 Art. 17 WVO.

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

10 Mentink en Vermeulen 2011, p. 53.

aantal islamitische basisscholen in Amsterdam zelfs betiteld als ‘cowboys zonder oog voor het algemeen belang’.¹¹ Dit soort kwalificaties en de eerdere zorgen van de minister van OCW en het Amsterdamse college van B en W over de kwaliteit van het door het Cornelius Haga Lyceum te verzorgen onderwijs roepen de vraag op of de overheid meer mogelijkheden moet krijgen om bekostiging aan stichtingsinitiatieven te ontzeggen of te ontnemen als er zorgen bestaan over de kwaliteit van de nieuw te bekostigen school.

1.2 Aanleiding

De perikelen rondom het stichtingsinitiatief van SIO plaatsten de vrijheid van stichting de afgelopen zes jaar in het middelpunt van de onderwijsrechtelijke belangstelling. In diezelfde periode was er ook hernieuwde aandacht voor een langlopende kwestie: de vraag of moet worden afgestapt van het stelsel van richtinggebonden schoolplanning. Al meer dan een kwart eeuw wordt er inmiddels over deze vraag gesproken.¹² Verschillende wetsvoorstellen zagen het licht, maar geen van alle haalde het Staatsblad.

Eind 2016 heeft de staatssecretaris het wetsvoorstel ‘Meer ruimte voor nieuwe scholen’ voor advies naar de Raad van State gestuurd. Dat wetsvoorstel beoogt ten eerste de mogelijkheden te verruimen om bekostiging aan scholen te onthouden in situaties waarin grote twijfels bestaan over de door die school in de toekomst te leveren onderwijskwaliteit.¹³ Daarnaast moet het ook de mogelijkheden om als school voor bekostiging in aanmerking te komen verruimen door de invoering van een richtingvrij bekostigingsstelsel. Door de wijze waarop de bekostigingsreggeving op dit moment is vormgegeven zouden er te weinig reële mogelijkheden bestaan om van de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van schoolstichting gebruik te maken.¹⁴

Deze belangstelling voor de vrijheid van stichting heeft ook geleid tot veel vragen naar de inhoud van die vrijheid. Tot op heden is nooit uitvoerig onderzoek naar de vrijheid van schoolstichting als zodanig gedaan. Dit onderzoek beoogt op de eerste plaats in dat kennistekort te voorzien. Daarmee wordt niet alleen in theoretische zin aan een behoefte voldaan. Ook in de praktijk liet de onduidelijkheid over de inhoud van de vrijheid van stichting zich voelen. Zeer nadrukkelijk heeft zij invloed gehad op de parlementaire debatten over de hiervoor aangehaalde voorstellen tot herziening van het bekostigingsstelsel. Wel of geen richtingvrije planning? En hoe ver kan het overheidstoezicht op het bekostigd onderwijs worden uitgebreid? In de parlementaire debatten over deze vragen wordt vaak al snel de vrijheid van onderwijs en als onderdeel van die vrijheid ook de vrijheid van stichting in stelling gebracht. Door duidelijkheid te scheppen omtrent de grenzen en eisen die de vrijheid van stichting aan de bevoegdheden van de overheid stelt, beoogt dit onderzoek in de tweede plaats om deze debatten vooruit te helpen.

11 NRC Handelsblad, ‘Deze idioten verpesten ons imago’, 30 juli 2017.

12 Laemers 2008.

13 MRvNS 2016, p. 26.

14 MRvNS 2016, p. 22; Onderwijsraad 2012a, p. 11.

De noodzaak voor duidelijkheid omtrent de inhoud van de vrijheid van stichting wordt onderstreept door een aantal ontwikkelingen die mogelijk in de toekomst zullen (blijven) vragen om (her)bezinning op de regulering van de vrijheid van stichting en de inrichting van het bekostigingsstelsel.

1.2.1 *Gewijzigde stichtingsmotieven*

Ten eerste moet dan worden gewezen op de veranderingen die zich hebben voorgedaan in de motieven om tot schoolstichting over te gaan. Als oorzaak voor die verandering kan worden gewezen op een aantal uiteenlopende maatschappelijke ontwikkelingen. Zo heeft technologie in de afgelopen jaren aan belang gewonnen. Die ontwikkeling heeft ook het onderwijs niet onberoerd gelaten.¹⁵ De Steve Jobsschool deed haar intrede.¹⁶

Daarnaast zijn er een aantal ontwikkelingen die vele decennia geleden zijn ingezet, maar die vooral in de afgelopen tien jaar zeer nadrukkelijk in de stichtingsmotieven tot uitdrukking komen. Het gaat dan bijvoorbeeld om maatschappelijke tendensen als secularisering en individualisering.¹⁷ Ook migratie en de emancipatie van minderheidsgroeperingen hebben invloed gehad op de motieven voor schoolstichting.

In meer algemene zin kan worden gesteld dat schoolstichting in toenemende mate wordt ingegeven door pedagogische opvattingen en didactische visies.¹⁸ Daar komt bij dat het aantal pedagogische en didactische visies en de variatie aan pedagogische en didactische visies de afgelopen jaren als gevolg van de hiervoor geschetste ontwikkelingen drastisch is toegenomen. Daarnaast worden stichtingsinitiatieven ontplooid op basis van religies die op dit moment nog niet (op grote schaal) in het onderwijsaanbod vertegenwoordigd zijn.

1.2.2 *Zorgen over de kwaliteit*

De overheid draagt al vele eeuwen zorg voor de kwaliteit van het onderwijs.¹⁹ Tot op heden raakt het kwaliteitstoezicht niet direct aan de fase van schoolstichting. De afgelopen jaren lijkt er echter een ontwikkeling gaande te zijn waarbij de kwaliteitszorg van de overheid zich geleidelijk ook tot die fase gaat uitstrekken. Zo beoogde het initiatiefwetsvoorstel Çelik de reeds hiervoor genoemde draaideurconstructies aan te pakken. De aanspraak op bekostiging voor rechtspersonen met bestuurders die eerder bestuurder waren geweest van een rechtspersoon die een zeer zwakke school in stand hield, moest door het wetsvoorstel worden beperkt.²⁰ Ook het hiervoor reeds gememoreerde wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' bevat een voorstel om het kwaliteitstoezicht door de overheid uit te breiden tot de fase

15 Vgl. Vermeulen en Zoontjens 2005, p. 433; Onderwijsraad 2012a, p. 22-23.

16 <http://o4nt.nl/>.

17 Van den Brink 2002, p. 22-30.

18 Laemers 2008, p. 113; Allen e.a. 2016.

19 Vgl. Inspectie van het Onderwijs 2006, p. 13.

20 *Kamerstukken II* 2011/12, 33218, nr. 1-2; *Kamerstukken II* 2011/12, 33218, nr. 4, p. 3; *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 VIII, nr. 156; vgl. Onderwijsraad 2012a, p. 12.

voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing. Daarnaast laat de SIO-casus zien dat zelfs op basis van het huidige wettelijk kader wordt geprobeerd in te grijpen in het proces van schoolstichting op het moment dat er zorgen rijzen over de kwaliteit van een nieuw op te richten school.

1.2.3 Neutraliteit en zorgen omtrent segregatie

Naarmate de Nederlandse samenleving op religieus gebied pluriformer werd, kwamen er ook vragen op naar de houdbaarheid van artikel 23 Grondwet als zodanig. Die vragen hangen voor een belangrijk deel samen met maatschappelijke discussies over de plaats van religie in het publieke domein en de wijze waarop de overheid zich tot de godsdienstige pluriformiteit in dat publieke domein moet verhouden. Een belangrijk kritiekpunt daarbij was dat de vrijheid van onderwijs segregatie zou faciliteren.²¹ Ouders met gedeelde religieuze, maar soms ook sociaal-maatschappelijke en culturele kenmerken zouden zich door de vrijheid van onderwijs met hun kinderen in hun eigen scholen terug kunnen trekken.²² Daar komt bij dat de vrijheid van onderwijs, waartoe ook de vrijheid van stichting wordt gerekend, aan het treffen van effectieve maatregelen tegen segregatie in de weg zou staan. Meest recent uit de bestrijding van segregatie zich vooral in een nadrukkelijke aandacht voor burgerschapsonderwijs.²³

Aanvankelijk waren er vooral zorgen over de segregerende werking van de islamitische scholen. De laatste tijd nemen ook de zorgen over de kansongelijkheid in het onderwijs en de daarmee samenhangende segregatie naar opleidingsniveau van de ouders toe.²⁴ Het gevaar zou bestaan dat kinderen van hoog- en laagopgeleide ouders als gevolg van de vrijheid van onderwijs steeds vaker op gescheiden scholen onderwijs krijgen en daarmee steeds meer en op steeds jongere leeftijd in gescheiden werelden komen te leven.²⁵ Ten aanzien van de vrijheid van stichting komt daar de vooronderstelling bij dat hoogopgeleide ouders beter gebruik weten te maken van wettelijke mogelijkheden om scholen op te richten. Ook dit zou segregatie in de hand werken.

1.2.4 Krimp

Als laatste moet worden gewezen op het fenomeen krimp.²⁶ Al enige tijd dalen de leerlingaantallen in het basis- en voortgezet onderwijs. Die daling is een

21 Het Bundesverfassungsgericht heeft het segregerende effect van gescheiden onderwijs ooit kernachtig aangeduid als het gevaar voor het ontstaan van ‘Parallelgesellschaften’; Bundesverfassungsgericht 29 april 2003, 1 BvR 436/03.

22 Vermeulen 2003, p. 29-50.

23 Onderwijsraad 2012a, p. 13-16. Illustratief is het volgende citaat uit *Kamerstukken II 2003/04*, 29536, nr. 1, p. 12: “Er zijn geen scholen die de achterliggende paar jaar zo intensief gevolgd zijn door de inspectie als de islamitische scholen.” Zie ook Vermeulen 2007, p. 37-49.

24 Inspectie van het Onderwijs, *De staat van het onderwijs 2014/2015*.

25 Onderwijsraad 2016, p. 15; Imandt, Bisschop en Klein 2015, p. 20-21; vgl. De Lange, Tolsma en Wolbers 2014; vgl. Laemers 1999, p. 52.

26 Philipsen 2013a, p. 39.

rechtstreekse consequentie van de teruggang in het aantal geboortes. Vooral in zogenaamde krimpgebieden zijn de gevolgen van deze demografische ontwikkeling voelbaar. In deze gebieden wordt de afname van de leerlingaantallen door kleinere geboortecohorten versterkt door een nog altijd voortdurende migratie van vooral jonge gezinnen naar de stad.²⁷ Daardoor ontstaan in krimpgebieden steeds meer kleine scholen.²⁸ Kleine scholen worden vanuit het oogpunt van een doelmatige besteding van overheidsmiddelen door de regering onwenselijk gevonden.²⁹ Daarnaast leveren kleine scholen volgens sommigen relatief vaak kwalitatief ondermaats onderwijs.³⁰ Oplossingen voor deze problemen worden gevonden in schaalvergroting en in een intensivering van de samenwerking. De stichting van nieuwe scholen heeft daarmee in grote delen van het land geen prioriteit.

1.3 Bekostigd en niet-bekostigd onderwijs

In het voorgaande ging het steeds over het stelsel van bekostigd onderwijs. Dat is door de hoge kosten die gepaard gaan met het oprichten en in stand houden van scholen verklaarbaar. Er is echter ook een kleine minderheid aan scholen die in het geheel geen bekostiging van de overheid ontvangt. Zij weten zich uit (zeer) hoge schoolgelden, met behulp van vrijwilligers of door andere creatieve oplossingen te bedruipen.

Het ontbreken van de bekostigingsrelatie betekent op zichzelf echter niet dat de schoolstichting dan volledig vrij is. Zo moet op dit moment ook het particuliere onderwijs aan een groot aantal voorwaarden voldoen. Die verplichting wordt afgedwongen op grond van de Leerplichtwet. De Leerplichtwet verplicht ouders onder andere te verzekeren dat hun (leerplichtige) kinderen staan ingeschreven op een school in de zin van de Leerplichtwet.³¹ De particuliere school die als school in de zin van de Leerplichtwet wil worden aangemerkt, moet aan een groot aantal voorwaarden voldoen die voor het bekostigd onderwijs gelden als bekostigingsvoorwaarden. Wanneer zij niet aan deze voorwaarden voldoet, geldt de school op grond van de Leerplichtwet per definitie niet als 'school'. Op de ouders van de leerlingen die op deze school staan ingeschreven rust echter onverminderd de plicht hun kinderen naar een door de Leerplichtwet als zodanig erkende school te sturen. Zij zullen dan ook op zoek moeten naar een andere school. Weigeren zij aan die verplichting gehoor te geven, dan zijn zij strafbaar. De consequentie voor een school die niet voldoet aan de door de Leerplichtwet voorgeschreven voorwaarden is dat zij de deuren zal moeten sluiten wegens een gebrek aan leerlingen.

Daarmee stelt de Leerplichtwet in ieder geval in feitelijke zin grenzen aan de mogelijkheid om scholen naar eigen inzicht in te richten. Op die manier heeft de Leerplichtwet ook invloed op de schoolstichting. In het verleden zijn verschillende (particuliere) stichtingsinitiatieven op de grenzen van de Leerplichtwet gestuit. Ter

27 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 31293, nr. 167; IBO 2013, p. 15.

28 OCW 2013, p. 76; bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 31293, nr. 167; IBO 2013, p. 20.

29 *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 203.

30 Onderwijsraad 2013b.

31 Art. 2 jo. art 1 onder b sub 3 jo. art. 1a1 lid 1 sub a Lpw 1969.

illustratie zij gewezen op de scholen de Kampanje en de Koers.³² Daarnaast moet in dit kader ook het Iederwijs-onderwijs worden genoemd.

1.4 Onderzoeksvragen

Het voorgaande resulteert in de volgende centrale onderzoeksvraag:

Wat is de reikwijdte van de vrijheid van stichting zoals gewaarborgd door artikel 23 lid 2 Grondwet, mede gezien in het licht van internationale mensenrechtenverdragen?

Daaraan voorafgaand zullen de volgende deelvragen worden beantwoord:

- Wat is de historische context waarin de vrijheid van stichting in de Grondwet werd opgenomen?
- In hoeverre beschermt de vrijheid van stichting tegen het instellen van een vergunningstelsel?
- Aan wie komt de vrijheid van stichting toe?
- Op welke wijze waarborgt artikel 23 Grondwet de mogelijkheid om de vrijheid van stichting te verwezenlijken?
- Welk constitutioneel kader heeft de wetgever in acht te nemen bij het reguleren van de vrijheid van stichting?

1.5 Onderzoeksafbakening

Dit onderzoek is een grondrechtelijke studie naar de vrijheid van schoolstichting in het basis- en voortgezet onderwijs. Het beoogt dan ook geen uitputtende uiteenzetting te geven van alle (juridische) mogelijkheden om een school te stichten. Om die reden kent het onderzoek geen empirische component. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat er geen relevant empirisch onderzoek naar de vrijheid van stichting gedaan kan worden. Met regelmaat ervaren schoolstichters dat de praktijk weerbarstiger is dan op het eerste gezicht uit de juridische normen lijkt te volgen. Zo worden lang niet alle stichtingsinitiatieven door de overheid met open armen ontvangen. Ook bestaan er in de praktijk grote verschillen tussen de positie van particuliere schoolstichters en (professionele) schoolbesturen die besluiten een school te stichten. Schoolbesturen die reeds scholen in stand houden weten vaak veel beter de weg naar de overheid te vinden. De wijze waarop de overheid op centraal of decentraal niveau uitvoering geeft aan de onderwijsregelgeving blijft in dit onderzoek in beginsel echter buiten beschouwing. Dat geldt uiteraard niet voor de onderwijswetgeving als zodanig.

De vrijheid van schoolstichting kent ook een duidelijk economische component. Het welslagen van veel stichtingsinitiatieven is afhankelijk van het antwoord

32 Zie ter illustratie ABRvS 15 augustus 2012, *Gst.* 2013, 10 m.nt. Huisman (De Koers en Kampanje); zie ook de tussenuitspraak ABRvS 20 juli 2011, *AB* 2012/23, m.nt. Noorlander.

op de vraag of de overheid bereid is het initiatief met bekostiging te ondersteunen. De inrichting van het bekostigingsstelsel, waartoe onderwerpen als de hoogte van de bekostiging en de wijze van bekostiging – wel of niet lineair bekostigen – behoren, kan dan ook invloed hebben op de feitelijke ruimte die er voor schoolstichting bestaat. Ook deze economische component van de praktijk van schoolstichting blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.

Dit onderzoek beoogt vooral de reikwijdte van de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van stichting uiteen te zetten. Het doel is de wetgever een kader te bieden aan de hand waarvan toekomstige wetsvoorstellen die de vrijheid van stichting beogen te reguleren op verenigbaarheid met artikel 23 lid 2 Grondwet kunnen worden beoordeeld. Daarnaast moet dit onderzoek bijdragen aan de theorievorming over artikel 23 lid 2 Grondwet.

Hoewel de vrijheid van stichting nooit eerder als zodanig onderwerp van onderzoek is geweest zijn er in het verleden wel studies verricht naar onderwerpen die raken aan de vrijheid van stichting. Daarbij moet bijvoorbeeld worden gewezen op de studie van Mentink naar de betekenis van het grondwettelijke begrip deugdelijkheidseisen.³³ Ook het door Sperling verrichte onderzoek naar de (grondwettelijke) positie van het thuisonderwijs vertoont raakvlakken met dit onderzoek.³⁴ Daarnaast moeten in dit kader de uitgebreide studies van Mentink en Vermeulen naar de grondwettelijke (on)mogelijkheden van invoering van een stelsel van richtingvrije planning worden genoemd.³⁵ Uiteraard zullen studies in dit onderzoek niet worden overgedaan.³⁶ Alleen wanneer de uitkomsten een nieuw of een ander licht op deze onderwerpen laten schijnen, of een bespreking van deze onderwerpen onmisbaar is voor het betoog, zullen zij in dit onderzoek opnieuw aan bod komen.

Om de reikwijdte van de vrijheid van stichting inzichtelijk te kunnen maken, kan er niet aan worden ontkomen ook de relatie tussen artikel 23 Grondwet en de voor stichting relevante onderdelen van de onderwijswetgeving uiteen te zetten. Dat geldt in het bijzonder voor de bekostigingsregelgeving. Voor zover dit onderzoek om een beschrijving of een beoordeling van het thans geldende wettelijk kader vraagt, wordt de WPO tot uitgangspunt genomen. De WPO en de WVO komen ten aanzien van de wijze waarop zij de stichting van scholen reguleren op essentiële onderdelen met elkaar overeen. Een verwijzing naar zowel de WVO als de WPO zou tot onnodige duplicering leiden. Slechts als dat voor de begrijpelijkheid van de onderzoeksresultaten vereist is, zal afzonderlijk worden verwezen naar de WVO. Wel zullen voorbeelden uit het voortgezet onderwijs worden gebruikt. De afgelopen jaren hebben zich in het bijzonder in het voortgezet onderwijs casussen voorgedaan die een goede illustratie vormen van de vragen die er over de reikwijdte van de vrijheid van stichting kunnen rijzen.

Overigens wordt hier voor de volledigheid opgemerkt dat met het voorgaande niet bedoeld is te zeggen dat schoolstichting in het voortgezet onderwijs en basis-

33 Mentink 1989.

34 Sperling 2010.

35 Mentink 1996a; Vermeulen 1996.

36 Zie ook Raijmakers 2014; Backx 1994.

onderwijs eenzelfde dynamiek kent. Er bestaan op dit punt belangrijke verschillen. Die verschillen vloeien voort uit de verschillende kenmerken van het basis- en voortgezet onderwijs. Scholen in het voortgezet onderwijs hebben meestal een regionale functie, terwijl scholen in het primair onderwijs hun leerlingen vaak uitsluitend uit de zeer directe omgeving betrekken. Daarmee valt samen dat organisaties in het voortgezet onderwijs complexer zijn en dat ook de schoolstichting in het voortgezet onderwijs daardoor complexer is. Ook stelt de positie van leerlingen als gevolg van de leerplicht in combinatie met de jonge leeftijd van de leerlingen andere eisen aan het aanbod van basisonderwijs. Desalniettemin zullen de uitkomsten van dit onderzoek mutatis mutandis ook op het voortgezet onderwijs toepasbaar zijn.

Tot slot wordt nog opgemerkt dat het navolgende onderzoek uitsluitend betrekking heeft op Nederland. Rechtsvergelijkende aspecten zijn in dit onderzoek niet betrokken. De reden is dat de constitutionele grondordening van ons onderwijsbestel uniek is in de wereld. Alleen België kent een systeem dat enigszins vergelijkbaar is. Daar komt bij dat inrichting van een onderwijsbestel altijd nauw verbonden is met de meer uitgebreide geschiedenis van een land. Deze padafhankelijkheid maakt rechtsvergelijking moeilijk. Wel worden internationaalrechtelijke normen die betrekking hebben op de vrijheid van stichting in het onderzoek betrokken.

1.6 Opbouw

Het eigenlijke onderzoek kent zes hoofdstukken. Na deze inleiding wordt in hoofdstuk 2 en 3 de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 Grondwet uiteengezet. Daarbij staat in het bijzonder de vrijheid van stichting centraal. Tezamen geven deze hoofdstukken antwoord op de eerste deelvraag naar de historische context waarin de vrijheid van stichting in de Grondwet werd opgenomen. In hoofdstuk 4 worden deze twee hoofdstukken samengebracht om op die manier eerst de inhoud en het karakter van de vrijheid van onderwijs uiteen te zetten. Van daaruit wordt in hoofdstuk 4 ook de reikwijdte van de vrijheid van stichting geschetst. Daarbij komt de vraag aan bod of de vrijheid van stichting in de weg staat aan het instellen van een vergunningstelsel. Tevens wordt antwoord gegeven op de vraag wie als drager van de vrijheid van stichting geldt. Daarnaast worden in dit hoofdstuk de hoofdtrekken van het door de wetgever te hanteren constitutionele toetsingskader geschetst. In hoofdstuk 5 worden deze grondrechtelijke uitgangspunten aangevuld met een uiteenzetting van de bescherming die schoolstichters aan het internationale recht kunnen ontlenuen. Daarbij krijgt het EVRM bijzondere aandacht. Hoofdstuk 6 gaat uitgebreid in op de regels die de aanvang van de bekostiging reguleren. Bijzondere aandacht krijgt de wijze waarop deze regels zich verhouden tot artikel 23 Grondwet. Vervolgens wordt in hoofdstuk 7 het grondwettelijk kader zoals dat uit de daaraan voorafgaande hoofdstukken volgt aan een aantal concrete casusposities getoetst. Na deze zes inhoudelijke hoofdstukken wordt in hoofdstuk 8 de conclusie opgemaakt.

II

De grondwetsgeschiedenis 1848

De geschiedenis van de vrijheid van onderwijs beslaat meer dan twee eeuwen en kan grofweg in twee perioden worden opgedeeld. Gedurende de eerste periode werd gestreden om de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs. Deze periode ving aan met de afkondiging van de Bataafse Staatsregeling in 1798 en eindigde met de grondwetsherziening van 1848. In dit hoofdstuk zal die geschiedenis op hoofdlijnen worden beschreven. Daarbij wordt in het bijzonder ingegaan op de vrijheid van stichting.

In hoofdstuk 3 staat het tweede deel van de ontstaansgeschiedenis van de vrijheid van onderwijs centraal. In dat tweede deel richtte de schoolstrijd zich op de vraag of de overheid de uitoefening van de vrijheid van onderwijs financieel moest ondersteunen. Deze tweede periode eindigde in 1917, toen de financiële gelijkstelling tussen openbaar en bijzonder onderwijs in de Grondwet werd opgenomen.

Op de juridische implicaties van de in dit en het navolgende hoofdstuk uiteenzette grondwetsgeschiedenis wordt in hoofdstuk 4 uitvoerig ingegaan.

2.1 Staatsvorming en onderwijs

Zoals opgemerkt ving de geschiedenis van de vrijheid van onderwijs aan met de geboorte van de Bataafse Republiek. Door de afkondiging van de Bataafse Staatsregeling 1798 werden de voormalige Zeven Provinciën voor de eerste maal onder centraal gezag verenigd. Sindsdien is Nederland een eenheidsstaat. Het onderwijs kreeg van het nieuwe centraal gezag onmiddellijk prioriteit. Goed (volks) onderwijs werd onmisbaar geacht voor de toekomst van de eenheidsstaat. Er kwam een minister belast met het onderwijs en met behulp van de Schoolwetten van 1801, 1803 en 1806 werd een nationaal onderwijsbestel gevestigd.¹

Het nationale onderwijs stond voor een grote uitdaging. In de laatste decennia van de achttiende eeuw was de Republiek der Zeven Provinciën economisch in verval geraakt. Langzaam verloor de handelsnatie terrein ten opzichte van de haar omringende landen.² Het gevolg was dan ook dat de werkloosheid, vooral in de stad, snel groeide. Mede daardoor was armoede in de eerste jaren na de Bataafse eenwording een groot probleem.³ De oorzaak van deze problemen werd voor een belangrijk deel

1 De minister belast met het onderwijs werd door de art. 92 Staatsregeling 1798 aangeduid als de Agent van nationale opvoeding.

2 Rutjes 2012, p. 124; Boekholt en De Booy 1987, p. 90.

3 Braster 2006, p. 148; Boekholt en De Booy 1987, p. 107; Lenders 1988, p. 65-67; Bakker, Noordman en Rietveld-van Wingerden 2010, p. 450.

gezocht in zedelijk verval.⁴ Ingegeven door de Verlichting werd dan ook ingezet op verheffing van het volk.⁵ Alleen daardoor kon het zedelijk verval bestreden worden en economische voorspoed worden verzekerd, zo was de gedachte.⁶

Daarnaast moest het onderwijs een belangrijke rol gaan spelen bij het waarborgen van de eenheid. Er moest één volk worden gesmeed. Lang niet iedereen was ervan overtuigd dat dit ook zou gaan lukken. De voorstanders van een meer federalistische staatsinrichting, die nog volop verwickeld waren in een strijd om de macht, waren bijvoorbeeld van mening dat dé Nederlander niet bestond en ook nooit had bestaan. Binnen het Bataafse grondgebied waren volgens hen uitsluitend afzonderlijke volken te herkennen die weinig met elkaar gemeen hadden.⁷ Wat daarvan ook zij, duidelijk was dat het succes van de centralisatie en de nieuwgekozen staatsvorm een voldoende mate van eenheid vooronderstelde.⁸ En dus moest het onderwijs niet alleen economische voorspoed bewerkstelligen, maar ook bijdragen aan het vergroten van de eenheid. De taak van het onderwijs werd deugdzaame *staatsburgers* groot te brengen.⁹ Daarbij was het beleid van de overheid gericht op het bevorderen van een *welingerichte* maatschappij.¹⁰

2.2 De bron van het geschil

De Bataafse Staatsregeling 1798 bracht veel constitutionele vernieuwingen. Belangrijk voor de geschiedenis van de vrijheid van onderwijs was de grondwettelijke verankering van de scheiding van kerk en staat. Het zou nog lang duren voordat alle consequenties van dit beginsel in volle omvang waren geaccepteerd, maar dat laat onverlet dat dit beginsel bij de vormgeving van de eerste onderwijswetten al direct een belangrijke rol speelde. Als uitvloeisel van de scheiding van kerk en staat kwam er een verbod op leerstellig onderwijs door de onderwijzer.¹¹ Een verbod dat onder andere werd gehandhaafd door van overheidswege voorgeschreven boekenlijsten.¹² Het leerstellig onderwijs mocht uitsluitend worden verzorgd door kerkgenootschappen en viel buiten het reguliere curriculum.¹³ Dat betekende echter niet dat godsdienst geen enkele rol speelde in het onderwijs. Ondanks de erkenning van de scheiding van kerk en staat was de idee van een atheïstische staat ver weg.¹⁴ Godsdienst werd in het bijzonder beschouwd als de bron van deugdzaam gedrag en daardoor gezien als een onmisbare component in de morele en zedelijke opvoeding. De dominante opvatting was dat de toekomst van de natie afhankelijk was van breed gedeelde christelijke waarden. De staat zag voor zichzelf dan ook een

4 Lenders 2005, p. 18; Rutjes 2012, p. 124.

5 Kloek en Mijnhardt 2002, p. 157.

6 Bakker, Noordman en Rietveld-van Wingerden 2010, p. 456.

7 Rutjes 2012, p. 54, 56.

8 Vgl. Versluys-IV 1879, p. 49.

9 Mentink en Vermeulen 2011, p. 18; Lenders 2005, p. 7.

10 Lenders 1988, p. 64.

11 De Vries 2004, p. 28.

12 Hentzen, p. 53.

13 Hentzen, p. 45; Boekholt en De Booy 1987, p. 99.

14 Bos 2009, p. 51.

bijzondere verantwoordelijkheid weggelegd om de verspreiding van die waarden te bewerkstelligen en een deel van de morele en zedelijke opvoeding aan zich te trekken. Het onderwijs was daarbij een onmisbaar instrument. De eerste minister die verantwoordelijk was voor het onderwijs werd dan ook veelzeggend aangeduid als ‘Agent van nationale *opvoeding*’.¹⁵ Het onderwijs moest niet alleen ‘nuttige kundigheden’ aanleren en de ‘verstandelijke vermogens’ van de leerlingen ontwikkelen, maar ingegeven door de tijd moest het onderwijs vooral ook ‘Maatschappelijke en Christelijke deugden’ bijbrengen.¹⁶ Daarbij werden die christelijke deugden ontleend aan een protestants-rationalistisch christendom.¹⁷

2.3 Onderwijs als publieke aangelegenheid

Ons deel van de wereld stond al vroeg bekend om zijn godsdienstige tolerantie. Die tolerantie beperkte zich lange tijd in hoofdzaak tot het privé-domein.¹⁸ Dat gold in het bijzonder voor gelovigen die niet behoorden tot de voormalige staatskerk. In het publieke domein handhaafde de overheid de maatschappelijke stabiliteit. Aangenomen werd dat die stabiliteit inhield dat in het publieke domein geloofseenheid moest heersen. Dat betekende dat godsdienstuitoefening voor gelovigen die niet behoorden tot de voormalige staatskerk aan veel beperkingen onderhevig was.

Het onderwijs werd in de Bataafse tijd als een publieke aangelegenheid beschouwd. Daarmee behoorde het onderwijs, evenals alle andere publieke aangelegenheden, tot het exclusieve domein van de staat. Zoals opgemerkt was ook de kerk niet langer beschikkingsbevoegd over het onderwijs. Dit uitgangspunt werd later ook in de Grondwet 1815 verankerd. Het hoofdstuk over godsdienst werd in die Grondwet nadrukkelijk gescheiden van het hoofdstuk over onderwijs.¹⁹ Tussen beide hoofdstukken werden zelfs drie hoofdstukken ingevoegd om het onderscheid kracht bij te zetten.²⁰ Onderwijs en godsdienst hadden vanuit het perspectief van de Grondwet nog maar weinig met elkaar te maken. In de praktijk lag dat genuanceerder.

2.4 Admissie- en vergunningplicht

De geloofseenheid die onmisbaar werd geacht voor de maatschappelijke stabiliteit werd vooral gevonden in de leer van de voormalige staatskerk. Als uitvloeisel hiervan werd het gehele onderwijsbestel gestoeld op een verlicht protestants-

15 Art. 92 Staatsregeling; art. 1 Instructie voor de Agent nationale opvoeding; vgl. Boekholt en De Booy 1987, p. 96. Het takenpakket van de Agent voor nationale opvoeding was zeer divers. Zo was hij bijvoorbeeld ook verantwoordelijk voor het organiseren van nationale feesten, Hentzen 1920, p. 44. Die nationale feesten hadden overigens een belangrijke functie bij het uitstralen van nationale eenheid, Rutjes 2012, p. 54.

16 Art. 22 Reglement voor het lager schoolwezen en onderwijs.

17 Bos 2009, p. 211.

18 Illustratief in dit kader is art. 13 Unie van Utrecht (1579).

19 Bos 2009, p. 136.

20 Scholten 1928, p. 29-31.

rationalistisch gedachtegoed. Voor andere religieuze opvattingen was in het onderwijs in beginsel geen plaats. Dit bleek ook bij de stichting van scholen, waar andersgelovigen op allerlei manieren werden tegengewerkt. De belangrijkste instrumenten daarbij waren de wettelijke admmissie- en vergunningplicht.

2.4.1 De admmissieplicht

De eerste Bataafse Schoolwet uit 1801 bepaalde in de eerste zinsnede van artikel 18 dat “iedere burger een bijzondere school [zal] kunnen oprichten, om in hetzelfde onderwijs te geven, evenals in de openbare school geschiedt.” Deze mogelijkheid bestond echter uitsluitend voor zover door het gemeentebestuur admmissie was verleend en de onderwijzer met goed gevolg een examen had afgelegd. Niet de vrijheid, maar de beperking van de mogelijkheid om onderwijs te geven stond in artikel 18 Schoolwet 1801 voorop. Daarmee sloot de Schoolwet 1801 aan bij systemen van beroepsregulering die sinds de Middeleeuwen hadden bestaan.

Hoewel artikel 53 van de Burgerlijke en staatkundige grondregels bij de Bataafse staatsregeling 1798 het oprichten van een bedrijf in beginsel vrij verklaarde, achtte de Agent van nationale opvoeding beperkingen op de vrijheid om scholen op te richten noodzakelijk. De belangen die gediend waren met de vorming van nieuwe en deugdzame staatsburgers mochten niet aan de ‘onkundigen’ worden toevertrouwd. Ouders waren volgens de Agent onvoldoende in staat om zelf de goede van de slechte docenten te scheiden. Met de admmissieplicht werd dan ook beoogd de onderwijskwaliteit te waarborgen.²¹ Om admmissie te kunnen verkrijgen moest de onderwijzer aantonen van goed ‘burgerlijk en zedelijk gedrag’ te zijn en over de noodzakelijke bekwaamheden te beschikken.

De admmissieplicht kon volgens de Agent evenwel niet gebruikt worden om het onderwijsaanbod als zodanig te reguleren.²² Doordat de overheid ook geen andere middelen voorhanden had om grenzen te stellen aan het aantal scholen leed het onderwijs al snel onder een felle concurrentiestrijd. Voor sommige onderwijzers was het moeilijk het hoofd boven water te houden. Er waren voor hen simpelweg te weinig leerlingen. Daardoor leverden de schoolgelden voor deze onderwijzers te weinig op om zichzelf te kunnen bedruipen. Zij waren dan ook genoodzaakt bijbaantjes te zoeken. De vervelende consequentie van al deze nevenactiviteiten was echter dat het aantal contacturen tussen leerling en docent verminderde, hetgeen uiteindelijk de kwaliteit weer geen goed deed.²³

Soms was de concurrentiestrijd zo fel dat onderwijzers zich genoodzaakt voelden het schoolgeld te verlagen. Daarmee daalden hun inkomsten verder, werd de

21 Van Hoorn 1907, p. 35-40.

22 Een commissie van het Vertegenwoordigend lichaam, verantwoordelijk voor het opstellen van een rapport over het voorstel van Schoolwet 1801, kwam tot de conclusie dat binnen de bijzondere scholen een grote mate van pedagogische vrijheid moest gelden. Had een bekwaam iemand immers van de overheid toestemming gekregen een school te beginnen, dan had de overheid over de dagelijkse gang van zaken op die school niets meer te zeggen. Dat behoorde toe aan het vakmanschap van de onderwijzer; Van Hoorn 1907, p. 42, 81; Hentzen 1920, p. 63; Van der Giezen 1937, p. 76.

23 Hentzen 1920, p. 139; Dodde 1968, p. 178.

noodzaak voor extra bijverdiensten groter en nam ook de onderwijskwaliteit verder af. Onderwijzers deden dan ook bijna alles om de ouders te behagen, uit angst dat zij hun kind naar een andere school zouden sturen. Zo werd ouders vaak geen strobreed in de weg gelegd als zij hun kind halverwege de dag van school haalden.²⁴

Volgens de Agent van nationale opvoeding kon de admisseplicht dus niet worden gebruikt om minder docenten toe te laten om zo deze neerwaartse spiraal te doorbreken. Dat zou misbruik en willekeur in de hand werken. Volgens de Agent zou een dergelijk gebruik van de admisseplicht tot gevolg hebben dat aan de ene onderwijzer werd onthouden wat aan de andere onderwijzer onder gelijke omstandigheden werd toegestaan.

Op dit uitgangspunt bestond slechts één uitzondering. In plattelandsgemeenten waar de overheid met moeite in staat was één school in stand te houden, moest volgens de Agent voor aanvullende admisse geen ruimte bestaan. Ook de onderwijzers op de overheidsscholen moesten hun inkomen in beginsel uit schoolgelden halen.²⁵ De overheid vulde hun salaris echter aan wanneer de opbrengsten uit schoolgelden achterbleven.²⁶ In gebieden waar met moeite één school in stand kon worden gehouden, zou concurrentie de overheid op extra kosten jagen. Dat kon niet de bedoeling zijn.

2.4.2 Het vergunningvereiste

De Schoolwet 1801 werd opgevolgd door de Schoolwet 1803. De Schoolwet 1803 kende anders dan de Schoolwet 1801 in artikel 8 aan departementale besturen expliciet de taak toe om het onderwijsaanbod te reguleren.²⁷ Voorkomen moest worden dat er door een 'onbepaalde toelating' te veel scholen gesticht werden. De Agent van nationale opvoeding maakte zich vooral zorgen over de admissieverlening aan onderwijzers die daar volgens hem nooit voor in aanmerking hadden mogen komen. Waarschijnlijk was vooral de admissieverlening aan katholieken hem daarbij een doorn in het oog. Gemeentebesturen die dit op hun geweten hadden bestonden volgens de Agent uit 'dweepzieke en onkundige wezens'.²⁸ Nog voordat de Schoolwet 1803 volledig was geïmplementeerd, werd zij echter al vervangen door de Schoolwet 1806.²⁹

De Schoolwet 1806 introduceerde een nieuw instrument in de regulering van het aantal schoolstichtingen. Tot dan werd het aantal schoolstichtingen uitsluitend gereguleerd over de bandbreedte van de admissieverlening. Niet de school als zodanig, maar de geschiktheid van de docent bepaalde of de school gesticht kon worden. Met de Schoolwet 1806 werd de mogelijkheid tot schoolstichting mede afhankelijk van een door de overheid te verlenen vergunning. Deze vergunning moest naast

24 Dodde 1968, p. 97.

25 Van Hoorn 1907, p. 35-40; Dodde 1968, p. 95-96.

26 In deze zin art. 2 jo. 3 Schoolwet 1801.

27 Vgl. art. 2 Schoolwet 1803.

28 De Nooij 1939, p. 21-22.

29 Versluys 1879, p. 70-71.

de admissieverlening een zelfstandig instrument bieden voor de regulering van het onderwijsaanbod. Daarmee was dus niet alleen de uitoefening van het beroep van onderwijzer van overheidstoestemming afhankelijk, maar moest voor het betreden van de onderwijsmarkt afzonderlijke toestemming worden verkregen.³⁰ Artikel 12 Schoolwet 1806 bepaalde daartoe: “geene Lagere School zal ergens, onder welken naam ook, mogen bestaan of opgericht worden, zonder uitdrukkelijke vergunning.” De vergunning werd een *conditio sine qua non* voor de schoolstichting.³¹ Zonder vergunning kon zelfs een bekwame onderwijzer geen school oprichten.³²

De bevoegdheid tot vergunningverlening werd in artikel 12 Schoolwet 1806 aan het gemeentelijk, departementaal en landschapsbestuur toegekend. De schoolopziener moest als afgevaardigde van het centraal gezag voorafgaand aan de vergunningverlening worden ingelicht en soms zelfs worden gehoord over zijn bedenkingen.³³ Zo werd geprobeerd een uniforme toepassing van het vergunningstelsel te waarborgen en hield ook de rijksoverheid controle op de schoolstichtingen.

Naast de vergunningplicht bleef ook de admissieplicht gehandhaafd. Admissie kon alleen worden verkregen door een examen af te leggen waarin de docent bewees over de benodigde kennis en vaardigheden te beschikken. Ook moest hij nog altijd aantonen van onbesproken burgerlijk en zedelijk gedrag te zijn. Huisonderwijzers waren van de admissieplicht vrijgesteld.³⁴ Tot die categorie behoorden de docenten die inwoonden bij het gezin waarvan zij de kinderen onderwezen. Het oordeel over de bekwaamheid van deze docenten lag exclusief in handen van de ouders.³⁵

2.4.3 Toepassing admissie- en vergunningplicht

De admissie- en vergunningplicht groeide uit tot een belangrijk instrument om de verlicht protestants-christelijke signatuur van het onderwijs te bewaken. In de praktijk deed de overheid het met regelmaat voorkomen alsof een vergunning of admissie uitsluitend werd geweigerd omdat er voor nieuw aanbod geen plaats was, terwijl de ware reden was gelegen in de geloofsovertuiging van de onderwijzers.³⁶

Overtreding van de vergunning- en admissieplicht was strafbaar gesteld. Artikel 14 Schoolwet 1806 stelde op een eerste overtreding van een van beide verplichtingen een geldboete van vijftig gulden. De tweede overtreding was gesanctioneerd met een boete van honderd gulden. En tot slot gold voor degene die zich een derde maal aan de kracht van de Schoolwet 1806 zou onttrekken dat hij zes jaar lang niet meer woonachtig mocht zijn in de plaats waar hij zich aan de overtreding

30 Vgl. Hentzen 1920, p. 197-199.

31 Van den Ende 1846, p. 327.

32 Van der Giezen 1937, p. 136.

33 In die zin art. 2 Schoolwet 1806; Hentzen 1920, p. 197-198.

34 Vgl. art. 13 Schoolwet 1806. Wel admissieplichtig waren huisonderwijzers die in een huis een school hadden gevestigd die ook toegankelijk was voor kinderen van andere ouders, Hentzen 1920, p. 63.

35 Sperling 2010, p. 194; vgl. De Nooij 1939, p. 93.

36 Vlg. Buijs 1887, p. 767 (noot 1).

schuldig had gemaakt. Vervolging was niet alleen in theorie mogelijk, zij kwam in de praktijk daadwerkelijk voor.³⁷

Ondanks deze aanzienlijke straffen waren er toch onderwijzers die de Schoolwet 1806 wisten te ontduiken. Deze docenten vroegen voor de oprichting van hun school geen vergunning aan en hadden vaak ook geen admmissie verkregen. Op die manier wisten zij buiten het gezichtsveld van de toezichtorganen te blijven. Deze scholen hadden vaak een uitgesproken godsdienstige signatuur.³⁸

2.5 Weerstand in het Zuiden

Na het herstel van de soevereiniteit kondigde de latere Koning Willem I in 1814 bij Soeverein Besluit af dat de Schoolwet 1806 “bij voortdoring, beschouwd moest worden als de grondslag der Nederlandsche Schoolinrichting”.³⁹ Dat betekende echter dat de Schoolwet 1806 ook in de Zuidelijke Nederlanden moest worden ingevoerd. Een heikel punt bij die operatie was de positie van de katholieke kerk.

Willem I beschouwde de dominantie van het katholicisme in het Zuiden als een grote bedreiging voor de maatschappelijke stabiliteit, niet in de laatste plaats vanwege de loyaliteit van de katholieken aan Rome. Al snel werd dan ook besloten dat de katholieke kerk onder toezicht kwam te staan van een commissie van de Raad van State.⁴⁰

Ook in het onderwijs wilde de koning dat het katholicisme werd teruggedrongen. Als eerste stap naar dat doel werd het schooltoezicht in de Zuidelijke Nederlanden aangescherpt.⁴¹ Spoedig daarna werd ook in het Zuiden de admmissieplicht ingevoerd.⁴² In 1824 werd de admmissieplicht zelfs van toepassing verklaard op scholen die in stand werden gehouden door religieuze schoolverenigingen.⁴³ Op verzoeken voor admmissie van Zuidelijke congregaties werd eindeloos gedraald of zelfs nooit beslist. Daardoor konden zij geen nieuwe onderwijzers aanstellen en dus ook geen nieuwe leerlingen aannemen.⁴⁴ In 1825 verslechterde de situatie toen de Koning afkondigde dat alle Latijnse scholen die niet in het bezit van een vergunning waren, moesten worden opgeheven. Aan de kleinseminaries, die zich ook met het onderwijs in Latijn bezighielden, werd een dergelijke vergunning niet verleend. Zij konden die vergunning volgens het Koninklijk Besluit ook helemaal niet verkrijgen.⁴⁵ Deze politiek kwam dan ook neer op een verbod van kleinseminaries.⁴⁶ Ter vervanging werd in Leuven het Collegium Philosophicum opgericht.

37 Zie voor enkele voorbeelden van vervolgingen Bos 2009, p. 355, 399 (noot 174).

38 Dodde 1968, p. 101.

39 Van Hoorn 1907, p. 292; De Nooij 1939, p. 38.

40 Bos 2009, p. 166.

41 Bij KB van 9 september 1817; De Nooij 1939, p. 47; Scholten 1928, p. 44.

42 In 1822 wordt wederom bij KB het toezicht in het Zuiden gelijkgetrokken met dat in het Noorden. Ook is vanaf dat moment de Schoolwet 1806 bijna integraal in de Zuidelijke provincies van kracht.

43 Scholten 1928, p. 29-31.

44 De Nooij 1939, p. 56.

45 De erkenning kon ingevolge het KB alleen gegeven worden aan burgerlijke Latijnse scholen.

46 Scholten 1928, p. 44; De Nooij 1939, p. 73.

Grootseminaries mochten in het vervolg alleen nog studenten accepteren die aan het Collegium Philosophicum hadden gestudeerd. Het Collegium werd de enige vorm van voorbereidend onderwijs voor jongeren die tot de geestelijke stand wilden toetreden.⁴⁷

Vanaf dat moment was de katholieke hoop gevestigd op een nieuw concordaat. De onderhandelingen daarvoor liepen al enige tijd. Toen dat concordaat er uiteindelijk kwam, maar niet tot de intrekking van het door de katholieken gewraakte Koninklijk Besluit leidde, kwamen de katholieken in opstand.⁴⁸ Dat de maatregelen enkele jaren later wel zouden worden teruggedraaid, mocht niet baten. De katholieke weerstand was niet meer te beteugelen en de strijd voor de vrijheid van onderwijs was volledig ontbrand.⁴⁹

In het Noorden kwam de roep om vrijheid van onderwijs pas later op. Daar leidde de opkomst van orthodox-protestantse stromingen tot aanvaringen met het plaatselijk gezag over toepassing van de vergunning- en admissieplicht.⁵⁰ Uiteindelijk ontstond ook daar de wens voor een grotere vrijheid van onderwijs.

2.6 Naar een herziening van de Grondwet

Als antwoord op de ontstane onrust vaardigde de Koning op 2 januari 1842 een nieuw Koninklijk Besluit uit. Daarin werd een beroepsrecht toegekend aan een ieder van wie het verzoek tot verkrijging van een vergunning voor de schoolstichting was afgewezen.⁵¹ Deze schoolstichters konden zich tot Gedeputeerde Staten wenden om de weigering door het gemeentebestuur ter toetsing voor te leggen.⁵² Dit Koninklijk Besluit 1842 veranderde echter weinig aan de bestaande praktijk, waarbij vooral aan katholieken en orthodox-protestanten een vergunning werd geweigerd.⁵³ Ook werd duidelijk dat het niet langer mogelijk was iedereen achter de gemengde school te verenigen. Voor veel ouders was een school waarin verschillende geloofsrichtingen verenigd waren geen optie meer.⁵⁴

2.7 De grondwetsherziening 1848

Uiteindelijk werd de vrijheid van onderwijs bij de grondwetsherziening 1848 in de Grondwet opgenomen. Nadien luidde artikel 194 Grondwet 1848 als volgt:

47 Bos 2009, p. 199.

48 Bos 2009, p. 231-235.

49 De Koning was zelf ook doordrongen van het feit dat er iets moest gebeuren en hief bij Koninklijk Besluit van 2 oktober 1829 alle beperkingen voor de bisschoppelijke seminaries op: Scholten 1928, p. 45; De Nooij 1939, p. 83-85, 95; Scholten 1928, p. 47; Bos 2009, p. 210.

50 Bos 2009, p. 353-357.

51 De Nooij 1939, p. 165-166; Scholten 1928, p. 106; vgl. Sperling 2010, p. 207.

52 Boekholt en De Booy 1987, p. 143.

53 Dat werd met name veroorzaakt door de samenstelling van de verschillende Gedeputeerde Staten; vlg. Buijs 1887, p. 767 (noot 1).

54 Scholten 1928, p. 109.

“Het openbaar onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regering.

De inrichting van het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige 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 toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen.

De Koning doet van den staat der hooge-, middelbare en lagere scholen jaarlijks een uitvoerig verslag aan de Staten-Generaal.”

Enkele jaren voor de grondwetsherziening 1848, bij de grondwetsherziening 1840, werd al over invoering van de vrijheid van onderwijs gesproken. De argumenten die toen in het parlement voor invoering van de vrijheid van onderwijs werden aangedragen, waren dezelfde als die het parlement er uiteindelijk in 1848 toe brachten in te stemmen met de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs. In algemene zin kunnen drie soorten argumenten worden onderscheiden.

Ten eerste speelden pragmatische argumenten een belangrijke rol. De schoolstrijd leidde tot grote onrust, die zich onder andere uitte in massale petitiebewegingen. Om de rust te doen weerkeren was erkenning van de vrijheid van onderwijs de enige optie. In aanloop naar de grondwetsherziening 1840 wees Van Nagell tot Wisch nadrukkelijk op dit pragmatische argument. Hij verklaarde in het parlement dat alleen de vrijheid van onderwijs de malaise die men op dat moment vrij algemeen voelde, kon wegnemen. Als liberaal pleitte hij daarom voor de “vrijheid van allen in alles”.⁵⁵ Ook Van Sasse van Ysselst verklaarde voorafgaand aan de grondwetsherziening 1840 reeds dat volgens hem de tijd gekomen was de Grondwet te wijzigen. Alleen zo kon het ongenoegen bij de katholieken worden weggenomen en kon maatschappelijke onrust worden voorkomen. Aan een miljoen katholieken kon volgens Van Sasse van Ysselst nu niet meer worden onthouden wat aan hen rechtmatig toekwam.⁵⁶

Ten tweede werd ook op basis een meer principiële argument voor de vrijheid van onderwijs gepleit. Bij deze principiële rechtvaardiging speelde de vrijheid van geweten vaak een belangrijke rol. Volgens Luijben vloeide de vrijheid van onderwijs rechtstreeks uit de vrijheid van geweten voort. Naast het openbaar onderwijs, dat aan de zorg van de overheid bleef toevertrouwd, moest er volgens hem ook bijzonder of vrij onderwijs zijn.⁵⁷ Iedere (huis)vader bezat een verantwoordelijkheid jegens God en maatschappij om zijn kind op te voeden zoals hij dat nodige achtte. Dit was een natuurrecht dat uitsluitend kon worden verwezenlijkt als ook het onderwijs vrij was.⁵⁸ Wanneer de vader niet in staat was zelf in het onderwijs

55 Belinfante 1841, p. 409.

56 Belinfante 1841, p. 315.

57 Belinfante 1840a, p. 99-101; Scholten 1928, p. 94-95.

58 Belinfante 1842, p. 62.

aan zijn kinderen te voorzien, moest hij dat onderwijs kunnen toevertrouwen aan een onderwijzer van zijn keuze.

Dit betoog tekende een grote omwenteling in het katholieke denken inzake de scheiding kerk en staat. In de jaren twintig waren de katholieken voorzichtig het onderscheid tussen een publiek-burgerlijke sfeer en privaat-godsdienstige sfeer gaan accepteren.⁵⁹ Hierdoor werd het voor hen mogelijk in te stemmen met de gelijke behandeling van godsdiensten in het publieke domein.⁶⁰ De staat had zich niet langer te mengen in particuliere godsdienstige keuzes.

Groen van Prinsterer baseerde zich op een vergelijkbare principiële rechtvaardiging. Hij stelde zich op het standpunt dat de vader een natuurrecht had om zijn kinderen naar eigen inzicht (godsdienstig) op te voeden. In zijn 'Bijdrage tot herziening der Grondwet' betoogde Groen reeds dat het een natuurlijk, door God aan de huisvader gegeven recht is om een school op te richten en zo de Bijbel tot grondslag van de gehele opvoeding te maken. Hij achtte vooral het idee van de gemengde school een kwalijke zaak, omdat dit ertoe leidde dat ouders gedwongen waren hun kind naar een school te sturen waarvan zij de grondslag afkeurden. Volgens Groen mochten ouders niet worden verhinderd hun kinderen het onderwijs te geven dat zij jegens God konden verantwoorden. Duidelijk was dat het openbaar onderwijs niet aan die verantwoordelijkheid kon beantwoorden. Groen betoogde dat de onderwijsvrijheid rechtstreeks uit de gewetensvrijheid voortvloeide.⁶¹ Diezelfde mening was later ook Mackay toegedaan. De huisvader kwam het recht toe het onderwijs en de opvoeding van zijn kinderen naar zijn geweten vorm te geven.⁶² Een gelijksoortig betoog kwam in aanloop naar de grondwetsherziening 1840 van een groep Afscheidenen. In een verzoekschrift pleitten zij voor de vrijheid van onderwijs, omdat zij dezelfde eerbied wensten voor hun relatie met God als zij hadden voor degenen die meenden dat in de huidige goddeloosheid de voorspoed van de staat school.⁶³

Ten derde werd op systematische argumenten voor invoering van de vrijheid van onderwijs gepleit. Zo betoogde Luijben dat ook uit de burgerlijke en godsdienstige vrijheden die reeds in de Grondwet waren opgenomen, de vrijheid van onderwijs logisch voortvloeide. Al ruim voor de grondwetsherziening had ook De Gerlache zich als katholiek politicus op dit standpunt gesteld.⁶⁴ Volgens hem was de vrijheid van onderwijs af te leiden uit de vrijheid van drukpers en de vrijheid van godsdienst.

De verwijzing naar de vrijheid van drukpers is niet toevallig. In historisch opzicht zijn de vrijheid van onderwijs en meningsuiting zeer nauw met elkaar verbonden. De ontwikkeling van deze vrijheden liep in belangrijke mate gelijk op. Daarnaast leidde de gezamenlijke strijd van katholieken en liberalen, die vooral voor de vrijheid van meningsuiting opkwamen, tot de vorming van een politiek

59 Bos 2009, p. 231.

60 Vgl. Bos 2009, p. 162.

61 Belinfante 1841, p. 332-334.

62 Belinfante 1849b, p. 563.

63 Belinfante 1841, p. 211.

64 Bos 2009, p. 264.

monsterverbond.⁶⁵ De minister van Justitie beschouwde de erkenning van de vrijheid van onderwijs tijdens de beraadslagingen over het grondwetsherziening 1848 als “een bloot gevolg” van de erkenning van de vrijheid van vereniging en de vrijheid van godsdienst.⁶⁶

De vraag was nu echter op welke wijze, of in welke modaliteit, het best recht kon worden gedaan aan de hiervoor genoemde argumenten. Volgens Luijben waren de rechten van de huisvader het best geborgd in een ‘vrij’ – laissez faire – stelsel, waarin onderwijzers naar eigen inzicht onderwijs konden aanbieden.⁶⁷ Ook de grondwetscommissie die de herziening 1848 voorbereidde, beschouwde de vrijheid van onderwijs vooral als de erkenning van een beroeps- of bedrijfsvrijheid.⁶⁸ Later verwees ook de regering naar deze grondslag. Naast het door de overheid verzorgde openbaar onderwijs moest er voor particulieren die over de vereiste bekwaamheid en zedelijkheid beschikten de mogelijkheid bestaan de onderwijsmarkt te betreden.⁶⁹ Daarbij erkende de regering dat de vrijheid van onderwijs steunt op het recht van de ouders om de opvoeding van hun kinderen “toe te vertrouwen aan hen die, geheel onafhankelijk van het gezag, met bekwaamheid en zedelijkheid toegerust, de bevoegdheid tot het geven van onderwijs hebben verkregen”. Dit vrij onderwijs bleef echter, zo benadrukte de regering, “onderworpen aan een billijk toezicht der overheid”. Want zo werd “gewaakt en voor het regt van de staat, om te zorgen voor de ontwikkeling der jeugd, en voor het regt der ouders, om in het kiezen van leermeesters aan geen dwang onderworpen te zijn.”⁷⁰ Door veel voorstanders van de vrijheid van onderwijs is voorafgaand aan de grondwetsherziening 1848 erkend, dat de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs niet kon betekenen dat de overheid over dat onderwijs geen toezicht mocht houden.⁷¹

Uiteindelijk werd de vrijheid van onderwijs als een vrijheid om onderwijs aan te bieden in artikel 194 Grondwet 1848 opgenomen. Nog altijd bepaalt de Grondwet dat “het geven van onderwijs” vrij is. De concrete uitwerking van deze bepaling werd, zo volgt ook uit tekst artikel 194 Grondwet 1848, aan de wetgever overgelaten. Die uitwerking had de nodige voeten in de aarde en kwam pas tot stand met de Lager onderwijswet 1857.

Overigens moet uit het voorgaande niet worden afgeleid dat alle parlementsleden voorstander waren van de vrijheid van onderwijs. Zo achtte Van Rappard de bestaande vrijheid van huisonderwijs aanvankelijk voldoende. Een enkeling viel

65 Zich uitende in een felle petitiebeweging, Scholten 1928, p. 60; De Nooij 1939, p. 125.

66 Belinfante 1849b, p. 575.

67 De mededinging tussen de verschillende aanbieders zal uiteindelijk een positieve uitwerking hebben op de onderwijskwaliteit; Belinfante 1840a, p. 100-101.

68 Belinfante 1849a, p. 222.

69 Belinfante 1849a, p. 390-392.

70 Belinfante 1849a, p. 390-392. Ook in het voorlopig verslag wordt nog eens met zoveel woorden gewezen op de rol die de inrichting van het lager schoolwezen speelt bij het behoud van deze zedelijke en verstandelijke beschaving van het land; Belinfante 1849a, p. 442; zie verder Van Rijckevorsel in: Belinfante 1849a, p. 556.

71 Duidelijk was echter dat dit toezicht nimmer tot willekeur mocht leiden; Belinfante 1841, p. 272.

Van Rappard in dit standpunt bij.⁷² Anderen wezen er daarentegen op dat het huisonderwijs alleen beschikbaar was voor de gegoede burgers. Voor velen was huisonderwijs eenvoudigweg te duur.⁷³ De landbouwer en de handwerksman hadden niets aan vrij huisonderwijs.⁷⁴

Interessant was het standpunt van Sloet tot Oldhuis. Hij meende dat de grote variatie aan godsdienstige gezindten het juist noodzakelijk maakte om iedereen tezamen te brengen in één school. Want zo leerden kinderen, volgens hem, reeds in de “tedere jaren van hun ontluikend leven elkander te beminnen”.⁷⁵ Zoals in hoofdstuk 1 reeds bleek, zou dit standpunt anderhalve eeuw later wederom opduiken.

2.8 Conclusie

De geschiedenis van de vrijheid van onderwijs begon met de geboorte van de Nederlandse eenheidsstaat. Die eenwording leidde tot de centralisatie van het onderwijs. Daarbij werd het onderwijs op de eerste plaats beschouwd als een belangrijk instrument voor burgerschapsvorming en als middel om een voldoende geëquipeerde beroepsbevolking op te leiden. Met de centralisatie werd het onderwijs een zaak van de (rijks)overheid. Niet alleen bepaalde de overheid de grondslag van het onderwijs, ook reguleerde zij het onderwijsaanbod door middel van het vergunningstelsel en de admissieplicht.

In aanloop naar de grondwetsherziening 1848 speelde een drietal argumenten een dominante rol in het parlementaire debat. Ten eerste werd de vrijheid van onderwijs gerechtvaardigd op basis van pragmatische argumenten. Ten tweede speelden ook principiële, op de vrijheid van geweten terug te voeren argumenten een belangrijke rol. Deze argumenten sloten aan bij een ontwikkeling waarin de scheiding van kerk en staat steeds nadrukkelijker en in vollere omvang werd aanvaard. Ten derde werd ook op systematische gronden voor invoering van de vrijheid van onderwijs gepleit. Andere, nauw met de vrijheid van onderwijs verbonden grondrechten, boden een belangrijk argument om het onderwijs aan het exclusieve domein van de overheid te onttrekken. Het belang van de grondwetsherziening 1848 is dan ook daarin gelegen dat zij een grens aanbracht in de overheidsbevoegdheden op het terrein van het onderwijs. De overheid was niet langer exclusief bevoegd te bepalen wat kon gelden als ‘goed onderwijs’. Voortaan moest zij de opvoedkundige keuzes die ouders ten aanzien van het onderwijs van hun kinderen maken vol-

72 Zie ook de liberaal Van Dam van Isselt, die meende dat de Grondwet niet aangepast hoefde te worden. Volstaan kon worden met wijziging van de Schoolwet 1806 en de uitvoeringspraktijk die op grond van deze wet was ontstaan; Belinfante 1841, p. 548-549; in gelijke zin De Jonge van Campens-Nieuwland; Belinfante 1842, p. 76-77. Van Leeuwen meende zelfs dat er geen land is waar de vrijheid van onderwijs in dermate vergaande mate is gewaarborgd als in Nederland. De enige beperkingen die worden gesteld zijn “bepalingen die de uitoefening van alle natuurlijke rechten in de burgermaatschappij uit haren aard moeten beperken.” Daarnaast is het huisonderwijs volledig vrij; Belinfante 1842, p. 19-20.

73 Zie bijv. Gevers; Belinfante 1841, p. 474-486.

74 Volgens Groen. In gelijke zin Luijben; Belinfante 1842, p. 63.

75 Belinfante 1841, p. 555-556.

doende respecteren. Daarbij had men vooral het oog op de voorkeur voor onderwijs op een bepaalde religieuze grondslag.

Uiteindelijk werd de vrijheid van onderwijs als een vrijheid om onderwijs te geven in de Grondwet opgenomen. De uitwerking van die onderwijsvrijheid zou voor het eerst haar beslag krijgen in de Lager onderwijswet 1857. In hoofdstuk 3 wordt nader op die ontstaansgeschiedenis ingegaan. Met de Lager onderwijswet 1857 kwam een definitief einde aan het vergunningstelsel en de op godsdienst gebaseerde regulering van het onderwijsaanbod. Daarmee was de schoolstrijd echter nog altijd niet beslecht.

III

De grondwetsgeschiedenis 1917

Het oprichten van een basisschool is een kostbare aangelegenheid. Het welslagen van veel stichtingsinitiatieven is vandaag de dag dan ook volledig afhankelijk van financiële ondersteuning door de overheid.¹ Sinds 1917 bepaalt artikel 23 lid 7 Grondwet in samenhang met het daaraan voorafgaande vijfde en zesde lid, dat het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs dat aan bij de wet gestelde voorwaarden voldoet evenals het openbaar onderwijs volledig wordt bekostigd. De in deze bepalingen verankerde financiële gelijkstelling tussen openbaar en bijzonder onderwijs stond aan de basis van de totstandkoming van het fijnmazige netwerk van bijzondere scholen in Nederland.² Door de financiële gelijkstelling kreeg de vrijheid van stichting reële betekenis. Dit hoofdstuk beschrijft de ontstaansgeschiedenis van het grondwettelijk recht op gelijke bekostiging. Het gaat daarmee verder waar het vorige hoofdstuk eindigde.

3.1 De grondwetsherziening 1848: een concurrentieverhouding

Met de Grondwet 1848 koos de grondwetgever, in de woorden van de toenmalige regering, voor “een nieuw stelsel van opvoeding”³ Er werd een principiële begrenzing aangebracht aan de bevoegdheid van de overheid op opvoedkundig gebied. De overheid had zich niet in te laten met de godsdienstige opvoeding die ouders voor hun kinderen hadden verkozen. Dit uitgangspunt paste in een bredere ontwikkeling waarbij kerk en staat langzaam werden ontvlochten.

De keuze voor een nieuw stelsel van opvoeding werd tot uitdrukking gebracht in een grondwettelijk gewaarborgde, zelfstandige positie voor het bijzonder onderwijs binnen het onderwijsbestel. Er kwam een overheidsvrije sfeer waarbinnen het bijzonder onderwijs een eigen visie op goed onderwijs kon worden nagestreefd.

Uit de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs volgde echter niet dat de overheid haar handen volledig van het bijzonder onderwijs moest afhouden. De overheid behield ook in de Grondwet 1848 een verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het bijzonder onderwijs.⁴ De grondwetgever vond het in 1848 vanzelfsprekend dat de overheid zou toezien op de bekwaamheid en zedelijkheid van de docenten in het bijzonder onderwijs en toezicht zou houden op de kwaliteit van dat onderwijs. Het onderwijs was dan misschien wel vrij, maar het bleef onder-

1 Noorlander en Zoontjens 2011a, p. 5.

2 Mentink 2004, p. 135; vgl. Belinfante 1849a, p. 222.

3 Mentink 1996b, p. 37.

4 Belinfante 1849a, p. 576.

worpen aan het billijk toezicht van de overheid. Daarmee moest het recht van de staat worden veiliggesteld om te zorgen voor de ontwikkeling van de jeugd.

Het kwaliteitsbegrip dat aan het overheidstoezicht op het bijzonder onderwijs ten grondslag lag, was beperkt.⁵ Ook de inhoud en de omvang van het overheids-toezicht waren niet te vergelijken met het toezicht zoals we dat vandaag de dag kennen.⁶ Uitgangspunt was dat de belangen van de staat door het bijzonder onderwijs niet mochten worden geschaad. Dat betekende onder andere dat voorkomen moest worden dat staatsgevaarlijke theorieën in het bijzonder onderwijs een voet aan de grond konden krijgen. Het bijzonder onderwijs was echter niet verplicht aan de verwezenlijking van de belangen van de staat in positieve zin bij te dragen. Daarvoor was er het openbaar onderwijs. Het openbaar onderwijs moest onverminderd de “zedelijkheid en verstandelijke beschaving der natie” waarborgen.⁷

Het onderwijs was te belangrijk voor de toekomst van de staat om volledig aan particulier initiatief over te laten. Mede om die reden was het onderwijs ooit gecentraliseerd. Het openbaar en het bijzonder onderwijs namen binnen het lager onderwijs na 1848 dan ook geen gelijkwaardige positie in. Alleen het openbaar onderwijs voorzag in het volksonderwijs.

Het openbaar onderwijs genoot de prioriteit van de overheid. Geen enkele ouder moest gedwongen worden voor het bijzonder onderwijs te kiezen.⁸ Daartoe bepaalde de Grondwet 1848 dat er overal in het rijk van overheidswege voldoende openbaar onderwijs gegeven werd. Door voldoende openbare scholen te stichten moest voor een ieder een kwalitatief goede school ter beschikking staan.⁹ Zo werd tegenwicht geboden aan de slechte kwaliteit die verwacht werd van veel nieuw op te richten bijzondere scholen. Het openbaar onderwijs moest ouders die goed onderwijs voor hun kinderen verlangden overal een veilige haven bieden.¹⁰

De Grondwet 1848 hinkte dus op twee gedachten. Enerzijds werd middels de vrijheid van onderwijs aan het bijzonder onderwijs de vrijheid gelaten een eigen visie op goed onderwijs te verwezenlijken, maar tegelijkertijd ontbrak het vertrouwen dat de op te richten bijzondere scholen altijd in staat zouden zijn te voorzien in goed onderwijs. Het werd de ambitie van de overheid om zoveel mogelijk ouders te verleiden hun kinderen op een openbare school in te schrijven.¹¹ Daarmee kwamen openbaar en bijzonder onderwijs in een scheve concurrentieverhouding te staan. Het was deze concurrentieverhouding die de richting van de schoolstrijd in de decennia na 1848 bepaalde.

5 Vgl. Storimans 1984, p. 8.

6 Dodde 2001.

7 Belinfante 1848, p. 442.

8 Buijs 1887, p. 774.

9 Mentink 1996b, p. 40.

10 Belinfante 1848, p. 442.

11 Belinfante 1848, p. 568; Belinfante 1849a, p. 576.

3.2 De Lager Onderwijswet 1857: neutraal openbaar onderwijs

Artikel 194 lid 2 Grondwet 1848 schreef voor dat de inrichting van het openbaar onderwijs met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen door de wet moest worden geregeld. In deze bepaling lag het lot van het bijzonder onderwijs besloten. Hoe neutraler de openbare school zou worden ingericht, hoe problematischer zij voor de confessionelen werd en hoe belangrijker de toekomst van het bijzonder onderwijs voor hen zou zijn.

Er waren grofweg twee modaliteiten waarin de openbare school op basis van artikel 194 lid 2 Grondwet 1848 ingericht kon worden.¹² Een eerste mogelijkheid was de openbare school als gemengde school waarin leerlingen van verschillende denominaties samen zouden komen. Dit was de openbare school uit de Schoolwet 1806. Een dergelijke gemengde school was op haar beurt in verschillende gradaties van neutraliteit denkbaar. Deze gradaties bewogen zich tussen een absolute neutraliteit enerzijds en een relatief – van plaats en omstandigheden afhankelijke – neutrale school anderzijds.

Een andere mogelijkheid was eerbied voor godsdienstige begrippen niet (uitsluitend) als een negatief, maar veeleer als een positief voorschrift te interpreteren.¹³ Dan zou op de overheid de verplichting rusten om actief bij te dragen aan de mogelijkheid van alle ouders om hun kinderen naar een school te kunnen sturen waar onderwijs werd gegeven in overeenstemming met hun godsdienstige opvattingen. Dit zou resulteren in wat destijds werd aangeduid als de openbare gezindteschool. Iedere gezindte een eigen openbare school.

De bekendste voorstander van de openbare gezindteschool was Groen van Prinsterer.¹⁴ Zowel in de aanloop naar de grondwetsherziening 1848 als tijdens de totstandkoming van de daaropvolgende Lager Onderwijswet 1857 pleitte Groen voor de (facultatieve) splitsing van de openbare school in afzonderlijke gezindtescholen.¹⁵

Van confessionele zijde werd in ieder geval stevig geopponeerd tegen de gemengde school. Een school waarin voor alle denominaties een plaats was, was per definitie voor geen enkele denominatie acceptabel. Vooral de orthodox-protestantse antirevolutionaire parlementsleden maakten zich grote zorgen over de toekomst van ons land als protestantse natie. Die toekomst en in het bijzonder de eenheid van het land waren afhankelijk van een gedegen godsdienstige of liever protestantse opvoeding.¹⁶

Voor de openbare gezindtescholen bestond in de Tweede Kamer weinig draagvlak.¹⁷ Een hernieuwde inhoudelijke bemoeienis van de overheid met religie zou een stap terug betekenen in de lange ontwikkeling van de scheiding tussen kerk en staat.

12 Groen van Prinsterer onderscheidt drie modaliteiten: Groen van Prinsterer, p. 379-380.

13 Zie in deze zin *Kamerstukken II 1854/55*, III, nr. 3, p. 49-50; *Kamerstukken II 1855/56*, LIV, nr. 4, p. 717.

14 Van Welderen Rengers 1948, p. 153; Vos 1891, p. 112.

15 Belinfante 1841, p. 332-333; vgl. Kan 1917, p. 194.

16 Groen van Prinsterer 1857, p. 322.

17 *Kamerstukken II 1855/56*, LIV, nr. 4, p. 717-718.

Hoewel een vroeg ontwerp van de Lager Onderwijswet de mogelijkheid bood voor een facultatieve splitsing van de openbare school in gezindtescholen, kwam de openbare gezindteschool er nooit.¹⁸ Wel werd in de Lager Onderwijswet 1857 zoveel mogelijk geprobeerd de bezwaren en wensen van de orthodox-protestanten te accommoderen.¹⁹ Zo bepaalde de Lager Onderwijswet 1857 dat openbare scholen christelijke en maatschappelijke deugden moesten aanleren.²⁰ Op dit punt werd de Schoolwet 1806 gehandhaafd. Op die manier moest duidelijk zijn dat Nederland een christelijke natie was. Onderwijs zonder christelijke grondslag bleef in ons land ondenkbaar.²¹ Het christendom waarop het onderwijs was gebaseerd, bleef een neutraal christendom dat uitsteeg boven de geloofsverdeeldheid.

Voor de orthodox-protestanten was deze grondslag te neutraal. Veel liever hadden zij een meer uitgesproken positief-christelijke grondslag gezien waarop van kerkwege toezicht zou worden gehouden. Volgens de regering was een dergelijke grondslag evenwel in strijd met de Grondwet. Wie de Bijbel in de school wilde halen moest zijn heil zoeken in het bijzonder onderwijs. Van der Bruggen begreep echter dat niet alle ouders de middelen hadden om hun kinderen een bijzondere school te laten bezoeken. Daarom werd in de Lager Onderwijswet 1857 bepaald dat het mogelijk was om in de openbare school buiten schooluren godsdienstonderwijs te doen geven.²²

Oorspronkelijk had Van der Bruggen bij wijze van tegemoetkoming voor het verlies van de openbare gezindteschool een regeling voorgesteld op basis waarvan bijzondere scholen gesubsidieerd konden worden. Volgens de liberalen was een dergelijk voorziening echter strijdig met de Grondwet – een standpunt dat zij lang zouden volhouden – terwijl van confessionele zijde de consequenties van het ada-

18 Een eerder voorstel bevatte wel een – beperkte – regeling voor een openbare gezindteschool: zie het eerste wetsontwerp-Van Reenen, *Kamerstukken II 1854/55*, III, nr. 1-3. Artikel 4, vierde lid, bepaalde: “Waar de plaatselijke omstandigheden het toelaten, mogen afzonderlijke openbare scholen worden ingerigt voor kinderen van dezelfde gezindheid.”; Zie Feikema 1929, p. 9; Braster 1996, p. 118.

19 Uiteraard heeft de Aprilbeweging van 1853 hiertoe bijzonder bijgedragen, tot welke stroming ook Van der Bruggen behoorde; Van Welderen Rengers 1948, p. 154. De Aprilbeweging was een groots opgezet volkspetitionnement dat zich primair richtte tegen het aangekondigde herstel van de bisschoppelijke hiërarchie. In meer algemene zin was het een uiting van onvrede over de teloorgang van het protestantse karakter van de Nederlandse staat en de daaraan ten grondslag liggende proliferatie van de scheiding van kerk en staat. Hetzelfde orthodox-protestantse smaldeel van de bevolking had zich ook tegen het ontwerp 1855 gericht, uit vrees voor de ‘deprotestantisering’ van het openbaar onderwijs. Daarop had de Koning zelf besloten het voorstel niet te ondertekenen; Braster 1996, p. 118-119. Overigens kwamen dit soort volkspetitionnementen in het verleden veelvuldig voor. Uiteindelijk schuilt in dit collectief opkomen voor belangen van bepaalde geloofsrichtingen door de mobilisatie van grote groepen geloofsgenoten de kiem voor de latere verzuiling. Vgl. De Booy 2002, p. 71-72.

20 Deze bepaling was overgenomen uit de Schoolwet 1806. Met christelijke deugden in de zin van deze bepaling werd bedoeld op meer geseculariseerde deugden dan de christelijke deugden uit de Schoolwet 1806; Dodde 1983, p. 44; vgl. *Kamerstukken II 1955/56*, LXXXIV, nr. 5, p. 982. In het ontwerp van de Lager Onderwijswet van Van Reenen had een vergelijkbare bepaling nog ontbroken. Zie voor een korte geschiedenis van het wetgevingstraject van de Wet op het lager onderwijs 1957: Diephuis 1859, p. 1-4.

21 *Kamerstukken II 1855/1856*, LIV, nr. 3, p. 452-453; *Kamerstukken II 1855/1856*, LXXXIV, nr. 7.

22 *Kamerstukken II 1855/1856*, LXXXIV, nr. 5, p. 981-982.

gium ‘wie betaalt, bepaalt’ werd gevreesd.²³ De subsidieregeling die uiteindelijk in de Lager Onderwijswet 1857 werd opgenomen, was als gevolg van alle kritiek dan ook sterk uitgekleed. Slechts in uitzonderlijke situaties kwamen bijzondere scholen voor een door provincie of gemeenten verleende subsidie in aanmerking.²⁴ De regeling was vooral bedoeld voor dunbevolkte gebieden waar in een kleine bijzondere school naar ieders tevredenheid goed onderwijs werd gegeven. Was die school niet in staat zichzelf uit het lesgeld te bedruipen, dan had het decentraal bestuur de mogelijkheid de school te ondersteunen.²⁵ Zo werd voorkomen dat onnodig openbare scholen moesten worden gesticht en goed functionerende bijzondere scholen moesten worden gesloten.²⁶ Artikel 3 onder c Lager Onderwijswet 1857 bepaalde dat:

“Aan bijzondere scholen [kan] van wege de gemeente of de provincie subsidie worden verleend onder zodanige voorwaarden als het gemeente- of provinciaal bestuur nodig acht.”

De voornaamste consequentie van het accepteren van bekostiging was dat de bijzondere scholen voor wat betreft de grondslag van het onderwijs met openbare scholen op één lijn werden gesteld. Het onderwijs moest overeenkomstig artikel 23 Lager Onderwijswet 1857 onder het aanleren van gepaste en nuttige kundigheden, dienstbaar worden gemaakt aan de ontwikkeling van de verstandelijke vermogens van de kinderen en aan hun opleiding tot alle christelijke en maatschappelijke deugden. Daarmee werden de bijzondere scholen die bekostiging ontvingen gedwongen afstand te doen van een al te uitgesproken godsdienstig profiel. Zij werden gedwongen zich neutraal op te stellen. Zo hadden de onderwijzers aan deze scholen zich te onthouden van het aanbieden van leerstellig onderwijs. Wanneer zij deze voorwaarden schonden, was het decentraal bestuur gehouden de subsidie met onmiddellijke ingang te beëindigen. Verder moest de gesubsidieerde bijzondere school algemeen toegankelijk zijn. Naast deze voorwaarden, die rechtstreeks uit de Lager Onderwijswet 1857 voortvloeiden, waren het gemeentebestuur en het

23 Feikema 1929, p. 11.

24 Diephuis 1859, p. 27; Blaupot ten Cate 1868, p. 9. Dergelijke subsidie mocht ook in natura worden verleend; Blaupot ten Cate 1868, p. 9.

25 Hemkes 1858, p. 19-21.

26 Daarmee lijkt de Lager Onderwijswet 1857 uit te gaan van een beheerscriterium voor het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Toegegeven zij dat de kenmerkende karakteristiek van de concurrentieverhouding waarin het openbaar en bijzonder onderwijs ten opzichte van elkaar door de Grondwet 1848 geplaatst waren daarin bestond, dat het openbaar onderwijs de volledige steun van de staat kreeg; die steun was bovenal een financiële steun. Het bijzonder onderwijs moest zichzelf daarentegen zien te bedruipen: vgl. Diephuis 1859, p. 25-26. Anders: Mentink 1996a, p. 14-15. De Lager Onderwijswet 1878 ging blijkens art. 3 uit van een financieel criterium voor het onderscheid openbaar-bijzonder; zie in gelijke zin *Kamerstukken II 1977/78*, 130, nr. 7, p. 59. Hoewel ook hier door art. 3 lid 3 een uitzondering werd gemaakt; Blaupot ten Cate en Moens 1879, p. 216; *Kamerstukken II 1888/89*, 89, nr. 3, p. 7. In de Lager Onderwijswet 1889 werd teruggekeerd naar het onderscheid zoals dat in de Lager Onderwijswet 1857 werd gemaakt.

provinciebestuur gerechtigd alle andere voorwaarden aan de subsidieverlening te verbinden die zij noodzakelijk achtten.²⁷

De totstandkoming van de Lager Onderwijswet 1857 maakte de confessionelen duidelijk dat zij in het openbaar onderwijs niet zouden vinden wat zij voor hun kinderen verlangden. Met die constatering verschoof alle aandacht naar het bijzonder onderwijs. Voor de katholieken kwam daar bij dat paus Pius IX zich keerde tegen een volksschool die voor alle kinderen openstond en waarop de kerk geen enkele invloed had. Bij bisschoppelijk mandement werd aan de Nederlandse katholieken duidelijk gemaakt dat zij hun kinderen alleen naar een ‘neutrale’ openbare school mochten sturen als de droevige noodzakelijkheid daartoe dwong. Voor het overige hadden zij hun kinderen onderwijs te doen genieten aan een katholieke school.²⁸

3.3 De Schoolwet-Kappeyne

3.3.1 Een kwaliteitsimpuls

Het kabinet-Kappeyne, in 1877 aangetreden, nam onmiddellijk na zijn aantreden het onderwijs ter hand. Dat verkeerde toen al jaren in zeer slechte staat.²⁹ De Lager Onderwijswet 1878 voerde een aantal verbeteringen door. Zo werd op openbare scholen het aantal leerlingen per klas verminderd en werd de positie van de onderwijzers verbeterd. Er werden hervormingen in de opleiding van onderwijzers doorgevoerd en de salarissen van de onderwijzers werden verhoogd. Ook werden voorwaarden gesteld aan de kwaliteit van de klaslokalen.³⁰

Hoewel lang niet alle maatregelen het bijzonder onderwijs rechtstreeks raakten,³¹ waren de confessionelen allerm minst gelukkig met de door Kappeyne geconcipeerde schoolwet.³² Hun bezwaren waren tweeledig. Ten eerste werd het bijzonder onderwijs – om concurrerend te blijven met het openbaar onderwijs – op indirecte wijze gedwongen om in gelijke mate als het openbaar onderwijs kwaliteitsverbeteringen door te voeren. Daardoor zouden de kosten voor het bijzonder onderwijs stijgen, zonder dat daar voor het bijzonder onderwijs een vergoeding tegenover zou staan. Ten tweede achtten de confessionelen het onredelijk dat zij via de belastingen ook nog moesten opdraaien voor de stijgende kosten van het openbaar onderwijs. Zo werden zij dubbel ‘gepakt’.

27 Diephuis 1859, p. 28.

28 Feikema 1929, p. 17; Blaupot ten Cate en Moens 1879, p. 37.

29 Illustratief is een rapport van Thorbecke uit 1872 over de staat van het onderwijs, opgesteld over de periode 1858-1869.

30 Art. 4 Lager Onderwijswet 1878 is later ten aanzien van het bijzonder onderwijs ingetrokken. Erkend werd evenwel dat het bijzonder onderwijs door het mechanisme van de concurrentie niettemin aan vergelijkbare maatstaven ten aanzien van de inrichting van klaslokalen gehouden zou zijn; *Kamerstukken II* 1881/82, 135, nr. 3.

31 Vgl. Mentink 1989, p. 46.

32 Maatregelen zoals die ten aanzien van de klassengrootte en het minimumsalaris van docenten waren opgenomen in Titel II ‘Het openbaar onderwijs’. Vgl. Feikema 1929, p. 43; vgl. Blaupot ten Cate 1868, p. 34.

Vooral het eerste bezwaar woog zwaar. De Lager Onderwijswet 1878 gaf het openbaar onderwijs een enorme stimulans in de concurrentiestrijd met het bijzonder onderwijs. Daar kwam bij dat die wet een meer verfijnde invulling gaf aan de garantiefunctie van het openbaar onderwijs. Voortaan moest iedere gemeente een genoegzaam aantal openbare scholen hebben. De confessionelen vreesden dat het netwerk van openbare scholen zich hierdoor verder zou uitbreiden, waardoor nog meer bijzondere scholen de concurrentiestrijd met de openbare school aan zouden moeten gaan.³³ Het bijzonder onderwijs moest dus wel in vergelijkbare mate een kwaliteitsverbetering doorvoeren. De kosten die dit met zich mee zou brengen, werden voor een belangrijk deel afgewenteld op de ouders van de leerlingen. De grote financiële lasten voor die ouders konden hen er weleens toe bewegen voor de openbare school te kiezen. En die school zou spoedig overal ter beschikking staan.

Om de concurrentieverhouding gelijk te trekken werd door de confessionelen gepleit voor een verplichte heffing van schoolgelden op de openbare school. Nergens in de Grondwet stond immers dat het openbaar onderwijs volledig door de overheid bekostigd moest worden.³⁴ Nu op veel openbare scholen geen schoolgeld werd geheven, werden sommige ouders op financiële gronden verleid voor het openbaar onderwijs te kiezen. Als verplichte schoolgeldheffing geen mogelijkheid was, dan moest het bijzonder onderwijs misschien eveneens bekostigd worden.

Het betoeg van de confessionelen vond aan liberale zijde weinig gehoor. Er waren twee belangrijke bezwaren. Ten eerste werd door de liberalen opgemerkt dat de Grondwet misschien niet met zoveel woorden in de weg stond aan de bekostiging van de bijzondere school door de overheid, maar een dergelijke praktijk kwam toch zeker in strijd met de idee achter de Grondwet. Het pleidooi voor bekostiging van de bijzondere school ging er immers vanuit dat de overheid het bijzonder onderwijs tegen het florerende openbaar onderwijs in bescherming moest nemen. De liberalen benadrukten nog maar eens dat in de Grondwet eerder het tegenovergestelde standpunt besloten lag. Op de overheid rustte een op artikel 194 lid 1 Grondwet 1848 terug te voeren plicht om te zorgen dat het openbaar onderwijs “aangekweekt, aanbevolen en beschermd” werd.³⁵ De overheid hoefde zich uitsluitend van inmenging ten aanzien van de aan het bijzonder onderwijs toekomende vrijheidssfeer te onthouden. Voor het overige had het bijzonder onderwijs zichzelf maar te bedruipen.³⁶

Een tweede argument tegen de bekostiging van het bijzonder onderwijs werd gevonden in de scheiding van kerk en staat. De overheid had het terrein van de

33 Feikema 1929, p. 123; *Kamerstukken II 1877/78*, 130, nr. 6, p. 45. De Lager Onderwijswet 1878 maakte definitief een einde aan de ruimte die de Lager Onderwijswet 1857 nog aan de overheid leek te laten om middels – wat wij thans zouden aanduiden als – scholen voor algemeen bijzonder onderwijs aan de grondwettelijke garantieverplichting te voldoen.

34 Nota B *Kamerstukken II 1877/78*, 130, nr. 6, p. 54.

35 Belinfante 1848, p. 399; Nota B *Kamerstukken II 1877/78*, 130, nr. 6, p. 27.

36 *Kamerstukken II 1878/79*, 130, nr. 3, p. 10.

godsdienst niet te betreden. Zij kon dan ook niet actief bijdragen aan de kosten van het bijzonder onderwijs.³⁷

Ten aanzien van katholieke scholen speelde verder de oude angst voor buitenlandse inmenging weer op. Gevreesd werd dat de rooms-katholieke scholen zouden worden gebruikt om op termijn een confessionele staat te stichten die onderworpen was aan de Heilige Stoel. Dit bracht De Meijer ertoe op te merken “dat wij de wenschen van de roomsch-katholieken, zoals ze ons uit het mandement blijken te zijn niet met een *nolumus* maar met een *non possumus* beantwoorden”.³⁸ “De vrijheid ontnemen wij u niet, maar als gij méér vraagt, als gij ons staatssubsidie vraagt voor Uwe scholen, waarop volgens het mandement de katholieke godsdienst de hoofdschotel moet zijn en al het andere slechts als bijzaak wordt beschouwd, dan antwoorden wij, met de Grondwet in de hand en met onze beginselen in het hart: *Non possumus*”.³⁹ Het zou niet lang duren of de liberalen zouden het *non possumus* krachtig teruggeworpen krijgen.⁴⁰

Als laatste uitweg wendden honderdduizenden confessionelen zich tot de koning: “Plaats Sire, onder zulk een wetvoorstel Uw Koninklijke handtekening nooit!”⁴¹ Kappeyne maakte de Koning evenwel duidelijk dat het inwilligen van dit verzoek een grove schending zou zijn van de grondslagen van de parlementaire monarchie.⁴² De Koning tekende de schoolwet-Kappeyne en daarmee was zij een feit.

3.3.2 Proliferatie van de neutraliteit

De omstandigheid dat ouders op financiële gronden gedwongen werden voor de openbare school te kiezen, was voor de confessionelen extra problematisch omdat de openbare school steeds ‘neutraler’ werd.

In de eerste jaren na de grondwetsherziening 1848 nam de openbare school vaak de godsdienstige kleur van haar omgeving aan.⁴³ Deze relatieve neutraliteit was mogelijk doordat het zwaartepunt van de uitvoering van de onderwijswetge-

37 *Kamerstukken II 1877/78*, 130, nr. 3, p. 10. Enkele protestantse Kamerleden wezen de liberalen erop dat deze benadering gelijkstond aan een keuze tegen het confessioneel onderwijs; *Nota B Kamerstukken II 1877/78*, 130, nr. 6, p. 55.

38 *Handelingen II 1877/78*, p. 998.

39 *Handelingen II 1877/78*, p. 1061-1062.

40 Van Wassenaer van Catwijck, tijdens de beraadslaging over de grondwetsherziening 1887: *Handelingen II 1885/86*, p. 1193: “Daarom vraag ik aan de Vergadering ook welwillendheid, want het zal ons onmogelijk zijn onze stem te geven aan de overige wijzigingen der Grondwet, wanneer niet aan onze van den aanvang af bestaande eischen op de eene of andere wijze kan voldaan worden. Ik zeg niet dat onze medewerking zal ontbreken. Neen, Mijnheer de Voorzitter, wij zullen medewerken in dien zin, dat wij alles met de grootste aandacht zullen beschouwen en bespreken, elk amendement beziën; maar de eindstemming van elk hoofdstuk zal bij ons moeten zijn een: NON POSSUMUS!”

41 In totaal wendden 305.000 protestanten en 164.000 katholieken zich tot de Koning; Oud en Bosmans 1997, p. 110.

42 Het advies van Kappeyne was vervat in een rapport aan de Koning; Hubrecht 1880, p. 25-35.

43 Braster 1996, p. 123.

ving bij de gemeenten lag.⁴⁴ Met de komst van de Lager Onderwijswet 1878 werd het toezicht op de neutraliteit van de openbare school gecentraliseerd.⁴⁵ De Kroon kreeg in de Lager Onderwijswet 1878 de bevoegdheid om een onderwijzer die werkzaam was op een openbare school en in strijd handelde met het (grond)wettelijke neutraliteitsvoorschrift zijn lesbevoegdheid af te nemen.⁴⁶ Ook bevatte de Lager Onderwijswet 1878 een klachtenregeling tegen het gebruik van met de neutraliteit van de openbare school strijdige leerboeken. In dergelijke gevallen besliste de minister over de vraag of de gewraakte lesboeken verboden moesten worden. Die beslissing gold vervolgens voor alle openbare scholen.⁴⁷

3.4 De grondwetsherziening 1887

Een volgende stap in deze discussie werd gezet in aanloop naar de grondwetsherziening van 1887. Vooruitlopend op die grondwetsherziening was het niet gelukt om in de staatscommissie die was ingesteld om de herziening van de Grondwet voor te bereiden, overeenstemming te bereiken over de positie van het bijzonder onderwijs.⁴⁸ Ook het tijdens de behandeling van het grondwetsherzieningsvoorstel ingediende amendement-Schaepman haalde het niet.⁴⁹ Dit amendement beoogde onder andere een nieuw vijfde lid in het grondwettelijke onderwijsartikel in te voegen. Dat vijfde lid schreef voor dat de “kosten van het lager onderwijs verstrekt aan kinderen van bedeeden of van hen, die, ofschoon niet bedeed, onvermogen zijn schoolgeld te betalen” naar een bij wet vast te stellen maatstaf aan de scholen zouden worden vergoed. Schaepman sloot ter onderbouwing voor dit deel van zijn amendement aan bij de Grondwet 1848. Aan die Grondwet lag volgens hem het uitgangspunt ten grondslag dat de “vrijheid van onderwijs (...) [niet alleen bestaat] in de vrijheid voor ieder om onder de voorwaarden door de Grondwet gesteld onderwijs te geven, maar zij evenzeer [bestaat] in de vrijheid om aan zijne kinderen enz. het onderwijs te doen geven, ‘t welk met de overtuiging van de over die kinderen gestelden strookt”. Die vrijheid kwam in de praktijk aan de minderbedeeden niet toe.⁵⁰ Volgens Schaepman moest aan die onrechtvaardigheid snel een einde wor-

44 Art. 23 Schoolwet 1857; Feikema 1929, p. 101. Van Houten was overigens geen voorstander van absolute neutraliteit, in plaats daarvan verkoos hij lokale neutraliteit, p. 107.

45 Kappeyne wilde dat er een einde kwam aan deze willekeur; Braster 1996, p. 125-126.

46 Art. 33 Lager Onderwijswet 1878.

47 Art. 34 Lager Onderwijswet 1878; Braster noemt slechts één geval; Braster 1996, p. 130.

48 Eindverslag Staatscommissie Grondwet 1884, p. 7-8; zie ter illustratie de door het lid Van Nispen voorgestelde bepalingen, p. 60. De leden De Geer van Jutphaas en De Savornin Lohman verklaarden het ontbreken van een regeling omtrent het onderwijs als een grote tekortkoming. Volgehouden kon toch immers niet worden dat, nu de onderwijskwestie anders dan de kwestie omtrent het kiesrecht de openbare orde niet verstoorde, deze grondwetsherziening niet ook draaide om de schoolstrijd. Zij achtten het welhaast uitgesloten dat een grondwetsherziening van de grond zal komen als niet ook de regeling omtrent het onderwijs ter hand wordt genomen. De ongelijke behandeling moest worden opgeheven: “Zoo ondervindt de openbare school de aanhoudende zorg, de bijzondere het aanhoudend toezicht der Reegering; de lusten komen alleen de openbare school ten goede, de lasten worden gelijkelijk tusschen allen verdeeld”; zie Eindverslag p. 68-69.

49 Er waren andere amendementen, bijv. *Kamerstukken II 1886/87*, 91, nr. 10.

50 *Kamerstukken II 1886/87*, 91, nr. 3.

den gemaakt. De meeste Kamerleden voelden echter weinig voor het amendement. Volgens hen hield het een verplichting tot subsidiëring van het bijzonder onderwijs in. Een verplichting tot subsidiering ging volgens hen te ver. Wel erkenden velen dat subsidiering van het bijzonder onderwijs niet ten principale strijdig was met de Grondwet.⁵¹ “Zij merkten het volgende op: [e]ene bevoegdheid tot het verleen van bijdragen in de kosten van bijzonder onderwijs uit openbare kassen willen vele voorstanders der bestaande schoolwetgeving zelfs uitdrukkelijk in de Grondwet erkennen; reeds de tegenwoordige Grondwet sluit die bevoegdheid niet uit. Maar tot het opnemen eener verplichting tot subsidie of restitutie in de Grondwet kunnen zij niet medewerken.”⁵² Hiermee was een belangrijke stap naar een definitieve beslechting van de schoolstrijd gezet. Voor de eerste maal werd expliciet erkend dat de scheiding van kerk en staat geen verbod voor de overheid inhield om het bijzonder onderwijs, dat vaak een religieuze grondslag kende, te bekostigen.

3.5 Subsidiewet-Mackay

Zoals hiervoor reeds bleek, kwam de ongelijke concurrentieverhouding tussen openbaar en bijzonder onderwijs in de jaren na de grondwetsherziening 1848 steeds verder onder politieke en maatschappelijke druk te staan.⁵³ Bij de opening van het parlementaire jaar op 1 mei 1888 kondigde Mackay aan dat de tijd gekomen was om de belemmeringen die in de weg stonden aan de ontwikkeling van het bijzonder onderwijs, binnen de door de Grondwet geboden kaders zoveel mogelijk op te heffen.⁵⁴

De door hem voorgestelde wijziging van de Lager Onderwijswet 1878 bevatte een regeling op basis waarvan het bijzonder onderwijs onder voorwaarden een tegemoetkoming in de kosten van het personeel kon ontvangen.⁵⁵ Die tegemoetkoming was gelijkgesteld aan de vergoeding die de staat aan de gemeenten uitkeerde ter compensatie van de door de gemeenten gemaakte (personeels)kosten voor het openbaar onderwijs.⁵⁶

3.5.1 *Subsidiewet-Mackay: gelijke zorg*

Ter rechtvaardiging van de subsidieregeling werd verwezen naar artikel 194 Grondwet 1848 en het aan deze bepaling ten grondslag liggende beginsel van godsdienstige gelijkheid en het beginsel van opvoedkundige vrijheid.⁵⁷ Deze beginselen werden alleen voor de ouders die hun heil in het openbaar onderwijs konden vinden, volledig gerespecteerd. Voor ouders die hun kinderen naar het bijzonder

51 Arntzenius 1888, p. 688, 714; Donner 1978, p. 99.

52 *Kamerstukken II* 1886/87, 91, nr. 4, p. 5.

53 Braster 1996, p. 125, 137; *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 6.

54 Vgl. *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 4.

55 De voorwaarden werden op rijksniveau vastgesteld, terwijl de bekostigingsbeslissing door Gedeputeerde Staten werd genomen.

56 Art. 54bis Lager Onderwijswet 1889.

57 Vgl. *Handelingen II* 1888/89, p. 1378-1379; *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 12.

onderwijs stuurden, stonden beide beginselen onder druk.⁵⁸ De eerste subsidieregeling voor het bijzonder onderwijs was ingegeven door de ongelijke behandeling van de ouders wier belangen in het grondwettelijke stelsel aan elkaar gelijk waren gesteld.⁵⁹ De overheid moest voor deze belangen een gelijke zorg opbrengen. Inmiddels was erkend dat de scheiding van kerk en staat aan deze gelijke zorg niet in de weg stond.

3.5.2 *Subsidiewet-Mackay: leerplicht*

Een belangrijk argument om tot bekostiging van het bijzonder onderwijs over te gaan werd gevonden in het aan het einde van de negentiende eeuw veel gehoorde pleidooi voor de invoering van een leerplicht.⁶⁰ In de ons omringende landen was reeds tot invoering van de leerplicht besloten. In de politiek werd steeds vaker het geluid gehoord dat wij niet achter konden blijven. De economische “toekomst van het volk” stond op het spel.⁶¹ Ook had de idee postgevat dat het ouderlijk opvoedingsrecht niet de vrijheid inhield om kinderen verstoken te laten blijven van het meest noodzakelijke onderwijs.⁶²

Invoering van de leerplicht was echter alleen zinvol als de overheid iets te zeggen had over het onderwijs dat door de leerplichtige leerlingen gevolgd zou worden. Dat was evenwel niet het geval. Bijna dertig procent van de leerlingen bezocht immers een bijzondere school, waarover de overheid weinig controle had. Invoering van de leerplicht betekende dat het bijzonder onderwijs integraal onderdeel van het volksonderwijs moest gaan uitmaken.⁶³

Van confessionele zijde werd geëist dat, alvorens tot invoering van de leerplicht kon worden overgegaan, een oplossing zou moeten zijn gevonden voor de voortdurende schoolstrijd. Het kon niet zo zijn dat de leerplicht ouders ertoe zou dwingen hun kinderen naar het openbaar onderwijs te sturen.⁶⁴ Als de overheid kinderen zou gaan dwingen naar school te gaan, dan moest dat volgens de confessionelen ook betekenen dat een einde werd gemaakt aan de ongelijke concurrentieverhouding tussen openbaar en bijzonder onderwijs.⁶⁵ Daarbij verwezen zij naar de grondwettelijk verankerde verplichting om de opvoedkundige vrijheid van ouders te respecteren.

Uiteindelijk werd bij de Lager Onderwijswet 1889 aan het bijzonder onderwijs een beperkt recht op subsidie toegekend. Dit betekende een wezenlijke wijziging in het grondwettelijk onderwijsbestel. Door de bekostiging werd het bijzonder onderwijs geleidelijk steeds meer naast het openbaar onderwijs gezet.

58 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 2; *Handelingen II* 1888/89, p. 1378-1379.

59 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 4-5.

60 Sperling 2010, p. 226.

61 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 3-4.

62 *Kamerstukken II* 1897/98, 160, nr. 1-3, p. 4.

63 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 4.

64 In gelijke zin: *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 10.

65 Vgl. *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 2; *Handelingen II* 1888/89, p. 1378-1379.

3.5.3 *Subsidiewet-Mackay: bekostigingsvoorwaarden*

De Lager Onderwijswet 1889 introduceerde een aantal bekostigingsvoorwaarden.⁶⁶ Deze voorwaarden vielen in twee categorieën uiteen.⁶⁷ De eerste categorie werd gevormd door de voorwaarden die rechtstreeks beoogden de kwaliteit van het onderwijs veilig te stellen.⁶⁸ Zij moesten waarborgen dat “ ’s lands geld tot het doel waartoe het gegeven wordt (...) worde besteed”. Het ging om (minimum) voorwaarden voor kwalitatief goed onderwijs. De tweede categorie voorwaarden had niet direct betrekking op de kwaliteit van het onderwijs, maar moest bovenal bewerkstelligen dat het overheidsgeld niet werd “verspild”.⁶⁹ Tot deze voorwaarden behoorde bijvoorbeeld de eis dat de school niet als een winstgevend bedrijf gehouden mocht worden.⁷⁰

Slechts één voorwaarde viel in beide categorieën. Zij schreef voor dat een school die voor bekostiging in aanmerking wilde komen onder het bestuur van een instelling of vereniging moest staan die tevens rechtspersoonlijkheid bezat. Het eerste deel van deze bekostigingsvoorwaarde, de eis dat de school onder bestuur van een instelling of vereniging stond, werd geïntroduceerd om een extra vorm van toezicht te creëren. De idee was dat deze eis tot gevolg zou hebben dat het bestuur van de school werd gevormd “door mannen wier doel van optreden geen ander kan zijn, dan om degelijk onderwijs te doen geven, aan wie het onderwijzend personeel ondergeschikt is, die tegenover de ouders der schoolgaande kinderen verantwoordelijk zijn, en die in vele gevallen in de gelegenheid zijn, de belangen van het onderwijs en van de school met de ouders der kinderen te bespreken.”⁷¹ De eis van het bezit van rechtspersoonlijkheid beoogde daarnaast een goede besteding van de subsidie veilig te stellen. De rechtspersoon kon, anders dan een natuurlijk persoon, eenvoudig op betrouwbaarheid beoordeeld worden door onderzoek te doen naar de statuten.

3.6 De Subsidiewet-Goeman Borgesius 1901

In 1901 werd de subsidieregeling in de Lager Onderwijswet 1889 alweer gewijzigd. Die wijziging was noodzakelijk geworden door de invoering van de leerplicht in 1901. Aan de voorstanders van het bijzonder onderwijs werd toegezegd dat de invoering van de leerplicht het bijzonder onderwijs in financieel opzicht niet in een slechtere positie zou brengen.

Verwacht werd dat de invoering van de leerplicht een stijging van de leerlingaantallen voor het bijzonder onderwijs met zich zou brengen.⁷² Dit zou voor het bijzonder onderwijs een stijging van de huisvestingskosten tot gevolg hebben. Daarom bood de Subsidiewet 1901 een grondslag voor een tegemoetkoming in de

66 *Kamerstukken II* 1888-89, nr. 3, p. 5.

67 Mentink 1989, p. 55 onderscheidt vier categorieën.

68 Vgl. Mentink 1989, p. 50; zie artikel 54bis Lager Onderwijswet 1889 onder 2 t/m 4.

69 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 3.

70 Zie verder art. 54bis onder a t/m d Lager Onderwijswet 1889.

71 *Handelingen I* 1888/89, p. 57.

72 Hoewel dat lang niet zeker was; *Kamerstukken II* 1900/01, 158, nr. 5, p. 33.

kosten van huisvesting. De vergoeding was afhankelijk van het aantal leerlingen dat de school bezocht. Om voor vergoeding in aanmerking te komen moest de huisvesting aan een aantal minimale kwaliteitseisen voldoen. Zo diende er voor alle leerlingen voldoende ruimte te zijn en moesten de schoolvertrekken voldoende verlicht, verwarmd en gelucht worden. Daarnaast moesten er ook voldoende wc's in de school aanwezig zijn.

Opvallend was dat het aantal leerlingen waarvoor een vergoeding in de huisvestingskosten verkregen kon worden, beperkt was. Te grote scholen werden onwenselijk geacht. De grens lag bij 584 leerlingen. Scholen die groter waren dan dit leerlingaantal ontvingen wel een tegemoetkoming in de kosten, maar die tegemoetkoming was gelijk aan die van scholen met maximaal 584 leerlingen.⁷³

3.7 De Subsidiewet-Kuyper 1905

De Lager Onderwijswet 1889 en de invoering van de leerplicht plaatsten het openbaar en het bijzonder onderwijs verder naast elkaar.⁷⁴ Van confessionele zijde werd daardoor steeds nadrukkelijker betoogd dat dit uitgangspunt ook in de financiering van het onderwijs tot uitdrukking zou moeten worden gebracht. Openbaar en bijzonder onderwijs zouden gelijk bekostigd moeten worden.⁷⁵ Vooruitlopend op een definitieve grondwettelijke regeling op dit punt werd in 1905 aan het bijzonder onderwijs onder andere een hogere vergoeding voor het salaris van de bijzondere onderwijzer toegekend. Ook leverde de overheid een hogere bijdrage aan de huisvestingskosten.

3.8 De grondwetscommissie-Heemskerk 1910

De hiervoor beschreven ontwikkeling moest vanzelfsprekend haar grondslag krijgen in een nieuw grondwettelijk onderwijsartikel.⁷⁶ Enkele jaren voordat de pacificatiecommissie aan het werk zou gaan, bleek de grondwetscommissie-Heemskerk niet in staat overeenstemming te bereiking over een grondwettelijke regeling omtrent de gelijke bekostiging.⁷⁷

Er waren twee belangrijke geschilpunten. Het eerste betrof de verhouding tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Meer in het bijzonder was de vraag of in een nieuwe grondwettelijke regeling een van deze twee onderwijssoorten de voorkeur boven de ander moest krijgen. Duidelijk was dat in 1848 het primaat aan het openbaar onderwijs was toegekend. Van confessionele zijde werd echter gepleit voor een omkering van dat uitgangspunt. Voortaan moest het bijzonder onderwijs de regel vormen.⁷⁸ Voor de overheid zou alleen nog een taak zijn weggelegd voor zover gebleken was dat er bij ouders concrete behoefte bestond aan een openbare

73 *Kamerstukken II* 1900/01, 158, nr. 3, p. 9; ook voor openbare scholen gold lange tijd een maximale schoolgrootte; Mentink 2012, p. 10.

74 Mentink 1996a, p. 17.

75 *Kamerstukken II* 1903/04, 198, nr. 3, p. 6.

76 Kan 1916, p. 17; Kan 1916, p. 91.

77 Den Hertog 2007, p. 267-272.

78 Kan 1916, p. 17.

school.⁷⁹ De liberalen voelden weinig voor dit voorstel. Het miskende de belangrijke rol die het openbaar onderwijs voor grote groepen van de bevolking vervulde.⁸⁰ Daarnaast zou dit voorstel betekenen dat de overheid een van haar belangrijkste taken – de algemene volksoontwikkeling – niet langer eigenstandig kon waarmaken. Het belangrijkste middel dat haar daartoe ter beschikking stond, het garanderen van kwalitatief goed openbaar onderwijs, zou immers in een lijdelijke positie worden gedwongen.⁸¹

Daarnaast vreesden de liberalen dat de financiële gelijkstelling voor een verslechtering van de onderwijskwaliteit zou zorgen, omdat aan het bijzonder onderwijs als gevolg van de vrijheid van onderwijs nooit dezelfde eisen konden worden gesteld als aan het openbaar onderwijs. Een voldoende kwaliteit van het bijzonder onderwijs zou alleen veilig kunnen worden gesteld door de voortdurende concurrentiestrijd tussen openbaar en bijzonder onderwijs. De financiële gelijkstelling, zo was de vrees, zou die concurrentiestrijd voor altijd in het voordeel van het bijzonder onderwijs beslechten. Het bijzonder onderwijs kon de overheidssubsidie immers aanvullen met private financiering, terwijl er voor het openbaar onderwijs alleen de overheidsbekostiging was, die dan ook nog eens met het bijzonder onderwijs moest worden gedeeld en dus over meer scholen verdeeld zou moeten worden. De liberalen vreesden dat de openbare school op deze wijze zou verworden tot een armenschool. In hun ogen zou de financiële gelijkstelling dan ook niet alleen leiden tot scheiding naar godsdienstige richtingen, maar ook tot onderscheid naar sociale klasse.⁸²

Een ander geschilpunt betrof de omvang van het kwaliteitstoezicht. Alle commissieleden waren het er – evenals de grondwetgever in 1848 – over eens dat de overheid moest zorgen voor kwalitatief goed onderwijs. De voorstanders van het bijzonder onderwijs vreesden echter dat een grondwettelijke verankering van het recht op (gelijke) bekostiging de overheid in de toekomst een aanknopingspunt zou bieden om aan het bijzonder onderwijs allerlei onderwijsinhoudelijke kwaliteitseisen te stellen.⁸³ De liberalen erkenden dat de aan het bijzonder onderwijs te stellen kwaliteitseisen niet zo ver konden gaan dat de schoolwetgeving het recht van ouders op eerbiediging van hun godsdienstige overtuiging aantastte, dan wel dit recht illusoir kon maken. Het recht van ouders ging volgens hen echter ook niet verder dan dit respect voor de godsdienstige grondslag van de school.⁸⁴

3.9 De grondwetsherziening 1917

Uiteindelijk maakte een grondwetsherziening een einde aan de schoolstrijd. De verschillende argumenten die de drijvende kracht achter de hiervoor uiteengezette ontwikkeling waren geweest, werden tijdens de grondwetsherziening 1917 nog

79 Kan 1916, p. 44, p. 79.

80 Kan 1916, p. 92.

81 Kan 1916, p. 94.

82 Kan 1916, p. 93.

83 Den Hertog 2007, p. 267-272.

84 Kan 1916, p. 95.

eens herhaald. “[H]et gevoel van onrecht gewekt door het feit dat de voorstanders van het bijzonder onderwijs de kosten van hun scholen hadden te dragen en bovendien nog voor de openbare scholen hadden te betalen”, zou met de gelijke financiële behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs worden weggenomen.⁸⁵ In het vervolg werd de “concurrentie tussen openbaar en bijzonder onderwijs met gelijke wapenen gevoerd” en zouden “de beide takken van onderwijs verbeterend op elkaar inwerken”.⁸⁶ De concurrentiestrijd had voortaan een wederkerig karakter.

Er bestond een grote noodzaak om tot een compromis te komen, want inmiddels was de Eerste Wereldoorlog in alle hevigheid ontbrand.⁸⁷ De regering verklaarde:

“Zij die zich de vraag stellen of het compromis het noodzakelijk offer waard is, mogen bedenken dat de mogelijkheid om met andersdenkenden in vrede te leven de mogelijkheid insluit dat ons geheele volk tot hooger peil van ontwikkeling wordt gebracht, beter toegerust voor den strijd des levens en beter bestand in de wedstrijd der volken.”⁸⁸

Met de financiële gelijkstelling bestond het volksonderwijs voortaan uit twee takken: het openbaar en het bijzonder onderwijs. Ook De Savorin Lohman verklaarde nu voorstander van de financiële gelijkstelling te zijn. In zijn rede verwees hij naar Groen van Prinsterer, die zo fel had gestreden voor het recht om eigen scholen op te richten om te kunnen ontsnappen aan de dwang die van boven werd opgelegd.

“Niet de leiding van de overheid was zijn grief maar de geestesdwang die van staatswege werd opgelegd. (...) Daarom ben ik ervan overtuigd dat na de financiële gelijkstelling die haat [tegen het openbaar onderwijs, SP] geheel verdwenen zal zijn, want dan zullen wij het gevoel krijgen dat uit de leiding van de overheid niets anders volgt dan de verplichting om te waken dat het onderwijs goed is en bruikbaar en goed in elkander sluitend. Dan zullen wij omdat dat onderwijs ook door bijzondere onderwijzers gegeven kan worden, te gelijk hebben verkregen dat het nu de ouders zullen zijn die zorgen dat de geestelijke richting van de opvoeding niet meer afhangt van boven af maar van hen zelf. Wanneer men zegt: de school behoort aan den ouders, dan wil dat niet zeggen dat de ouders voor het onderwijs moeten zorgen want dat vermogen zij niet, maar alleen dat zij verplicht zijn te zorgen dat de kinderen die zij hebben op te voeden blijven bij hun geloof.”⁸⁹

De financiële gelijkstelling gaf de overheid een verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat ook het bijzonder onderwijs ‘goed’ was. Die verantwoordelijkheid

85 Kan 1916, p. 540.

86 Kan 1916, p. 535.

87 Een enkeling daargelaten; Kan 1917, p. 83.

88 Kan 1916, p. 636.

89 Kan 1917, p. 209.

betekende een indringender bemoeienis met het bijzonder onderwijs. Ook het bijzonder onderwijs viel in het vervolg volledig onder de zorg van de overheid.

Een uitweg in de schoolstrijd werd voor een belangrijk deel gevonden in de constatering dat de schoolstrijd geen strijd was tussen openbaar en bijzonder onderwijs, maar tussen neutraal onderwijs en confessioneel onderwijs:

“[Die] strijd hier te lande gevoerd is in het wezen der zaak niet een strijd tusschen openbaar en bijzonder onderwijs, maar tusschen neutraal en confessioneel onderwijs. In een land met zoo uiteenlopende geestesrichtingen als het onze kan het Overheids-onderwijs niets anders zijn dan neutraal. De overheid is in godsdienstzaken geen partij [...] Voor een groot deel der natie is dit onderwijs echter niet overeen te brengen met de taak der ouders zoals godsdienst en geweten voorschrijven. Men heeft dan ook erkend, dat de vrijheid der ouders om onderwijs voor hun kinderen zelve te bepalen, zonder gewetensdwang onaantastbaar is.”⁹⁰

Met deze constatering werd de principiële grens die het de grondwetsherziening 1848 op het terrein van het onderwijs leek te hebben aangebracht voor een belangrijk deel gerelativeerd.

3.9.1 *Deugdelijkheidseisen*

De gelijkschakelijking van het openbaar en het bijzonder onderwijs, en de erkenning van het uitgangspunt dat zij in het vervolg samen vorm zouden geven aan het volksonderwijs, betekende wel dat de overheid zich nadrukkelijk moest inlaten met de kwaliteit van het bijzonder onderwijs. Voortaan moest de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs in gelijke mate zijn gewaarborgd als van het openbaar onderwijs.⁹¹ Alleen bij een gelijkwaardige deugdelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs kon de volledige bekostiging worden gerechtvaardigd. Voorkomen moest in ieder geval worden dat de overheid geld verkwistte aan het in stand houden van scholen waar slecht onderwijs werd gegeven.⁹² De overheid was dan ook niet verplicht bijzondere scholen zonder meer te bekostigen.

“De vrees van enkele leden dat als gevolg van de voorgestelde redactie ook de kosten vergoed moeten worden van scholen waar tot ongehoorzaamheid aan de wetten des lands zou worden aangespoord is ongegrond. De wetgever blijft volkomen bevoegd dat onderwijs ondeugdelijk te beschouwen.”⁹³

90 Kan 1916, p. 632.

91 Kan 1916, p. 530.

92 Kan 1916, p. 634.

93 Kan 1916, p. 641.

3.9.2 Overheidstoestemming

De vrijheid van stichting kwam tijdens de parlementaire behandeling van de grondwetsherziening 1917 ook aan bod, toen Otto een poging deed beperkingen aan te brengen op het aantal schoolstichtingen dat als gevolg van de financiële gelijkstelling te verwachten was. Hij stelde een regeling voor die bepaalde dat alvorens een bijzondere school gesticht kon worden deze school eerst door de staat erkend zou moeten worden. Otto lichtte zijn wensen als volgt toe:

“[...] Ik zou daarbij wenschen, dat een waarborg tegen versplintering van het onderwijs in het grondwetsartikel meer op de voorgrond zou worden gesteld. Dat zou heel goed kunnen. Op dit oogenblik is de stand zoo, dat men voor de oprichting van een bijzondere school slechts twee dingen vraagt, n.l. dat de commissie, die het aanvraagt, rechtspersoonlijkheid heeft en in de tweede plaats, dat zij een verklaring aflegt, dat zij voor 40 kinderen en voor de waarborgsom zal zorgen. Ik acht dit onvoldoende; het is niet te eischen, dat, wanneer men slechts met die twee dingen bij een gemeentebestuur komt, aan dit gemeentebestuur de volstrekte verplichting wordt opgelegd te gaan bouwen. Er moet dunkt mij meer gevorderd worden en ik heb mij voorgesteld dat dit aldus mogelijk zou zijn; dat de bijzondere school, die uit de staatskas wil worden betaald, zou moeten worden erkend door de Kroon, welke erkenning van zelf zou meebrengen, dat zoowel het rijksschooltoezicht als b.v. de Onderwijsraad of Gedep. Staten bij de vraag, of zulk een school voor erkenning in aanmerking komt, zou moeten worden gekend of althans zou worden gekend. (...) [D]an zouden bestaan drie soorten van scholen. In de eerste plaats de geheel vrije school op grond van de zinsnede in het grondwetsartikel dat het onderwijs vrij is, de vrije school, die niet door de staat wordt betaald. In de tweede plaats zou er komen de erkende bijzondere school; dat zou zijn de school, geheel door den staat betaald, maar dan ook voldoende aan zekere eischen door de wet gesteld. En in de derde plaats zou men de openbare school behouden.”⁹⁴

Cort van der Linden zag weinig in het door Otto voorgestelde amendement.⁹⁵ Hij zag slechts twee mogelijkheden:

“[...] of de erkenning heeft geenerlei betekenis, of zij heeft wel betekenis en dan is zij gevaarlijk, omdat de wetgever dan regelen zou kunnen stellen die met de vrijheid van het onderwijs in strijd zou komen.”⁹⁶

94 Kan 1917, p. 657. Eerder had Otto zich al laten ontvallen: “Elke groep der bevolking, Mijnheer de Voorzitter, godsdienstig, politiek of economisch, zal haar eigen school bouwen. Het kost immers niets! Waarom ook de Christian Scientists niet? De theosofen niet? De baptisten niet? Waarom ook de dogmatici onder de sociaal-democraten niet? Waarom ook de vrije socialisten niet? De anarchisten niet? De Tolstoyanen niet? De anti-militairen niet? De vegetariërs niet? Het kost immers niets. En er wordt ook niets anders aan in de weg gelegd. En de school van een ander beantwoordt toch nooit precies aan je eigen opvatting”; Kan 1917, p. 523.

95 Daarop trok Otto zijn amendement in: Kan 1917, p. 1108, 1134.

96 Kan 1917, p. 1084.

Volgens de regering mag de wetgever niet zodanige belemmeringen voor de oprichting van bijzondere scholen opwerpen dat die ertoe leiden dat de in de Grondwet verankerde vrijheid van stichting illusoir wordt, hetgeen wel zou gebeuren als de stichting van scholen afhankelijk zou worden van toestemming van de overheid.

“Dat de uitwerking van het stelsel, neergelegd in artikel 192 Grondwet [thans artikel 23 Gw, SP] tot gevolg zal hebben, dat vele ouders, die tot dusver voor hunnen kinderen van de openbare school gebruik maakten, tot stichting van bijzondere scholen zullen overgaan, en dat ook groepen, welke tot nog toe bij het bijzonder onderwijs samengingen uiteen zullen gaan is zeer begrijpelijk. Daarin drukt zich juist de vrijheid uit welke het nieuwe grondwetsartikel heeft willen brengen. De wetgever mag dus niet, zooals sommige leden schijnen te willen, zoodanige belemmeringen voor oprichting van bijzondere scholen in de weg leggen, waardoor de door de Grondwet gewilde vrijheid vrijwel illusoir wordt.”⁹⁷

3.10 Conclusie

De grondwetsherziening 1848 plaatste openbaar en bijzonder onderwijs in een concurrentieverhouding. De concurrentie moest ervoor zorgen dat de kwaliteit van het bijzonder onderwijs niet te ver bij het openbaar onderwijs achterop zou raken. Daarnaast werd door een voldoende aanbod van openbaar onderwijs te garanderen, verzekerd dat geen enkele ouder zich door de omstandigheden gedwongen zou kunnen voelen om zijn kind naar het bijzonder onderwijs te sturen.

De strijd voor financiële gelijkstelling werd voor een belangrijk deel door de concurrentie tussen openbaar en bijzonder onderwijs gekleurd. Het bijzonder onderwijs kreeg door de voortdurende kwaliteitsverbeteringen van het openbaar onderwijs steeds zwaardere financiële lasten te dragen.

De financiële gelijkstelling moest aan deze situatie een einde maken en reële betekenis toekennen aan het uitgangspunt dat in 1848 in de Grondwet was verankerd, namelijk dat de overheid de opvoedkundige opvattingen van ouders had te respecteren. In 1917 werd aanvaard dat de overheid daarnaast ook een gelijke zorg voor die opvattingen moest opbrengen. Ouders die kozen voor het bijzonder onderwijs moesten daarvan geen negatieve gevolgen ondervinden. En dus moest er een einde komen aan de ongelijke concurrentie tussen openbaar en bijzonder onderwijs.⁹⁸

De aanvaarding van deze consequentie steunde op een tweetal ontwikkelingen. Ten eerste werd een andere interpretatie gegeven aan de scheiding van kerk en staat. Geaccepteerd werd dat die scheiding niet betekende dat de overheid bijzondere scholen op religieuze grondslag niet financieel kon ondersteunen. Daarnaast werd de uitweg uit de schoolstrijd gevonden in de constatering dat deze geen strijd

⁹⁷ *Kamerstukken II 1919/20*, 86, nr. 5, p. 11.

⁹⁸ In gelijke zin *Onderwijsraad 1967*, p. 2.

was tussen openbaar en bijzonder onderwijs, maar tussen neutraal onderwijs en confessioneel onderwijs.

Met de financiële gelijkstelling werd het bijzonder onderwijs naast het openbaar onderwijs geplaatst. Samen zouden zij in het vervolg vorm geven aan het leerplichtig (volks)onderwijs. Daarmee bracht de financiële gelijkstelling een verregaande relativering van de principiële grens die in 1848 was aangebracht in de bevoegdheden van de overheid op het terrein van het onderwijs. Als gevolg van de financiële gelijkstelling zou de overheid zich voortaan intensief met de kwaliteit van het (volledig bekostigd) bijzonder onderwijs gaan bezighouden. Ook dat bijzonder onderwijs viel voortaan integraal onder de zorg van de overheid.

IV

Grondwettelijk kader

In hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 is de ontstaansgeschiedenis van de vrijheid van onderwijs en artikel 23 Grondwet geschetst. De vrijheid van stichting wordt door artikel 23 Grondwet als deelvrijheid van de vrijheid van onderwijs beschermd.

In dit hoofdstuk wordt de reikwijdte van de stichtingsvrijheid nader omljnd. Eerst wordt aan de hand van de in de voorgaande hoofdstukken uiteengezette ontstaansgeschiedenis ingegaan op het karakter van de vrijheid van onderwijs. Daarbij wordt ook antwoord gegeven op de vraag wie als drager van de vrijheid van onderwijs heeft te gelden. Tevens zal de verhouding tussen de vrijheid van onderwijs, de vrijheid van richting en het recht op gelijke bekostiging worden verduidelijkt. Tot besluit wordt ook de verhouding tussen de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van stichting bepaald.

4.1 Grondslagen van de onderwijsvrijheid

Zoals in de voorgaande twee hoofdstukken uiteen is gezet, valt de geschiedenis van artikel 23 Grondwet in twee delen uiteen. Het eerste deel leidde in 1848 tot de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs. Deel twee eindigde in 1917 met de financiële gelijkstelling tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Deze beide perioden kunnen niet los van elkaar worden gezien. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de wijze waarop zij invloed hebben gehad op de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs. Daarbij wordt vertrokken vanuit een beschrijving van de doelstellingen die aan zowel de grondwetsherziening van 1848 als de grondwetsherziening van 1917 ten grondslag lagen.

4.1.1 De vrijheid van onderwijs 1848

In hoofdstuk 2 bleek dat in aanloop naar en tijdens de grondwetsherziening 1848 een drietal argumenten werd aangedragen voor de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs. Die argumenten waren pragmatisch, systematisch en principieel van aard. Om met het pragmatische argument te beginnen. In de jaren na de grondwetsherziening van 1815 leidde de schoolstrijd tot grote (politieke en) maatschappelijke onrust. Met de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van onderwijs werd op de eerste plaats beoogd de schoolstrijd te beslechten en zo de politieke en maatschappelijke rust te doen wederkeren.

Een principiële rechtvaardiging voor de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs werd gevonden in de vrijheid van geweten. De Schoolwet 1806 die ten tijde van de grondwetsherziening 1848 en tot 1857 van kracht was,

schreef voor dat al het onderwijs op dezelfde uniforme christelijke grondslag moest zijn gebaseerd. Vele confessionele voorstanders van de vrijheid van onderwijs betoogden dat deze uniforme grondslag een ongerechtvaardigde inbreuk maakte op het recht van de huisvader om zijn kinderen naar eigen inzicht op te laten groeien. Door dit uniforme karakter werd hij gehinderd in de mogelijkheid om zijn kinderen op te voeden op een wijze die in overeenstemming was met zijn geweten. De confessionele voorstanders van de onderwijsvrijheid betoogden dat de grondwettelijk erkende vrijheid van geweten met zich bracht, dat ouders niet verplicht konden worden hun kinderen onderwijs te laten genieten dat in strijd was met hun godsdienstige overtuigingen.

Dat aan de gewetensvrijheid bescherming toekomt, was in ons deel van de wereld al lang voor de grondwetsherziening 1848 een gevestigd constitutioneel uitgangspunt. Reeds bij de Unie van Utrecht (1579) werd de gewetensvrijheid erkend.¹ Die erkenning vormt een belangrijk ankerpunt in de ontwikkeling van de grondrechtelijke bescherming in ons land. Meer systematisch kan namelijk gesteld worden dat aan de erkenning van de vrijheid van geweten de idee ten grondslag lag, dat alle burgers een gelijke waardigheid bezitten en dat de overheid die gelijke waardigheid ook als zodanig dient te respecteren.² De vrijheid van geweten vormde daarmee de eerste uitdrukking van de idee dat de overheid zich ten aanzien van visies op het goede leven neutraal heeft op te stellen. Deze notie van gelijk respect en de daaruit voortvloeiende neutraliteit ten aanzien van visies op het goede leven is een onmisbare component in het denken over grondrechtenbescherming.

Uit de notie van gelijk respect of de vrijheid van geweten volgt uiteraard niet dat aan iedere burger een ongelimiteerde handelingsvrijheid toekomt. Voor zover de vrijheid van geweten al een grondslag zou bieden voor de erkenning van de vrijheid om in overeenstemming met het geweten te handelen, zal de uitoefening van die vrijheid, zeker waar zij raakt aan het publieke domein, aan beperkingen onderhevig (moeten) zijn.³

Een verwijzing naar de vrijheid van geweten was dan ook niet voldoende om aan te tonen dat de vrijheid van onderwijs in de Grondwet moest worden opgenomen. De confessionele voorstanders van de onderwijsvrijheid konden met een beroep op de gewetensvrijheid niet logisch aantonen dat ook de vrijheid van onderwijs beschermd zou moeten worden. Het onderwijs werd tot 1848 bij uitstek tot het publieke domein gerekend. De overheid beheerste het onderwijs daarmee bijna volledig. Niet alleen stelde de overheid eisen aan de inhoud van het onderwijs, ook bepaalde zij door middel van een vergunningstelsel waar scholen gesticht konden worden. Zowel op de inhoud van het onderwijs, als op het aanbod aan onderwijs hield de overheid een stevig greep.

Tot de grondwetsherziening 1848 was in het private of huiselijke domein een vergaande handelingsvrijheid geaccepteerd. In het publieke domein was dat, ondanks het bestaan van enkele uitinggrondrechten, veel minder het geval. In aan-

1 Vermeulen 1989, p. 53-66.

2 Vgl. Dworkin 1978, p. 272-273; Van der Burg 1991, p. 105-106.

3 Vermeulen 1989.

loop naar de grondwetsherziening 1848 won de idee dat aan burgers ook in het publieke domein een zekere handelingsvrijheid moest worden gelaten, zodat zij uitvoering kunnen geven aan een particuliere visie op het goede leven, geleidelijk steeds meer aan kracht.

Het betoog dat uit de vrijheid van geweten ook volgt dat de huisvader de vrijheid heeft om de godsdienstige grondslag van het onderwijs van zijn kinderen te bepalen, kreeg extra gewicht door een argument dat werd gevonden in het systeem van grondrechtenbescherming zoals dat bij de grondwetsherziening 1848 in de Grondwet zou worden opgenomen. Ter ondersteuning van het betoog dat huisvaders ook op het terrein van het onderwijs een zekere handelingsvrijheid moesten bezitten, werd in het bijzonder gewezen op grondrechten waarvan de reikwijdte met de herziening van 1848 zou worden verruimd, of op grondrechten die voor het eerst in de Grondwet werden opgenomen. Tot die grondrechten behoorden onder andere de vrijheid van godsdienst en van drukpers. Daarnaast werd steun gezocht in de vrijheid van vereniging en betoging, die voor de eerste maal in de Grondwet 1848 werden opgenomen. Volgens voorstanders van de vrijheid van onderwijs lag in de erkenning van deze grondrechten een rechtvaardiging om ook de vrijheid van onderwijs te beschermen. De onderwijsvrijheid was in die visie een op het onderwijs toegesneden bescherming van de vrijheid van vereniging, godsdienst en – in mindere mate – meningsuiting.

Uiteindelijk werd in 1848 de vrijheid van onderwijs in de Grondwet opgenomen. Zoals in hoofdstuk 2 al bleek, had de onderwijsvrijheid zowel betrekking op de inhoud van het onderwijs als op de vraag waar scholen gesticht zouden worden en wat de (godsdienstige) grondslag van die nieuw gestichte scholen moest zijn. Daarmee kwam een einde aan het vergunningstelsel zoals dat tot dat moment functioneerde. Het vergunningstelsel was een belangrijk instrument voor de overheid om het uniforme godsdienstige karakter van het onderwijs te waarborgen.

4.1.2 De vrijheid van onderwijs 1917

De grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs in 1848 bracht de voorstanders van het bijzonder onderwijs minder dan zij aanvankelijk hadden gehoopt. Er was dan misschien wel gekozen voor een nieuw stelsel van opvoeding, maar daarmee was niet gezegd dat de overheid zich volledig van het terrein van het onderwijs terugtrok.⁴ Zo bleef de overheid door het stellen van bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen en door toezicht te houden verantwoordelijk voor een zekere minimale kwaliteit van het bijzonder onderwijs.

Belangrijker voor het verdere verloop van de schoolstrijd was echter dat de Grondwet 1848 niet alleen de vrijheid van onderwijs erkende, maar ook de verantwoordelijkheid van de overheid ten aanzien van het openbaar onderwijs pregnanter waarborgde.⁵ De grondwetgever had in 1848 tot uitgangspunt verklaard dat geen enkele ouder gedwongen mocht worden voor het bijzonder onderwijs te

4 Mentink 1996b, p. 37.

5 Mentink 1996b.

kiezen.⁶ Het openbaar onderwijs moest ouders die goed onderwijs voor hun kinderen verlangden dan ook overal een veilige haven kunnen bieden. Daar kwam bij dat het openbaar onderwijs voorzag in het volksonderwijs. Het openbaar onderwijs moest de “zedelijkheid en verstandelijke beschaving der natie” waarborgen.⁷ Mede door deze belangrijke taakstelling bepaalde de Grondwet 1848 dat het openbaar onderwijs overal in het rijk beschikbaar moest zijn.

Het uitgangspunt werd – zo bleek in hoofdstuk 3 – dat het openbaar onderwijs overal de concurrentie met het bijzonder onderwijs moest aangaan. Die concurrentiestrijd resulteerde, in samenhang met de wettelijk voorgeschreven kwaliteitsverbetering van het openbaar onderwijs, in toenemende kosten voor het bijzonder onderwijs. Al snel werd door voorstanders van het bijzonder onderwijs gepleit voor financiële ondersteuning van het bijzonder onderwijs door de overheid. Het belangrijkste argument daarbij was dat de ongelijke concurrentie tussen openbaar en bijzonder onderwijs afbreuk deed aan de uitgangspunten die aan de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs ten grondslag lagen. Dit gold in het bijzonder voor de opvoedkundige vrijheid van ouders. Ouders die een oprechte voorkeur hadden voor het bijzonder onderwijs werden, als zij voor dat bijzonder onderwijs kozen, benadeeld ten opzichte van ouders met een voorkeur voor het openbaar onderwijs. Die benadeling werd groter naarmate de overheidszorg voor het openbaar onderwijs toenam. Met de financiële gelijkstelling moesten de uitgangspunten die aan de vrijheid van onderwijs ten grondslag lagen opnieuw reële betekenis krijgen.

Overigens kregen die uitgangspunten niet alleen reële betekenis, zij verkregen ook een ruimere werkingssfeer. Waar de vrijheid van onderwijs in 1848 nog in nauw verband werd gebracht met de vrijheid van godsdienst, is in 1917 het belang van de vrijheid van onderwijs voor de opvoedkundige vrijheid van ouders in algemene zin onderstreept.⁸ Met de grondwettelijke verankering van de financiële gelijkstelling werd die algemene opvoedkundige vrijheid het nieuwe grondwettelijke richtpunt.

Als gevolg van de financiële gelijkstelling kwam er echter ook een wezenlijke verandering in de (juridische) relatie tussen de overheid en het bijzonder onderwijs. Die verandering heeft in het bijzonder haar beslag gekregen in het zesde lid van het grondwettelijke onderwijsartikel. Nog altijd bepaalt artikel 23 lid 6 Grondwet dat de wetgever de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd openbaar en bijzonder onderwijs even afdoende moet waarborgen. In deze bepaling komen drie waarborgen tot uitdrukking. Ten eerste wordt verwezen naar de eveneens op artikel 23 lid 7 Grondwet terug te voeren en op de overheid rustende verplichting om het bijzonder onderwijs dat aan bij de wet te stellen voorwaarden

6 Buijs 1887, p. 774.

7 Belinfante 1848, p. 442.

8 Zie op dit punt de uiteenzetting van Huisman e.a. 2011, p. 25-28. Zij bespreken de verruiming van de werkingssfeer uitsluitend in relatie tot de vrijheid van richting. De vraag of de ruimere kijk op de vrijheid van onderwijs die aan de grondwetsherziening van 1917 ten grondslag lag, ook betekenis had voor de vrijheid van richting blijft op dit punt onbesproken. Zie voor een ontkennend antwoord op deze vraag Groen 2012.

voldoet volledig te bekostigen.⁹ Ten tweede moet de overheid waarborgen dat de deugdelijkheid van het volledig bekostigde bijzonder onderwijs tenminste gelijk is aan dat van het openbaar onderwijs. Uit deze twee verplichtingen volgt ten derde dat de bekostiging adequaat moet zijn. Onder adequate bekostiging wordt verstaan dat het bekostigingsstelsel zodanig moet zijn ingericht, dat het volledig bekostigde bijzonder onderwijs net als het openbaar onderwijs met de ter beschikking gestelde middelen in staat is aan alle deugdelijkheidseisen te voldoen. De verplichting tot adequate bekostiging garandeert dat openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs een gelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar behouden.

In de eis van adequate bekostiging ligt niet alleen deze instrumentele waarde van de financiële gelijkstelling besloten. De financiële gelijkstelling beoogt niet uitsluitend de mogelijkheid te bieden de vrijheid van onderwijs te verwezenlijken. De eis van adequate bekostiging vormt tevens de belangrijkste illustratie van de hiervoor als fundamenteel aangeduide verandering die met de financiële gelijkstelling in het karakter van de vrijheid van onderwijs is aangebracht. Die verandering is een direct gevolg van het feit dat openbaar en bijzonder onderwijs door de financiële gelijkstelling naast elkaar werden geplaatst. Openbaar en bijzonder onderwijs gingen mede door de financiële gelijkstelling vanaf 1917 samen vormgeven aan het volksonderwijs. Met de komst van de leerplicht, die in 1901 was ingevoerd, werd dat volksonderwijs tevens een basisvoorziening, waarvan de overheid een zekere minimale kwaliteit moest waarborgen.¹⁰ In de eis van adequate bekostiging komt deze idee – het leerplichtig onderwijs als basisvoorziening – tot uitdrukking.¹¹ Het is vanuit deze optiek ook logisch dat de grondwettelijke verplichting om scholen volledig te bekostigen uitstralingseffecten heeft naar de horizontale verhouding tussen school en ouders. Bekostigde scholen mogen ouders en leerlingen niet tot het betalen van schoolgeld verplichten.¹²

Artikel 23 lid 6 Grondwet weerspiegelt de rechten van het kind op kwalitatief voldoende en toegankelijk onderwijs.¹³ De idee van kinderrechten ging op het terrein van het onderwijs tegen het einde van de negentiende eeuw een steeds

9 Mentink en Vermeulen 2011, p. 105.

10 In deze zin ook: Vermeulen 1999, p. 92; *Kamerstukken II 1888/89*, 89, nr. 3, p. 4. Uiteraard ging de invoering van de leerplicht niet uitsluitend over de belangen van kinderen. In de ons omringende landen was reeds tot invoering van de leerplicht besloten. Met het uitblijven van de leerplicht stond de economische “toekomst van het volk” op het spel; *Kamerstukken II 1888/89*, 89, nr. 10, p. 3-4.

11 In deze zin Onderwijsraad 2006, p. 58: “Een door de overheid opgelegde leerplicht geeft in ieder geval een door de overheid gegarandeerd recht op een minimale basiskwaliteit”. Later verwoordde de Onderwijsraad het als volgt in Onderwijsraad 2009, p. 15: “[U]it de individuele leerplicht vloeit een zeker leerrecht voort; dit betekent dat de overheid voor elke individuele leerling een garantie moet bieden dat het onderwijs voldoet aan minimale kwaliteitseisen”. Zie in gelijke zin op grond van artikel 13 IVESC general comment 13.

12 Mentink en Vermeulen 2011, p. 105. Een meer expliciete bescherming van het recht op kosteloos onderwijs kan worden ontleend aan het internationale recht. Hier moeten in het bijzonder worden genoemd: artikel 28 lid 1 onder a IVRK en artikel 13 lid 2 onder a IVESC. Ten overvloedige wordt opgemerkt dat geen van deze bepalingen voorschrijft dat er een duaal stelsel van onderwijsvoorzieningen moet bestaan.

13 Sperling 2010, p. 227.

belangrijker rol spelen. Zo werd geaccepteerd dat de belangen van het kind en de opvoedkundige ideeën van ouders uiteen kunnen lopen en dat de overheid een verantwoordelijkheid heeft bij het waarborgen van de rechten van het kind.¹⁴ Op het terrein van het onderwijs resulteerde dit onder andere in de Leerplichtwet 1900, maar dus ook in de in artikel 23 lid 6 Grondwet verankerde eis van adequate bekostiging. Uiteraard zijn die twee onlosmakelijk met elkaar verbonden. De overheid kon alleen tot invoering van de leerplicht overgaan, als ook in het bijzonder onderwijs aan de leerplicht kon worden voldaan. Dat betekende evenwel dat de overheid ook iets te zeggen moest krijgen over de kwaliteit van dat bijzonder onderwijs. Het is uiteindelijk in die zeggenschap dat de fundamentele wijziging van het karakter van artikel 23 Grondwet schuilt. Zij heeft erin geresulteerd dat artikel 23 Grondwet een grondrecht sui generis is geworden.

4.2 De vrijheid van onderwijs als grondrecht sui generis

In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt de vrijheid van onderwijs gewoonlijk gekarakteriseerd als een regulier klassiek grondrecht.¹⁵ Er bestaan op basis van de hiervoor beschreven geschiedenis echter goede gronden om aan te nemen dat dit niet het geval is.

4.2.1 De vrijheid van onderwijs als klassiek grondrecht

Klassieke grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van meningsuiting brengen een principiële begrenzing aan in de bevoegdheden van de overheid. Met de erkenning van het grondrecht wordt een overheidsvrije sfeer gecreëerd waarvan de grondrechtsdrager in beginsel naar eigen inzicht gebruik kan maken. De wijze waarop de grondrechtsdrager van de aan hem toekomende vrijheid gebruikmaakt, is ten principale aan de regelingsbevoegdheid van de overheid onttrokken. De vrijheid van het individu is anders gezegd niet een vrijheid die gegeven is met het oog op het bereiken van bepaalde doelen.¹⁶

Aan de principiële beperking die klassieke grondrechten beogen aan te brengen, ligt de hiervoor reeds aangestipte neutraliteitsidee ten grondslag. Zij komt erop neer dat de overheid een gelijk respect moet opbrengen voor verschillende visies op het goede leven. Klassieke grondrechten onttrekken het grondrechtelijk beschermde belang als zodanig aan de beheersbevoegdheid van de overheid. Tegelijkertijd volgt daaruit natuurlijk niet dat de overheid ieder gebruik van een grondrecht heeft te accepteren. Op de overheid rust in het bijzonder de verantwoordelijkheid om op te komen voor de belangen van de samenleving als zodanig. Het behoort zelfs tot de wezenskenmerken van de overheid dat zij het algemeen belang behartigt.¹⁷

14 *Kamerstukken II* 1897/98, 160, nr. 1-3, p. 4.

15 Donner 1978, p. 21.

16 Burkens 1989, p. 30.

17 Schlössels en Zijlstra 2010, p. 9.

De behartiging van het algemeen belang kan soms met zich brengen dat de overheid beperkingen aanbrengt in de mogelijkheden van individuele grondrechtsgerechtigden om gebruik te maken van het grondrecht. In algemene zin geldt immers dat grondrechtelijk beschermde belangen niet boven de rechtsorde staan. Zij maken integraal deel uit van die rechtsorde.¹⁸ Het grondrechtelijk beschermde belang als zodanig, maar vooral de wijze waarop particulieren uitvoering geven aan hun grondrechten, zal zich moeten verhouden tot de wijze waarop het algemeen belang in de rechtsorde vorm krijgt.¹⁹ Grondrechten bieden anders gezegd geen onbeperkte rechtvaardiging voor gedrag dat met het algemeen belang in strijd is. Dit uitgangspunt komt expliciet tot uitdrukking in grondrechtelijke beperkingsclausules.

Niet zelden hebben grondrechtelijke beperkingsclausules het karakter van doelclausuleringen. Dat geldt niet alleen voor de Grondwet, maar ook voor internationale verdragen als het EVRM. Het kenmerk van doelclausuleringen is dat zij tot uitdrukking brengen ter behartiging van welk aan het algemeen belang te onderscheiden deelbelang het grondrecht beperkt kan worden. Daarbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan het waarborgen van de volksgezondheid, het voorkomen van wanordelijkheden, of de bescherming van het verkeer.

Doelclausuleringen kenmerken zich op de tweede plaats door het feit dat het daarin tot uitdrukking gebrachte deelbelang altijd duidelijk te onderscheiden is van het grondrechtelijk beschermde belang.²⁰ Het gevolg is dat zich tussen de belangen die door het grondrecht beschermd worden en de belangen uit de doelclausulering in abstracto geen belangenconflict voordoet. Pas in een concrete situatie kan worden vastgesteld of de behartiging van een algemeen deelbelang zoals genoemd in een doelclausulering, onverenigbaar is met een bepaalde uitoefening van het grondrechtelijk beschermde belang. Ook andere grondrechtelijke beperkingsclausules die geen duidelijke doelomschrijvingen kennen, gaan van deze tweedeling uit.

De reden voor de overheid om ter behartiging van een algemeen deelbelang inbreuk te maken op een grondrechtelijk beschermd belang, steunt (bijna) altijd op een visie op de goede samenleving. Die visie kan met zich brengen dat voor een grondrechtelijk beschermde handeling die op haar beurt voortvloeit uit een bepaalde visie op het goede leven, geen plaats is in de samenleving. Uit het feit dat de overheid voor visies op het goede leven een gelijk respect moet opbrengen volgt zoals opgemerkt niet, dat iedereen altijd uitvoering mag geven aan zijn particuliere visie op het goede leven.²¹ De overheid kan en mag niet neutraal staan ten opzichte van de wijze waarop de samenleving als zodanig vorm krijgt.²²

18 Donner 1973, p. 15 e.v.

19 Philipsen en Vermeulen 2014, p. 24.

20 Burkens 1971, p. 57-87.

21 Zie in deze zin ook Vermeulen 1992.

22 Van der Burg 2009, p. 28-35.

4.2.2 *De vrijheid van onderwijs als grondrecht sui generis*

De vrijheid van onderwijs past niet goed in de hiervoor gegeven schets van klassieke grondrechten. Die constatering geldt in ieder geval sinds het karakter van de vrijheid van onderwijs door de financiële gelijkstelling ingrijpend werd gewijzigd. De grondwetgever heeft bij de grondwetsherziening ter gelegenheid van de financiële gelijkstelling zeer ruime beperkingsmogelijkheden aan de wetgever toegekend.

Artikel 23 Grondwet kent een tweetal beperkingsmogelijkheden. Ten eerste kan de wetgever de vrijheid van onderwijs beperken met een beroep op de toezichtclausule in artikel 23 lid 2 Grondwet.²³ Deze clausulering brengt in combinatie met de in artikel 23 lid 1 Grondwet verankerde overheidsverantwoordelijkheid tot uitdrukking dat de overheid een verantwoordelijkheid draagt voor het garanderen van wat door de Onderwijsraad werd aangeduid als een ‘niet-onderhandelbare’ basiskwaliteit.²⁴ Voor het bekostigd onderwijs kan de overheid – zo blijkt uit artikel 23 lid 7 Grondwet – nadere beperkingen op de vrijheid van onderwijs aanbrengen door het stellen van bekostigingsvoorwaarden.

Uit de in de voorgaande hoofdstukken uiteengezette ontstaansgeschiedenis volgt, dat de overheid aan de vormgeving van die beperkingen een eigen visie op het in artikel 23 lid 2 Grondwet vervatte (objectieve) ideaal ten grondslag kan leggen. Een objectief ideaal in de hier bedoelde zin vormt de kern van de grondrechtelijke bescherming en kent waarde toe aan een bepaalde stand van zaken. Met betrekking tot artikel 23 lid 2 Grondwet kan dit ideaal het best worden aangeduid als het ideaal van ‘goed onderwijs’.²⁵ De overheidsvisie op ‘goed onderwijs’ kan voortvloeien uit een visie op de goede samenleving, maar ook een gevolg zijn van de wens de belangen te behartigen van de personen wier belangen artikel 23 Grondwet (mede) beoogt te beschermen.²⁶

Hoewel alle klassieke grondrechten tot een objectief ideaal kunnen worden teruggebracht, kunnen deze grondrechten niet op basis van een door de overheid gehanteerde eigen visie op dat ideaal worden beperkt. De mogelijkheid om een eigen invulling aan het ideaal van ‘goed onderwijs’ te geven vormt juist de kern van de grondrechtelijke bescherming.

Het hiervoor als afwijkend aangeduide karakter van artikel 23 Grondwet is dus daarin gelegen dat het voor particulieren in lid 2 de mogelijkheid beschermt om een eigen visie op goed onderwijs na te streven, maar tegelijkertijd in lid 6 aan de overheid opdraagt om een eigen visie op goed onderwijs te verwezenlijken. Daarmee biedt artikel 23 Grondwet ruimte aan niet zelden conflicterende visies op hetzelfde ideaal van ‘goed onderwijs’.

De beperkingen van de vrijheid van onderwijs steunen op een positieve visie op het grondrechtelijk beschermde ideaal. Daarmee zijn deze beperkingen moeilijk te verenigen met de idee van klassieke grondrechten zoals die binnen de

23 In gelijke zin: Noorlander 2005.

24 Onderwijsraad 2006, p. 58.

25 Vgl. Alexy 2010, p. 354.

26 Huisman 2011a, p. 11; Belinfante 1849a, p. 222.

liberaal-rechtsstatelijke grondrechtstheorie bestaat. De beperking van klassieke grondrechten betekent gewoonlijk namelijk uitsluitend dat een bepaald gebruik van het grondrecht aan rechtssubjecten wordt ontzegd. In plaats van deze negatieve beperkingsidee gaat de vrijheid van onderwijs veeleer uit van een positieve, op de inhoud van het grondrechtelijk beschermde ideaal als zodanig terug te voeren, beperking.²⁷

De spanning die dit oplevert met de reguliere klassiek-grondrechtelijke bescherming wordt groter naarmate de overheid haar visie op het grondrechtelijk beschermde ideaal een sterkere inhoudelijke kleuring geeft. In de liberaal-rechtsstatelijke traditie is het uitgangspunt immers dat de inhoud van het grondrecht en de wijze waarop burgers van de hen toekomende grondrechten gebruikmaken buiten de regelingsbevoegdheid van de overheid liggen.²⁸ Als de overheid de bevordering van het objectieve ideaal dat in grondrechten besloten ligt tot onderwerp van haar beleid maakt, dan is van principiële beperking geen sprake meer. De overheid vervult dan veeleer een rol bij het formuleren en modelleren van de vrijheid.

Artikel 23 Grondwet is in deze zin een grondrecht sui generis. Deze bepaling biedt de overheid niet alleen de mogelijkheid, maar draagt haar in artikel 23 lid 6 Grondwet zelfs op zich niet neutraal te houden ten opzichte van de wijze waarop het onderwijs zich verwezenlijkt. Die opdracht heeft niet alleen betrekking op de belangen van de samenleving, maar behelst ook de verplichting een eigen visie op goed onderwijs als zodanig te ontwikkelen.²⁹ Anders dan alle andere klassieke grondrechten in het eerste hoofdstuk van de Grondwet, kent artikel 23 Grondwet daarmee een intrinsieke spanning. Die spanning is met de financiële gelijkstelling in artikel 23 Grondwet geïncorporeerd. Sindsdien kan de overheid zich niet neutraal opstellen ten aanzien van de stand van zaken van het onderwijs. Deze beperkingsmogelijkheid en beperkingsverplichting heeft in de afgelopen vijftig jaar aan gewicht gewonnen. Dat kwam in het bijzonder doordat in die periode het belang van de rechten van het kind aanzienlijk toenam door het grote aantal verdragen waarin de rechten van het kind werden vastgelegd. Niet alleen bepalen deze internationaalrechtelijke documenten dat kinderen recht hebben op onderwijs, maar ook dat dit onderwijs aan bepaalde inhoudelijke criteria moet voldoen.³⁰ De Onderwijsraad verklaarde een aantal jaren geleden bijvoorbeeld al dat de grondwettelijke term deugdelijkheid op grond van het internationale recht ook gaat over het recht van

27 Overigens is deze spanning ook te herkennen bij toepassing van bepalingen die misbruik van grondrechten proberen tegen te gaan, De Morree 2016, p. 142.

28 Burkens 1989, p. 30.

29 Van der Burg 2009, p. 30-31.

30 Zoontjens 2012, p. 22; Vermeulen 2005, p. 777-780.

de individuele leerling om zich te ontwikkelen en een relevante kwalificatie te behalen.³¹

Uiteindelijk komen alle door de overheid te behartigen belangen samen in artikel 23 lid 1 Grondwet. Deze bepaling kent de zorg voor het onderwijs in algemene zin toe aan de regering. Om die reden is het voorgaande ook van toepassing op het niet-bekostigd onderwijs.

Anders dan weleens wordt gesteld, kan het voorgaande niet (ook) worden verklaard vanuit de interactie tussen een sociaal grondrecht (lid 7) en een klassiek grondrecht (lid 2). Sociale grondrechten die onlosmakelijk met een klassiek grondrecht samenhangen, verwachten van de overheid dat zij de uitoefening van de particuliere vrijheid faciliteert. Daarbij ontkomt de overheid er niet aan keuzes te maken ten aanzien van de wijze waarop zij de uitoefening van die vrijheid ondersteunt. Het spreekt voor zich dat die keuzes de vrijheid van sommigen zullen beperken. Die beperkingen zijn evenwel niet het primaire doel van de verwezenlijking van het sociale grondrecht, zij zijn veeleer een noodzakelijk bijproduct. In beginsel moeten sociale grondrechten en de wijze waarop uitvoering aan die grondrechten wordt gegeven de klassieke grondrechten respecteren.³² Bij de vrijheid van onderwijs ligt dat evenwel anders. Artikel 23 Grondwet schrijft de overheid voor om vanuit een visie op de wijze waarop de vrijheid van onderwijs verwezenlijkt moet worden, beperkingen op dat grondrecht aan te brengen.

4.2.3 *De vrijheid van onderwijs en de noodzaak van accommodatie*

Het belang van artikel 23 Grondwet is op de eerste plaats daarin gelegen dat het erkent dat er tegelijkertijd verschillende visies op hetzelfde ideaal van ‘goed onderwijs’ kunnen en mogen bestaan. Werd hiervoor in de traditie van de liberaal-rechtsstatelijke visie op grondrechten nog gesproken over beperkingsmogelijkheden, eigenlijk kan het conflict tussen de verschillende visies op goed onderwijs die op basis van

31 Onderwijsraad 2012a, p. 34. In gelijke zin Zoontjens 2003, p. 4. Dat het internationale recht invloed moet hebben op de interpretatie van nationale grondrechten is deels door de Grondwet gegeven. Artikel 94 Gw bepaalt immers – voor zover relevant – dat wettelijke voorschriften (waartoe ook de Grondwet wordt gerekend) geen toepassing vinden voor zover die toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen uit internationale verdragen. Zie meer uitvoerig De Wit 2012. Deze grondwettelijke verplichting, waaraan ook de wetgever is gehouden, pleit – voor zover met de tekst van artikel 23 verenigbaar – voor een verdragsconforme interpretatie van de Grondwet. Vgl. De Lange 2006 en De Lange 2005, p. 148-150. Daarnaast kunnen ook niet-een ieder verbindende bepalingen van verdragen invloed hebben op de wijze waarop de Grondwet wordt geïnterpreteerd. Ook niet-een ieder verbindende bepalingen van verdragen maken immers integraal onderdeel uit van de Nederlandse rechtsorde (zie HR 3 maart 1919, NJ 1919, 371). Daarbij geldt op grond van internationaalrechtelijke verplichtingen dat de Nederlandse staat gehouden is haar internationaalrechtelijke verplichtingen na te komen (*pacta sunt servanda*). Van de wetgever mag worden verwacht dat hij het nakomen van deze verplichting niet onnodig frustreert door een interpretatie aan artikel 23 Grondwet te geven die in strijd is met een niet-een ieder verbindende verdragsbepaling. De staat kan op grond van het uitgangspunt *pacta sunt servanda* immers worden geacht zijn internationaalrechtelijke verplichtingen – ook voor zover het daarbij gaat om niet een ieder verbindende verdragsbepalingen – te willen nakomen.

32 Kortmann e.a. 2016, p. 385; Kortmann 1987, p. 42-43.

artikel 23 Grondwet kunnen bestaan veel beter worden geplaatst in het kader van (een noodzaak tot) accommodatie.

Aan artikel 23 Grondwet ligt een pluriformiteitsidee ten grondslag.³³ Daarmee legt artikel 23 Grondwet een grote verantwoordelijkheid bij de overheid. Het uitgangspunt is dat alle verschillende – soms met elkaar conflicterende – visies op goed onderwijs bestaansrecht hebben. De overheid moet voor al deze visies een gelijk respect opbrengen en een gelijke zorg betrachten. Duidelijk is echter ook dat deze visies lang niet altijd gelijktijdig verwezenlijkt kunnen worden. De vraag is dan welk mechanisme artikel 23 Grondwet biedt om deze conflicten tussen verschillende visies op hetzelfde ideaal van goed onderwijs te beslechten.

Vooropgesteld moet worden dat er geen mogelijkheid bestaat om de aan artikel 23 Grondwet inherente spanning reeds in abstracto weg te definiëren. Ook kan geen aansluiting worden gezocht bij de op legaliteit geënte benadering van grondrechtbeperkingen die ten grondslag ligt aan het eerste hoofdstuk van de Grondwet. Die benadering gaat ervan uit dat daar waar de Grondwet de wetgever de bevoegdheid geeft een grondrecht te beperken ten behoeve van de behartiging van een bepaald belang, het in beginsel aan de wetgever is te bepalen wat het algemeen belang vereist en hoe ver het grondrecht beperkt kan worden.

Het grote gevaar van deze benadering is dat de omvang van het beschermingsbereik verwordt tot een meerderheidsbeslissing. Dit is in het bijzonder problematisch ten aanzien van grondrechtenbescherming. Mede om die reden doet deze benadering onvoldoende recht aan de principiële spanning die in artikel 23 Grondwet besloten ligt. Zij kent te weinig gewicht toe aan de belangen die door het overheidshandelen worden getroffen. Het beslechten van conflicten tussen verschillende visies op hetzelfde ideaal die tegelijkertijd bestaansrecht hebben, laat zich niet reduceren tot een eenvoudige meerderheidsbeslissing. Als onderwijswetgeving in deze zin een eenvoudige meerderheidsbeslissing kon zijn, zou al snel miskend worden dat ook de conceptie van goed onderwijs van de grondrechtsdrager bestaansrecht heeft. Daarmee onderwaardeert de legistische benadering dat de onderwijsvrijheid in de Grondwet werd verankerd om een einde te maken aan de situatie waarin het onderwijs bijna exclusief een overheidsaangelegenheid was.³⁴

Ook het toekennen van een zeer vergaande bescherming aan de drager van de door artikel 23 Grondwet geboden bescherming moet worden afgewezen. Ook dat zou onvoldoende recht doen aan de in artikel 23 Grondwet besloten liggende inherente spanning en de verantwoordelijkheden die artikel 23 Grondwet aan de overheid toekent.

Een essentieel kenmerk van de pluriformiteitsidee die aan artikel 23 Grondwet ten grondslag ligt, is de gelijkwaardigheid van verschillende visies op goed onder-

33 Mentink en Vermeulen 2011, p. 31.

34 Zie op dit punt: Verhey 2003, p. 228-230; Kummeling 2001, p. 233; Hins 2005, p. 61. De legistische beperkingsstructuur leidt tot gewrongen constructen zoals bijvoorbeeld blijkt uit het advies van de Raad van State: *Kamerstukken II 2009/2010*, 31571, nr. 4, p. 4. Op zichzelf is de benadering van verdragsconforme interpretatie toe te juichen, maar niet ter bewaking van het basale aan grondrechten verbonden beschermingsniveau. Het eerste hoofdstuk zou in staat moeten zijn die bescherming zelf te verschaffen; zie voor een mogelijke oplossingsrichting Alexy 2010.

wijs. Het uitgangspunt is dat er verschillende visies op goed onderwijs bestaan en dat al die visies op goed onderwijs in beginsel tegelijkertijd bestaansrecht hebben. Voor zover bepaalde visies met elkaar onverenigbaar zijn, heeft de grondwetgever de wetgever opgedragen om dat conflict te beslechten. In zoverre is de wetgever aan te merken als de exclusieve interpretator van artikel 23 Grondwet.³⁵ Bij de beslechting van het conflict moet de wetgever alle visies op goed onderwijs in acht nemen. Hij mag een visie niet al bij voorbaat buiten de accommodatiepoging laten. De door artikel 23 Grondwet voorgeschreven noodzaak tot accommodatie maakt dat de onderwijswetgeving nooit tot een pure meerderheidsbeslissing kan worden gereduceerd. Het uitgangspunt is dat daar waar mogelijk zoveel mogelijk visies op goed onderwijs in de wetgeving een plaats dienen te krijgen.

Bij het proces van accommodatie mag van de wetgever op de eerste plaats worden verwacht, dat hij verantwoording aflegt over de wijze waarop hij de verschillende visies op goed onderwijs die bij het besluit betrokken zijn een plaats in de afweging heeft gegeven. Dit uitgangspunt, dat ervan uitgaat dat de wetgever zijn beslissing voldoende motiveert, brengt ook een zekere houding voor de leden van de wetgevende macht met zich mee. Het proces kan alleen succesvol verlopen als zij een zekere tolerantie opbrengen voor visies op goed onderwijs die strijdig zijn met hun eigen visie.³⁶ Voor de meerderheid geldt dat de noodzaak daartoe groter wordt naarmate een bepaalde maatregel minder steunt op een visie op de goede samenleving als zodanig en veel meer samenhangt met visies op het goede leven. Overigens zullen particuliere visies op goed onderwijs die voortvloeien uit een bepaalde visie op het goede leven, met regelmaat beschermd worden door de hierna te bespreken vrijheid van richting.

Een voorbeeld van beperkingen van de vrijheid van onderwijs die uitsluitend beogen uitvoering te geven aan een visie op de goede samenleving en niet of heel beperkt samenhangen met een visie op goed onderwijs, zijn bekostigingsvoorwaarden die de doelmatige besteding van overheidsmiddelen veilig moeten stellen. Als het conflict tussen visies op goed onderwijs in essentie is terug te voeren op conflicterende visies op het goede leven, rust op de wetgever een verantwoordelijkheid om in de onderwijswetgeving voor beide visies ruimte te maken, bijvoorbeeld door wetgeving zodanig vorm te geven dat deze visies naast elkaar kunnen bestaan. Slechts als zeer zwaarwegende argumenten daarvoor aanleiding geven, kan

35 Zie ter illustratie: Huisman e.a. 2014, p. 12; Onderwijsraad 2012a, p. 76. De wetgever is uitsluitend 'exclusieve' interpretator in de zin dat hij het conflict tussen visies op goed onderwijs beslecht. 'Exclusief' betekent niet dat de wetgever volledig vrij is in de wijze waarop hij dat conflict beslecht. Grondwetsinterpretatie kan niet worden gereduceerd tot het machtswoord van de interpretator. Dat zou in strijd zijn met de idee van een normenhiërarchie die aan het gepositiverde recht ten grondslag ligt. Kortmann 1994, p. 364. De wetgever is gebonden aan de omvang van de bevoegdheden die hem in de Grondwet zijn toebedeeld. Een wet moet altijd binnen het door de Grondwet geschapen kader blijven. Dat geldt in het bijzonder wanneer dat grondwettelijk kader tevens een grondrechtelijk kader is. In algemene zin geldt dat de interpretatie van grondrechten ten principale niet ter volledig vrije beschikking van de wetgever kan staan. Grondrechten staan er immers aan in de weg dat de vrijheden van minderheden ter vrije dispositie van de meerderheid staan.

36 Zie voor deze benadering Van der Burg 1991, p. 212-214, 228-230.

dat anders zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval als de visie op goed onderwijs van de overheid steunt op wetenschappelijke inzichten of ervaringsfeiten. Wetgeving die dienstbaar is aan dergelijke objectiveerbare uitgangspunten zal al snel acceptabel zijn, ook als deze wetgeving met zich brengt dat voor een bepaalde visie op goed onderwijs geen plaats is.

4.3 De consequentie van het sui generis karakter

De hiervoor gegeven interpretatie heeft consequenties voor de ruimte die de wetgever bij het reguleren van de vrijheid van onderwijs heeft. Hierna worden een aantal consequenties van de hiervoor gegeven interpretatie besproken. Daarbij wordt in het bijzonder ingegaan op het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden, en de mogelijkheid van decentralisatie of verticale delegatie.

4.3.1 *Het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden*

In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt aangenomen dat er op basis van de (grond)wetsgeschiedenis geen juridisch relevant onderscheid bestaat tussen bekostigingsvoorwaarden en deugdelijkheidseisen.³⁷ Dat zou in ieder geval gelden voor zover het gaat om de beperkingsbevoegdheid van de wetgever inzake de vrijheid van onderwijs.³⁸ Deze laatste interpretatie is op basis van de grondwetsgeschiedenis zeer goed verdedigbaar en in semantische zin waarschijnlijk juist. Op basis van de hiervoor uiteengezette interpretatie van artikel 23 Grondwet moet echter de conclusie worden getrokken dat er wel aanleiding bestaat om binnen de categorie deugdelijkheidseisen/bekostigingsvoorwaarden onderscheid te maken tussen verschillende soorten voorwaarden.

Ten eerste zijn er voorwaarden die de (onderwijs)kwaliteit van het volledig bekostigd bijzonder onderwijs moeten waarborgen. Zij zijn altijd terug te voeren op een bepaalde door de overheid aangehangen visie op goed onderwijs. Zij steunen op de in artikel 23 lid 6 Grondwet aan de overheid toegekende opdracht om de deugdelijkheid van het volledig bekostigd bijzonder onderwijs te garanderen.³⁹ Deze voorwaarden kunnen worden aangeduid als de deugdelijkheidseisen in eigenlijke zin. “[Zij] geven uitdrukking aan de gedachte dat onderwijs een publiek belang is en dat de overheid ter verwezenlijking van goed functionerend onderwijs condities aan het optreden van scholen mag verbinden.”⁴⁰ Deugdelijkheidseisen als hier bedoeld volgen volledig uit een door de overheid aangehangen visie op goed onderwijs. Het is in het bijzonder bij het opstellen en opleggen van dit soort eisen dat de wetgever moet proberen conflicterende visies op goed onderwijs te accommoderen.

37 Mentink 1989; Vermeulen 1999, p. 86.

38 Mentink en Vermeulen 2011, p. 98.

39 Mentink 2012.

40 Mentink 1989, p. 200.

Ten tweede zijn er voorwaarden die vooral beogen de doelmatige besteding van het overheidsgeld te garanderen.⁴¹ Deze eisen hebben niet direct betrekking op de kwaliteit van het onderwijs en zijn niet primair ingegeven door een bepaalde visie op goed onderwijs. Zij moeten vooral bewerkstelligen dat de algemene middelen niet worden ‘verspild’.⁴² Uiteraard speelt bij de beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van verspilling op de achtergrond ook een visie op goed onderwijs mee. Zulke bekostigingsvoorwaarden beogen die visie op goed onderwijs echter niet in positieve zin te faciliteren. Het doel is op de eerste plaats te voorkomen dat de met het bekostigingsstelsel verbonden kosten te hoog oplopen.⁴³ Daarmee waken deze bekostigingsvoorwaarden primair over een prudente inrichting van de overheidsfinanciën. Een bekend voorbeeld van dit type voorwaarden zijn de stichtingsnormen.⁴⁴

Uit hetgeen hiervoor uiteen is gezet, volgt dat de wetgever bij het stellen van dit soort voorwaarden een grote discretionaire ruimte heeft. In beginsel valt het opstellen van bekostigingsvoorwaarden die uitsluitend tot doel hebben de kosten van het stelsel van bekostigde scholen in de hand te houden, volledig binnen de discretionaire ruimte die aan de wetgever toekomt. De beslissingen over dit soort voorwaarden worden dan ook gewoonlijk als reguliere meerderheidsbesluiten genomen. De grondwettelijke erkenning van de vrijheid van onderwijs en de financiële gelijkstelling tussen openbaar en bijzonder onderwijs, hebben niet aan de overheid het recht willen ontnemen om te zorgen voor een prudente inrichting van de staatsfinanciën. Wel vloeien er uit het ook in artikel 23 Grondwet vervatte sociale grondrecht op financiële gelijkstelling bepaalde minimumvoorwaarden voort die de wetgever bij de inrichting van het bekostigingsstelsel in acht moet nemen.

4.3.2 *Decentralisatie: verticale delegatie*

Of delegatie in relatie tot artikel 23 Grondwet toelaatbaar is, kan niet eenvoudig uit artikel 23 Grondwet worden afgeleid. De algemene delegatieterminologie die bij de algehele grondwetsherziening 1983 in de Grondwet werd opgenomen is niet op artikel 23 Grondwet van toepassing geworden, omdat artikel 23 Grondwet buiten die algehele grondwetsherziening bleef. Ook andere herzieningspogingen die meer

41 Zie in dit kader ook de driedeling: volumemaatregelen, maatregelen ter vergroting van de financiële beheersbaarheid en overige maatregelen, zoals opgenomen in: *Kamerstukken II* 1991/92, 22397, nr. 10.

42 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 3.

43 Vgl. Huart 1925, p. 380.

44 Ten aanzien van de stichtingsnormen in gelijke zin de regering in toelichting op de WBO: “In de LOW en de KOW is om tot een zo doelmatig mogelijke spreiding van onderwijsvoorzieningen te komen, gekozen voor een stelsel van getalsnormen, gerelateerd aan het inwonertal van een gemeente. Onderwijskundige of sociaal-culturele overwegingen hebben daarbij nauwelijks een rol gespeeld. Ook wat het basisonderwijs betreft zijn wij van mening dat om tot een financieel aanvaardbare spreiding van onderwijsvoorzieningen te komen het noodzakelijk is minimumnormen vast te stellen en deze normen te relateren aan de grootte van het inwonertal van een gemeente.”; *Kamerstukken II* 1979/80, 14428, nr. 12, p. 11.

duidelijkheid moesten scheppen over de mogelijkheid van delegatie stranden vroegtijdig.⁴⁵

Duidelijk is wel dat aan de wetgever met betrekking tot artikel 23 Grondwet een dominante positie toekomt. Binnen het onderwijsrecht wordt de wetgever vaak aangeduid als de exclusieve interpretator van artikel 23 Grondwet. Op een groot aantal plaatsen wijst artikel 23 Grondwet de formele wetgever aan als het ambt dat tot nadere regelgeving bevoegd is. Dat geldt bijvoorbeeld met betrekking tot het stellen van bekostigingsvoorwaarden en deugdelijkheidseisen.

De notie dat de wetgever als de exclusieve interpretator van artikel 23 Grondwet moet worden aangemerkt, kan worden teruggevoerd op de idee van het primaat van de wetgever. Het primaat van de wetgever is op zijn beurt gebaseerd op het uitgangspunt dat aan een product van formele wetgeving een zwaarder gewicht toekomt dan aan andere vormen van regelgeving. Dat zwaardere gewicht wordt vooral ontleend aan de democratische legitimatie van de wetgever, die in vergelijking met andere regelgevende ambten meer evenwichtig is of een meer directe grondslag heeft. Daarnaast is ook het proces van formele wetgeving als zodanig meer uitgebalanceerd dan andere procedures om tot regelgeving te komen. Hierin schuilt een tweede grond om aan de positie van de formele wetgever zwaarwegend gewicht toe te kennen. Het formele wetgevingsproces biedt de grootste garantie dat alle belangen, waartoe in ieder geval ook minderheidsbelangen moeten worden gerekend, in het wetgevingsproces een plaats krijgen.⁴⁶ Dat is in het bijzonder waardevol ten aanzien van een grondrecht dat dwingt tot een zo rechtvaardig mogelijke accommodatie van minderheidsbelangen.

Het primaat van de wetgever wordt in relatie tot artikel 23 Grondwet, naast de hiervoor genoemde argumenten, ook door een aantal specifieke onderwijsrechtelijke of pacificerende argumenten gerechtvaardigd. Die argumenten zijn in het bijzonder te beschouwen als argumenten tegen delegatie van regelgevende bevoegdheden of ruime uitvoeringsbevoegdheden naar decentrale overheidsambten. Ten eerste vooronderstelde de grondwetgever dat de wetgever het best in staat was de voor de pacificatie noodzakelijke rechtsgelijkheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs te garanderen. Dit in artikel 23 lid 7 Grondwet verankerde uitgangspunt moest worden gewaarborgd door op rijksniveau vastgestelde regelgeving.⁴⁷ Voorkomen moest namelijk worden dat bekostigingsvoorwaarden op gemeentelijk niveau te zeer uit elkaar zouden gaan lopen. Dat zou tot het weer ontbranden van de schoolstrijd kunnen leiden, die juist op decentraal niveau soms fel had gewoed. De rechtsgelijkheid die een belangrijk bestanddeel vormt van de door artikel 23

45 Mentink 2004, p. 31-65.

46 Vgl. Polak e.a. 1985, p. 4.

47 Mentink en Vermeulen 2011.

Grondwet geboden bescherming staat bij dergelijke decentralisaties al snel onder druk.⁴⁸

Ten tweede draagt artikel 23 lid 1 Grondwet aan de overheid de verantwoordelijkheid op een landelijk onderwijsbestel vorm te geven. De overheidszorg voor het onderwijs brengt de verplichting tot uitdrukking om in ieder geval de inhoud van het onderwijs, ter borging van de in artikel 23 lid 6 Grondwet verankerde verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het onderwijs, op voldoende uniforme wijze te organiseren. De rijksoverheid draagt voor het gehele land de zorg voor deugdelijk onderwijs.⁴⁹ Dat vereist op rijksniveau vastgestelde regelingen.

De consequentie van alle hiervoor genoemde argumenten is dat artikel 23 Grondwet maar beperkt ruimte laat voor delegatie. Uiteraard kan delegatie niet altijd voorkomen worden. De formele wetgever heeft slechts een beperkte capaciteit en kan daardoor niet altijd alle regelingen zelf tot stand brengen.⁵⁰ Artikel 23 Grondwet draagt ook dan aan de wetgever op om conflicten tussen verschillende visies op goed onderwijs te beslechten.⁵¹

Voor zover zich een conflict tussen visies op goed onderwijs voordoet, moet de wetgever bepalen hoe die visies ten opzichte van elkaar kunnen worden geacommodeerd. Binnen die door de wetgever geboden accommodatie en de daaruit voortvloeiende kaders is delegatie toegestaan. Dat geldt zeker voor zover uitvoeringsbevoegdheden aan andere ambten binnen hetzelfde overheidsverband worden toegekend. Ook delegatie aan decentrale ambten moet toelaatbaar worden geacht voor zover het uitsluitend betreft de uitvoering van op rijksniveau vastgestelde regelingen. Voor zover het maatregelen betreft die neerkomen op een beslechting van een conflict tussen verschillende visies op goed onderwijs, kan aan decentrale ambten geen beleidsvrijheid worden gelaten. Ook een te ruime beoordelingsvrijheid is om deze reden onverenigbaar met artikel 23 Grondwet.⁵² Het toekennen van regelgevende bevoegdheden is dan op grond van artikel 23 Grondwet zelfs geheel uitgesloten. Er is veel meer ruimte voor delegatie in situaties waarin geen sprake is van het beslechten van conflicten tussen verschillende visies op goed onderwijs. In dat geval worden de grenzen aan de delegatie niet zozeer bepaald door het grondrechtelijke karakter van artikel 23 Grondwet, maar veeleer door de pacificerende functie van deze bepaling en de daarmee samenhangende argumenten.⁵³

48 Zie ter illustratie: Vonk 2016, p. 10. In ons land worden verschillen op decentraal niveau vaak gerechtvaardigd met een verwijzing naar de staatsvorm. In een gedecentraliseerde eenheidsstaat zou ongelijke behandeling voortvloeien uit de verdeling van overheidsgezag over verschillende overheidsverbanden; Nehmelman 2014, p. 324-332. Op terreinen van overheidsbeleid waar grondrechten een rol spelen gaat die rechtvaardiging niet zonder meer op. Grondrechten komen immers aan alle burgers in gelijke mate toe. Zeker voor sociale grondrechten is differentiatie tussen verschillende delen van het land bijzonder problematisch.

49 Vgl. art. 23 lid 8 Gw.

50 Zie voor andere motieven: Raijmakers 2014, p. 45-46.

51 Vgl. Vermeulen 1997, p. 173-174.

52 Zie in vergelijkbare zin Mentink 2004, p. 229-230.

53 Zie voor deze laatste benadering Mentink 2004.

Vergaande delegatie heeft in het onderwijs vooral plaatsgevonden op het terrein van de bekostiging van de huisvesting.⁵⁴ Daarbij is de gemeenteraad bevoegd verklaard om binnen de door de WPO en WVO gestelde kaders bij verordening beoordelings-, prognose- en urgentiecriteria vast te stellen aan de hand waarvan huisvestingsvoorzieningen worden toegewezen. Het college van B en W is belast met de uitvoering van de door de gemeenteraad gestelde regels. Daarbij komt ook aan het college van B en W een grote vrijheid toe.⁵⁵

Deze decentralisatie is toelaatbaar zolang de huisvesting niet nauw verbonden is met een visie op goed onderwijs. Duidelijk is dat ideeën over goed onderwijs en daarmee verband houdende pedagogische en didactische visies steeds vaker een weerslag (moeten) hebben op de onderwijshuisvesting. Het gebouw waarin de school is gehuisvest, vormt steeds vaker een integraal onderdeel van de visie op goed onderwijs. Daarmee komt de huidige huisvestingsregeling op gespannen voet te staan met de onderwijsvisie.

Met het voorgaande is niet gezegd dat artikel 23 Grondwet individuele scholen aanspraak geeft op een specifieke locatie of een gebouw dat aan alle individuele wensen voldoet. Wel ligt aan artikel 23 lid 7 Grondwet de idee ten grondslag dat de wetgever door middel van het bekostigingsstelsel de uitoefening van de vrijheid van onderwijs faciliteert. Als het schoolgebouw en de wijze waarop dit gebouw is ingericht onlosmakelijk verbonden raken met de wijze waarop grote groepen schoolstichters van hun onderwijsvrijheid gebruik willen maken, dan zal de wetgever in een wet in formele zin moeten vastleggen in hoeverre een dergelijke aanspraak voor honorering in aanmerking komt.

4.4 De vrijheid van richting als kern

Hiervoor werd betoogd dat de vrijheid van onderwijs als zodanig een grondrecht sui generis is. Dat laat onverlet dat er binnen de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs nog altijd ook een klassiek grondrechtelijke kern kan worden aangeduid in de vorm van de vrijheid van richting.⁵⁶ Richting wordt daarbij gedefinieerd als de godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag van de school. Of zoals de Hoge Raad het begrip richting in het kader van de Leerplichtwet omschreef: “een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing”.⁵⁷ In de hiervoor gegeven interpretatie van de vrijheid van onderwijs beschermt de richtingvrijheid dus een specifieke groep visies op goed onderwijs, namelijk die visies die rechtstreeks voortkomen uit een godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging.

De afgelopen jaren is van verschillende kanten gepleit voor een verruiming van het richtingbegrip.⁵⁸ Niet langer zou het begrip richting beperkt moeten blijven tot

54 Raijmakers 2014, p. 228-229.

55 Noorlander en Zoontjens 2011b.

56 Vermeulen 1994.

57 HR 6 juli 2010, NJ 2010, 422.

58 Onderwijsraad 2012a, p. 39; Huisman e.a. 2011.

de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van een school.⁵⁹ Richting zou ruim moeten worden geïnterpreteerd als een ‘fundamentele oriëntatie, ontleend aan een godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing, of aan een pedagogische visie’. De groep visies op goed onderwijs die aanspraak zouden kunnen maken op de door de vrijheid van richting geboden klassiek-grondrechtelijke bescherming zou daarmee veel ruimer worden. Voor deze ruimere interpretatie worden door haar voorstanders aanknopingspunten gevonden in de grondwetsgeschiedenis.

Hoewel de ruime interpretatie de wind in de zeilen heeft, wordt in deze studie uitgegaan van een enge (klassieke) definitie van het begrip richting. Het belangrijkste argument voor die keuze is, dat moeilijk te overzien is wat de consequentie van de ruime interpretatie moet zijn.⁶⁰ Een eerste mogelijkheid is dat, anders dan hiervoor werd gesteld, de ruime interpretatie weinig verandert aan de reikwijdte van de huidige interpretatie van het richtingbegrip. Dat zal in het bijzonder het geval zijn als aan pedagogische en didactische visies strenge eisen worden gesteld om als richting te kunnen worden aangemerkt. Zo stelden Laemers en Zoontjens zich op het standpunt dat pedagogische en didactische opvattingen die als richting worden erkend, het karakter zouden moeten hebben van wat in het kader van artikel 2 EP EVRM wordt aangeduid als ‘filosofische overtuigingen’ (philosophical convictions). Het EHRM definieert filosofische overtuigingen als “views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance”.⁶¹ Dit criterium brengt pedagogische en didactische overtuigingen dicht bij levensovertuigingen. Daarmee zou de verruiming van de reikwijdte van de richtingvrijheid beperkt kunnen zijn.

Voor zover de voorgestelde ruime interpretatie tot een (veel) ruimer beschermingsbereik voor de vrijheid van richting leidt, zal dat consequenties hebben voor de positie van de wetgever. Artikel 23 lid 5 Grondwet bepaalt immers dat de wetgever bij het opstellen van deugdelijkheidseisen de vrijheid van richting in acht moet nemen. Tot nu toe werd aangenomen dat de vrijheid van richting resulteerde in een bijna absolute bescherming van de door die vrijheid beschermde belangen.⁶²

Voor de wetgever is het van groot belang in abstracto enigszins zicht te kunnen krijgen op de handelingen die beschermd worden door de vrijheid van richting. De vrijheid van richting moet immers hanteerbaar blijven. Alleen dan is het mogelijk bij de totstandkoming van wetgeving met grondrechtelijke bescherming rekening te houden.

59 Een ruime interpretatie wordt bepleit door Akkermans 1983; Van Wezel 1989; Mentink 1996a. Meest recent hebben ook Huisman, Laemers en Zoontjens zich achter de ruime interpretatie geschaard, Huisman e.a. 2011, p. 38. Zie voor een andersluidende opvatting: Zijlstra 1989; Vermeulen 1999, p. 51-57.

60 Onderwijsraad 2012a, p. 49-54.

61 Laemers en Zoontjens 2016, p. 21; Gerards 2015.

62 Vermeulen 1994.

4.4.1 Drie modaliteiten

In algemene zin laat een verruiming van de reikwijdte van de vrijheid van richting zich in drie modaliteiten voorstellen.⁶³ Ten eerste zouden inrichtingskeuzes die het bevoegd gezag op basis van een duidelijk definieerbare pedagogisch-didactische visie maakt, dezelfde hoge mate van bescherming kunnen krijgen als tot op heden uitsluitend toekwam aan inrichtingskeuzes die terug te voeren waren op een godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Deze beschermingsmodaliteit zal naar alle waarschijnlijkheid gepaard moeten gaan met een aanzienlijke terugtred van de wetgever. De wetgever moet bij het opstellen van bekostigingsvoorwaarden de vrijheid van richting immers respecteren. De vrijheid van richting is als klassiek grondrechtelijke kern van de vrijheid van onderwijs immers zeer vergaand beschermd. Een dergelijke terugtred is evenwel een probleem, omdat artikel 23 Grondwet aan de overheid juist opdraagt zich intensief met het onderwijs bezig te houden en een eigen visie op 'goed onderwijs' na te streven, zo volgt onder andere uit artikel 23 lid 6 Grondwet.

Een oplossing voor dat probleem, en daarmee de tweede modaliteit van verruiming van het richtingbegrip, zou kunnen zijn het door de vrijheid van richting geboden beschermingsniveau te verlagen. Die uitkomst verdraagt zich moeilijk met noties van rechtszekerheid die inherent verbonden zijn met klassieke grondrechten. Zij zou erop neerkomen dat door een daad van interpretatie de klassiek grondrechtelijke bescherming van scholen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag wordt verlaagd. Een dergelijke consequentie moet bij voorbaat als onacceptabel worden afgewezen. De vrijheid van richting zou haar betekenis als (bijna) onaantastbare kern van de vrijheid van onderwijs verliezen.

De derde modaliteit kent deze bezwaren niet. In die derde variant waarop verruiming van het richtingbegrip vorm kan krijgen, wordt tot uitgangspunt genomen dat het richtingbegrip een open begrip is. Die interpretatie past in het bijzonder bij de verruiming die in 1917 ten aanzien van de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs plaatsvond. Zoals opgemerkt werd de vrijheid van onderwijs in 1917 niet exclusief in verband gebracht met de vrijheid van godsdienst. In plaats daarvan had de grondwetgever in 1917 ook oog voor het belang van de vrijheid van onderwijs voor de ruimere opvoedkundige vrijheid van ouders. De voorstanders van een ruime interpretatie van de vrijheid van richting vinden hun belangrijkste argument in die ruimere grondslag.

Aangenomen moet echter worden dat ook als de grondwetsgeschiedenis aanleiding geeft te vooronderstellen dat het richtingbegrip een open begrip is, dat niet betekent dat aan alle handelingen die in abstracto binnen de reikwijdte van de vrijheid van richting zouden kunnen vallen ook in concreto gelijke bescherming toekomt. Er bestaan goede gronden om aan te nemen dat aan godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen, ook bij een ruime interpretatie van de vrijheid

63 In gelijke zin Onderwijsraad 2016, p. 11. De Onderwijsraad definieerde nog een vierde mogelijkheid. Daarmee verliest de indeling aan betekenis. Die vierde mogelijkheid vormde immers de reden om te bezien of er reden bestaat om binnen de reikwijdte van de vrijheid van richting een nadere onderverdeling te maken.

van richting binnen de sfeer van artikel 23 Grondwet, een bijzondere bescherming toekomt.⁶⁴ Hoewel de grondwetgever het begrip richting nooit nauwkeurig heeft gedefinieerd, kan niet ontkend worden dat de grondwetgever tijdens de verschillende grondwetsherzieningen in ieder geval een bijzondere bescherming heeft willen toekennen aan godsdienstige opvattingen die door een bepaalde schoolgemeenschap worden gedeeld.⁶⁵ Deze derde modaliteit verschilt daarmee in rechtsgevolg niet van een enge interpretatie van het richtingbegrip. Derhalve wordt in dit onderzoek van de enge interpretatie van het richtingbegrip uitgegaan.

4.5 Financiële gelijkstelling

Naast de vrijheid van richting als klassiek grondrechtelijke kern van de vrijheid van onderwijs, biedt artikel 23 lid 7 Grondwet ook bescherming aan een sociaal grondrecht. Dat sociale grondrecht verplicht de overheid het bijzonder onderwijs dat aan bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs te bekostigen. Daarmee stelt het sociale grondrecht grenzen aan de vrijheid die de wetgever heeft bij de vormgeving van het bekostigingsstelsel. Niet alleen moet de wetgever bij de inrichting van het bekostigingsstelsel de vrijheid van onderwijs als grondrecht *sui generis* respecteren. Hij moet ook het bekostigingsstelsel zodanig inrichten dat wordt voldaan aan het in artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet opgenomen sociale grondrecht. Eerder werd reeds opgemerkt dat uit deze bepalingen bijvoorbeeld een verplichting tot adequate bekostiging volgt.⁶⁶ In hoofdstuk 6 wordt nader ingegaan op een aantal voorwaarden die ten aanzien van (de totstandkoming van) het onderwijsaanbod uit artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet voortvloeien.

4.6 Draggers van de onderwijsvrijheid

Dat artikel 23 Grondwet bestaansrecht toekent aan een pluriformiteit van visies op goed onderwijs, kan ondergesneeuwd raken door het beperkte aantal grondrechtsgerechtigden dat in de onderwijsrechtelijke literatuur als drager van de vrijheid van onderwijs wordt aangemerkt. In deze paragraaf wordt daarom nader op het dragerschap van de vrijheid van onderwijs ingegaan. Daarbij wordt eerst de dominante interpretatie uiteengezet waarbij het dragerschap nauw samenhangt met de karakterisering van de vrijheid van onderwijs als een producentenvrijheid. Vervolgens wordt geïllustreerd hoe deze visie op dragerschap heeft geleid tot een zeer ruim beschermingsbereik van de vrijheid van onderwijs. Vervolgens zal worden betoogd dat de hiervoor gegeven interpretatie van de vrijheid van onderwijs beter tot haar recht komt door de schoolgemeenschap en haar leden als drager van de vrijheid van onderwijs aan te merken.

64 Laemers, Philipsen en Zoontjens 2016, p. 17.

65 Vermeulen 1996, p. 7-10.

66 Par. 4.1.2.

4.6.1 De vrijheid van onderwijs als producentenvrijheid

De gangbare opvatting in de onderwijsrechtelijke literatuur is nog altijd, dat de onderwijsverstrekker de exclusieve drager van de vrijheid van onderwijs is.⁶⁷ Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de bescherming die voortvloeit uit artikel 23 lid 2 Grondwet en uit artikel 23 lid 7 Grondwet. Volgens Mentink zijn de aanspraken die voortvloeien uit artikel 23 lid 7 Grondwet accessoir aan de vrijheid van onderwijs als klassiek grondrecht.⁶⁸ Alleen degene die een beroep kan doen op de vrijheid van onderwijs uit artikel 23 lid 2 Grondwet kan zich beroepen op artikel 23 lid 7 Grondwet.⁶⁹

De vrijheid van onderwijs wordt in de onderwijsrechtelijke literatuur beschouwd als een producentenvrijheid.⁷⁰ Deze interpretatie steunt op een drietal argumenten. Een eerste argument wordt gevonden in de bewoordingen waarin de vrijheid van onderwijs in artikel 23 lid 2 Grondwet is gegoten. Vrij is het 'geven' van onderwijs.⁷¹ Vanuit de gedachte dat de woorden waarin een grondrecht is gesteld het startpunt vormen van iedere grondrechtsinterpretatie, wordt degene die onderwijs 'geeft' in de zin van artikel 23 lid 2 Grondwet als het subject van de onderwijsvrijheid beschouwd.⁷² Aanvankelijk werd daarbij vooral gedacht aan de ondernemende docent. Toen na de grondwetsherziening 1848 het recht op (gelijke) bekostiging geleidelijk (grond)wettelijk werd verankerd, werden ook rechtspersonen als entiteiten die onderwijs doen geven, als drager van de vrijheid van onderwijs aangemerkt.⁷³ Naast rechtspersonen en individuele natuurlijke personen kunnen ook collectiviteiten drager van de vrijheid van onderwijs zijn.⁷⁴ Het komt in de praktijk geregeld voor dat een groep burgers het initiatief tot schoolstichting neemt.

Een tweede argument om de vrijheid van onderwijs te beschouwen als een producentenvrijheid is gelegen in de constatering dat deze interpretatie aansluit bij de grondwetsgeschiedenis van 1848 en 1917. In de parlementaire stukken die aan die herzieningen ten grondslag lagen, wordt de onderwijsverstrekker op verschillende plaatsen als adressant van de vrijheid van onderwijs aangeduid.⁷⁵ Vooral van liberale zijde werd de vrijheid van onderwijs voorgesteld als een op het onderwijs toegesneden beroepsvrijheid.⁷⁶

Als derde nauw aan het tweede argument verbonden rechtvaardiging wordt gewezen op de situatie voorafgaand aan de grondwetsherziening van 1848. Die si-

67 Huisman 2009, p. 404-405.

68 Mentink 1996a, p. 89.

69 Mentink en Vermeulen 2011, p. 105.

70 Kortmann e.a. 2016, p. 521-522.

71 Vermeulen 1999, p. 69; Postma 1995, p. 64-69.

72 Elzinga 1996.

73 Artikel 23 lid 2 Grondwet werkt niet door in de relatie tussen de rechtspersoon en degene die namens de rechtspersoon onderwijs geeft: Huisman en Vermeulen 2007, p. 23-24.

74 Huisman 2011a, p. 10-11; vgl. over de positie van rechtspersonen als drager van grondrechten Noorlander 2005, p. 73.

75 Mentink 1996a; Scholten 1928, p. 130; Thorbecke 1843, p. 296-297.

76 Mentink en Vermeulen 2011, p. 67; Huisman 2011a, p. 10; Van Nagell tot Wisch pleitte voor "vrijheid van allen in alles"; Belinfante 1841, p. 409.

tuatie kenmerkte zich onder andere door de willekeurige toepassing van het in de Schoolwet 1806 neergelegde vergunningstelsel. De Schoolwet 1806 schreef voor dat een ieder die een school wilde oprichten daarvoor een van overheidswege verleende vergunning nodig had. Met de komst van de vrijheid van onderwijs had de onderwijsverstrekker niet langer een vergunning nodig om zijn diensten aan te kunnen bieden. De ondernemende docent, die toentertijd verantwoordelijk was voor het grootste deel van het onderwijsaanbod, kreeg de mogelijkheid zijn beroep als onderwijzer in vrijheid uit te oefenen.⁷⁷

Dit laatste argument past goed bij de gangbare liberaal-rechtsstatelijke visie op grondrechten. In die visie vormen klassieke grondrechten vooral een reactie op de overmatige uitoefening van overheidsmacht.⁷⁸

4.6.2 Ruime definitie van onderwijs

De interpretatie die stelt dat de vrijheid van onderwijs primair aan producenten toekomt, heeft grote invloed gehad op de reikwijdte van artikel 23 lid 2 Grondwet. Gesteund door de hiervoor genoemde visie op het dragerschap van artikel 23 Grondwet las A.G. Loeff in artikel 208 lid 2 Grondwet 1953 een algemene beroeps-vrijheid op het terrein van het onderwijs. Daarmee ontkende hij dat de grondwet-gever het begrip ‘onderwijs’ in artikel 208 lid 2 Grondwet 1953 in materiële zin heeft willen definiëren. Ook de Hoge Raad was dit standpunt toegedaan.⁷⁹

In algemene zin zijn er twee interpretaties van de term ‘onderwijs’ denkbaar. Een materiële definitie van ‘onderwijs’ brengt tot uitdrukking welke ‘onderwijssectoren’ door artikel 23 lid 2 Grondwet worden beschermd. Een aanknopingspunt voor een dergelijke inhoudelijke definitie kon lange tijd in artikel 23 lid 2 Grondwet zelf worden gevonden. Het tweede lid van artikel 208 Grondwet 1953 bepaalde dat het geven van onderwijs vrij was, maar dat er ten aanzien van het ‘algemeen vormend lager en middelbaar onderwijs’ wel bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen aan de onderwijsgever konden worden gesteld. Het ‘algemeen vormend lager en middelbaar onderwijs’ moest dus in ieder geval als grondrechtelijk beschermd worden aangemerkt.⁸⁰ De toevoeging ‘algemeen vormend’ werd in 1917 in de Grondwet opgenomen. Zij moest het (meer) uitgebreid lager onderwijs, dat wel binnen de reikwijdte van de onderwijsvrijheid viel, van het stellen van bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen vrijwaren.⁸¹ Ook het beroepsonderwijs werd op deze wijze buiten de reikwijdte van het voorbehoud uit artikel 23 lid 2 Grondwet geplaatst. Wel viel ook het beroepsonderwijs binnen de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs.⁸²

77 Huisman 2009, p. 405; Vermeulen 1999, p. 69; Mentink 1996a, p. 59.

78 Burkens e.a. 2017, p. 126-127.

79 HR 10 december 1957, NJ 1958/176, p. 382 e.v.

80 Daartoe kon ook het voorbereidend lager onderwijs worden gerekend: HR 7 december 1934, NJ 1935/392; vgl. Huisman 2012.

81 Postma 1995, p. 366.

82 Kan 1916, p. 480c; Mentink en Vermeulen 2011, p. 39-40; Huart 1925, p. 351-354.

Dat de Grondwet 1848 slechts een grondslag bood voor het stellen van bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen aan het lager en middelbaar onderwijs is mede gelegen in de omstandigheid dat de katholieken het onderwijs aan de seminaria, dat tot het hoger onderwijs werd gerekend, niet onder de werkingssfeer van de bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen wensten te brengen. Ook voor hoger onderwijs gold de vrijheid van onderwijs.⁸³ Mede om die reden bepaalde de Grondwet dat de wetgever bevoegd was bekwaamheids- en zedelijkheidseisen te stellen voor zover het ging om het lager en middelbaar onderwijs. De reikwijdte van artikel 194 Grondwet 1848 was niet tot het lager en middelbaar onderwijs beperkt.

Een groot aantal van de door de overheid gereguleerde onderwijssectoren valt daarmee *prima facie* binnen de reikwijdte van artikel 23 lid 2 Grondwet. Onduidelijk was lange tijd of de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs zich ook uitstrekt tot sectoren waarvan niet zonder meer duidelijk is of de grondwetgever die onder de reikwijdte van artikel 23 Grondwet heeft willen brengen. Dat geldt bijvoorbeeld voor onderwijssectoren die ten tijde van de grondwetsherziening van 1848 nog niet bestonden. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het geven van autorijles. Moet de werkingssfeer van de vrijheid van onderwijs zo ruim worden opgevat dat daaronder ook het geven van autorijles kan worden geschaard? Zoals hiervoor werd opgemerkt beantwoordde de Hoge Raad deze vraag bevestigend.⁸⁴ Uit de grondwetsgeschiedenis, noch uit de bewoordingen van artikel 208 lid 2 Grondwet 1953 kon volgens de Hoge Raad worden opgemaakt dat het begrip 'onderwijs' beperkt moest worden uitgelegd. De grondwetsgeschiedenis en de tekst van artikel 208 lid 2 Grondwet maakten geen onderscheid tussen soorten onderwijs. De Hoge Raad ging ervan uit dat de grondwetgever de vrijheid van onderwijs niet inhoudelijk had willen definiëren.

Uit het ontbreken van een materiële definitie volgt de noodzaak van een formele definitie. De afwezigheid van zowel een formele als een materiële definitie zou immers neerkomen op de afwezigheid van *iedere* definitie en daarmee zou het begrip 'onderwijs' tot juridisch onhanteerbare proporties worden opgerekt.⁸⁵ De conclusie dat aan artikel 23 lid 2 Grondwet in ieder geval een formele definitie ten grondslag ligt, dringt zich ook op wanneer dat begrip 'onderwijs' wordt beschouwd in combinatie met het werkwoord 'geven'. Op dit punt vallen de betekenissen van de bestanddelen 'onderwijs' en 'geven van onderwijs' samen.⁸⁶

De ruime interpretatie die de Hoge Raad aan het begrip onderwijs in de Grondwet gaf, werkte ook op andere terreinen van het recht door. Zo werd aan het begrip 'onderwijsinrichting' in artikel 2 lid 1 aanhef en onder b BBA dezelfde ruime

83 Vgl. HR 10 december 1957, *NJ* 1958/176, p. 385; Donner 1973, p. 4-5; Scholten 1928, p. 34. Zie voor een korte geschiedenis: Groen 2017, p. 48-49. Wat onder het middelbaar onderwijs werd verstaan was lange tijd echter onduidelijk. Dat is opmerkelijk omdat het begrippenpaar lager en middelbaar onderwijs reeds in de Grondwet 1815 was terug te vinden: Buijs 1887, p. 766-767; Boekholt en De Booy 1987, p. 125. In 1863 kwam de eerste Wet op het middelbaar onderwijs tot stand.

84 HR 10 december 1957, *NJ* 1958, p. 382-387 (Goudse Rijkschool).

85 Vermeulen 1989, p. 122.

86 Drop 1985, p. 14.

uitleg gegeven. Dit artikel bepaalde dat voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst van onderwijzend en docerend personeel werkzaam aan onderwijsinrichtingen geen voorafgaande toestemming van het UWV nodig was. Tot onderwijsinrichtingen in de zin van deze bepaling werden rijsscholen, maar ook instellingen voor kantklossen gerekend.⁸⁷

De consequentie van de jurisprudentie van de Hoge Raad was dat het beschermingsbereik van de vrijheid van onderwijs enorm werd opgerekt. Het gevolg liet zich raden. Door de verruiming van de reikwijdte voelde de grondwetgever zich genoodzaakt ook de beperkingsmogelijkheden te verruimen. Voor een aantal van de onderwijsvormen die door de interpretatie van de Hoge Raad grondrechtelijke bescherming verkregen, bestond volgens de grondwetgever de noodzaak bekwaamheids- en zedelijkheidseisen te kunnen stellen. Die mogelijkheid was in artikel 208 Grondwet 1953 echter beperkt tot het algemeen vormend lager en middelbaar onderwijs.⁸⁸ Zo stond de Grondwet in de weg aan het stellen van bekwaamheidseisen aan de rij- en vlieg instructeurs.⁸⁹

Met de grondwetsherziening 1972 werd de bevoegdheid tot het stellen van bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen uitgebreid. De beperking tot het algemeen vormend lager en middelbaar onderwijs kwam te vervallen. Voortaan werd aan de wetgever overgelaten te bepalen voor welke vormen van onderwijs bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen zouden worden gesteld. Met deze grondwetsherziening werd de ruime reikwijdte tot grondslag van artikel 23 Grondwet gemaakt. Sindsdien moet worden aangenomen dat artikel 23 lid 2 Grondwet het onderwijs in algemene zin beschermt.⁹⁰ Tijdens de grondwetsherziening 1972 werd het onderwijs gedefinieerd als “een proces tussen een of meer leermeesters en een of meer leerlingen, waarbij opzettelijk, systematisch en doelgericht hetzij kennis wordt overgedragen, hetzij een vaardigheid wordt bijgebracht, hetzij hulp bij het doen verwerven van inzicht wordt geboden.”⁹¹ Deze definitie sluit aan bij wat naar normaal spraakgebruik onder het ‘geven van onderwijs’ wordt verstaan.⁹²

4.6.3 Ouders als belanghebbenden

Uit het voorgaande volgt dat de leerling en zijn of haar ouders in hun hoedanigheid van leerling of ouder geen rechtstreeks beroep op artikel 23 lid 2 Grondwet toekomt. In de nog altijd gangbare opvatting zijn zij als zodanig geen drager van de

87 HR 19 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6687 (Beijer/Smit); Rb. Den Haag 28 november 1984, NJ 1986.

88 *Kamerstukken II* 1970/71, 11101, nr. 5, p. 1.

89 *Kamerstukken II* 1970/71, 11101, nr. 3; vgl. Akkermans 1980, p. 25. Overigens werden dergelijke eisen ook over de bandbreedte van bekostigingsvoorwaarden of de erkenning van diploma's aan het onderwijs gesteld.

90 *Kamerstukken II* 1970/71, 11101, nr. 5, p. 2; vgl. Akkermans 1980, p. 60.

91 *Handelingen I* 1970/71, 11101, p. 842; Akkermans 1980, p. 26; vgl. Thorbecke 1829, p. 26.

92 *Kamerstukken II* 1971/72, 11310, 35, p. 2; *Kamerstukken I*, 1971/72, 11310, nr. 58, p. 1. Aangenomen wordt dat het onderwijsondersteuningsstelsel niet als zodanig binnen het beschermingsbereik van artikel 23 lid 2 Grondwet valt. Vgl. Vermeulen 1999, p. 24; Akkermans 1980, p. 60; Mentink 1989, p. 34 (noot 8); ABRvS 16 mei 1990, *NTOR* 1991, p. 133-139.

vrijheid van onderwijs. De interpretatie die de Hoge Raad ertoe bracht de vrijheid van onderwijs als een algemene producentenvrijheid op het gebied van het onderwijs te erkennen en daarmee ruim te interpreteren, is echter gebaseerd op een beperkte kijk op de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 Grondwet. Zij miskent dat zowel de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs als de financiële gelijkstelling bijna volledig draaiden om de belangen van ouders en leerlingen.

4.6.3.1 Belangencongruentie

In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt geprobeerd de spanning tussen de beperkte groep rechthebbenden en de ontstaansgeschiedenis van de vrijheid van onderwijs weg te nemen door de erkenning van de dubbele grondslag. Die dubbele grondslag brengt met zich dat artikel 23 Grondwet zowel het belang van de onderwijsverstrekker als de opvoedkundige vrijheid van ouders beschermt.⁹³

De idee van de vrijheid van onderwijs als een producentenvrijheid speelde als zelfstandige rechtvaardiging voor de onderwijsvrijheid gedurende de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 Grondwet een ondergeschikte rol. Voor zover de idee van een producentenvrijheid al een rol speelde, werd ervan uitgegaan dat door aan de onderwijsverstrekker de vrijheid van onderwijs toe te kennen en de uitoefening van die vrijheid met financiële bijstand te faciliteren, een gevarieerd aanbod tot stand kon komen waarbinnen ouders in staat zouden zijn een school te vinden die aansluit bij hun opvoedkundige opvattingen.⁹⁴ De vrijheid van de onderwijsverstrekker was veeleer een middel tot het bereiken van een doel, namelijk het verzekeren van de opvoedkundige vrijheid van ouders.⁹⁵

Deze interpretatie van de vrijheid van onderwijs vooronderstelt dat de belangen van onderwijsaanbieders en ouders parallel lopen. In beginsel lijkt deze belangencongruentie op stelselniveau aannemelijk. Door aan de (potentiële) onderwijsverstrekkers de vrijheid te laten eigen scholen op te richten en de oprichting van scholen financieel te ondersteunen, zal er voor ouders keuzeruimte ontstaan. Dat geldt in het bijzonder als de belangen van ouders ook worden meegewogen bij de inrichting van het bekostigingsstelsel.⁹⁶

Het uitgangspunt dat bescherming van de onderwijsverstrekker ook ten goede komt aan de opvoedkundige vrijheid van ouders, gaat zeker op zolang er voor ouders reële mogelijkheden bestaan om zelf onderwijsverstrekker te worden. Dan is de vrijheid van onderwijs voor hen daadwerkelijk een direct middel tot het verwezenlijken van hun opvoedkundige belangen in het onderwijs.

93 Huisman 2011a, p. 10.

94 Vgl. Luijben in Belinfante 1840a, p. 100-101; Mackay in Belinfante 1849b, p. 567. Beide parlementsleden geloofden in een *laissez faire*-aanpak ter bescherming van de rechten van ouders; Mentink en Vermeulen 2011, p. 68.

95 In deze zin: Donner 1978, p. 22.

96 Vermeulen 1999, p. 41; Huisman 2002, p. 43-44.

4.6.3.2 Een kritiek: belangencongruentie onder druk

Op de vooronderstelde belangencongruentie tussen de drager van de vrijheid van onderwijs en de ouders die voor hun kinderen onderwijs zoeken dat aansluit bij hun opvoedkundige opvattingen, valt het nodige af te dingen. In de praktijk blijkt die congruentie lang niet altijd te worden verwezenlijkt.

De vrijheid van onderwijs als producentenvrijheid dient de belangen van ouders op twee manieren. Ouders die niet tevreden zijn met het aanbod dat zich in hun omgeving op grond van de vrijheid van onderwijs heeft gevormd, kunnen besluiten zelf onderwijsverstrekker te worden en een eigen school gaan stichten.⁹⁷ Het welslagen van dergelijke stichtingsinitiatieven is echter in vergaande mate afhankelijk van de mogelijkheid om voor bekostiging in aanmerking te komen. Daarbij geldt dat er op grond van de huidige bekostigingsregelgeving nog slechts zeer beperkte mogelijkheden bestaan om voor een nieuwe school bekostiging te ontvangen.⁹⁸

Een constatering die hierbij aansluit, is dat een beroep op de vrijheid van stichting vooronderstelt dat het mogelijk is voldoende ouders achter het stichtingsinitiatief te verenigen. Door maatschappelijke ontwikkelingen als individualisering en de daaruit voortvloeiende proliferatie van visies op het goede leven staat deze mogelijkheid onder druk. Dat geldt in het bijzonder voor ouders die een voorkeur hebben voor een onderwijsvisie die steunt op een vernieuwende pedagogische of didactische opvatting. Daarbij is in het bijzonder de vraag of die groepen van een zodanige omvang zijn dat in redelijkheid van de overheid kan worden verwacht dat zij de schoolstichting bekostigt.⁹⁹

Als de vrijheid van onderwijs de belangen van ouders niet kan beschermen door aan hen een reëel beroep op de vrijheid van stichting te bieden, dan moeten ouders binnen de reeds bestaande scholen hun belangen kunnen borgen. Dit vooronderstelt dat op het niveau van de school een zekere mate van interactie tussen onderwijsverstrekkers en ouders bestaat. Professionalisering en schaalvergroting hebben er evenwel toe geleid dat het schoolbestuur de afgelopen jaren steeds verder van de ouders af is komen te staan.¹⁰⁰ Zo zijn er nog maar zeer weinig scholen waar ouders direct in het bestuur van de school participeren. Medezeggenschapsbevoegdheden hebben niet kunnen compenseren voor deze tanende invloed op de gang van zaken binnen de school.¹⁰¹

Naarmate belangen van ouders en onderwijsverstrekkers uit elkaar gaan lopen, kan er voor de overheid een noodzaak ontstaan in een eventueel belangenconflict te interveniëren. Dat kan door een bepaald belang, bijvoorbeeld het belang van de ouders, aan zich te trekken en maatregelen te nemen die dat belang ten goede komen.

97 Dit is de vooronderstelling van de HR in de Leerplichtwetjurisprudentie: HR 15 februari 2011, NJ 2015, 276, m.nt. P.A.M. Mevis.

98 Huisman 2011a, p. 16-20.

99 Vgl. Beurskens 1991, p. 104-105.

100 Nolen 2017, p. 160.

101 Huisman 2011a, p. 26.

4.6.4 De schoolgemeenschap

Een betere manier om de dynamiek die hierdoor ontstaat en die ook achter artikel 23 lid 2 Grondwet schuilgaat te verduidelijken, is door af te stappen van de idee van belangencongruentie. Dat idee gaat te veel uit van homogeniteit. In de praktijk doen zich op het mesoniveau van de school en het microniveau van de klas echter een groot aantal belangenconflicten voor die terug te voeren zijn op conflicterende visies op goed onderwijs.

Uitgangspunt is dat de onderwijsverstrekker bij de uitoefening van zijn vrijheid afhankelijk is van ouders. Alleen als voldoende ouders geïnteresseerd zijn en blijven in een stichtingsinitiatief heeft dit initiatief kans van slagen. Daarmee vooronderstelt artikel 23 Grondwet dat er een zekere afstemming plaatsvindt tussen vraag en aanbod. Reeds in die afstemming ligt de idee besloten dat een gemeenschap zich rond het aanbod en in een school verenigt.

Deze notie van de schoolgemeenschap, die in ieder geval op een basaal niveau een gedeelde opvatting over goed onderwijs heeft, brengt beter tot uitdrukking dat er bij het door artikel 23 lid 2 Grondwet beschermde onderwijsproces verschillende actoren betrokken zijn die eigen visies op hetzelfde ideaal van goed onderwijs erop na kunnen houden. Daarmee sluit deze idee ook goed aan bij de hiervoor gegeven interpretatie van artikel 23 Grondwet als een grondrecht sui generis.

De notie van de schoolgemeenschap kan onder andere worden herkend in de vrijheid van inrichting. De vrijheid van inrichting kan worden omschreven als de vrijheid om het onderwijs, de daarbij behorende organisatie, het beheer en het bestuur naar eigen inzicht te regelen.¹⁰² De omvang van deze vrijheid wordt in vergaande mate bepaald door het sui generis-karakter van de vrijheid van onderwijs. Dat laat evenwel onverlet dat de erkenning van de vrijheid van inrichting rechtstreeks is terug te voeren op de grondwetgeschiedenis, waarin de vrijheid van onderwijs mede werd gerechtvaardigd met een beroep op de vrijheid van vereniging. De vrijheid van inrichting brengt volgens Huisman het verenigingselement van de onderwijsvrijheid tot uitdrukking.¹⁰³

Ook in de jurisprudentie is de idee van een schoolgemeenschap te herkennen. Zij komt zeer nadrukkelijk naar voren in de jurisprudentie over richtinggerelateerde toelatingsbeslissingen. In die jurisprudentie wordt het bevoegd gezag beschouwd als de hoeder van de gedeelde godsdienstige opvattingen van de schoolgemeenschap.¹⁰⁴ Het bevoegd gezag komt niet zozeer voor zijn eigen opvattingen op, maar voor de opvattingen van ouders en leerlingen die onderdeel uitmaken van de schoolgemeenschap.¹⁰⁵ De richting van de school vormt voor een dergelijke schoolgemeenschap de kern van de gedeelde visie op goed onderwijs.

Daarnaast past de notie van een schoolgemeenschap goed bij de definitie die aan het begrip onderwijs in artikel 23 lid 2 Grondwet ten grondslag ligt. Onderwijs geven is het proces waarbij gestructureerd kennis, vaardigheden of inzicht van de

102 Mentink en Vermeulen 2011, p. 63; Huisman 2002, p. 51-53.

103 Huisman 2002, p. 52; in gelijke zin: Van Wezel 1989, p. 11; Onderwijsraad 2002, p. 54 (noot 43).

104 Vgl. HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891, m.nt. Alkema.

105 Vermeulen 1994, p. 40-42.

onderwijsgever op de onderwijsontvanger worden overgebracht.¹⁰⁶ Daarin verschilt de school van een andere vereniging; op een school wordt onderwijs gegeven. Het proces van het (doel)bewust of systematisch kennis en kunde overdragen vereist een band tussen de onderwijsverstrekker en onderwijsontvanger. In de bescherming van die band schuilt de waarde van de vrijheid van onderwijs.¹⁰⁷ Zonder die band verwordt het geven van onderwijs tot een eenvoudige meningsuiting. Eenzijdig onderwijs bestaat niet.¹⁰⁸

Door de nadruk te leggen op de idee van de schoolgemeenschap wordt duidelijk dat niet alleen ouders belanghebbenden zijn bij de vrijheid van onderwijs, maar ook leerlingen en eventueel onderwijzers. Artikel 23 Grondwet gaat ervan uit dat al deze belanghebbenden samenkomen om een gemeenschappelijke visie op goed onderwijs te verwezenlijken. Voor zover die visies uit elkaar gaan lopen, verleent artikel 23 Grondwet aan de wetgever de bevoegdheid om in de schoolgemeenschap te interveniëren. En ook als dat niet zo is, zal de visie op goed onderwijs van de schoolgemeenschap zich moeten verhouden tot de visie die de overheid eropna houdt. De afgelopen jaren speelden de belangen van de leerlingen daarbij een belangrijke rol.

Tot besluit wordt opgemerkt dat de idee van de schoolgemeenschap ook aan andere onderwijswetten ten grondslag ligt. Zo oordeelde de Afdeling dat “[g]elet op de geschiedenis van de totstandkoming van de Leerplichtwet (...) de leerplicht (...) slechts [kan] worden vervuld aan een school die een van de privésfeer te onderscheiden gemeenschap vormt en waar tussen leerlingen onderling interactie plaats kan vinden.”¹⁰⁹ Een ander voorbeeld biedt de Wet medezeggenschap scholen. Ook aan deze wet ligt de idee van een schoolgemeenschap waarvan de leden complementaire rechten bezitten ten grondslag.¹¹⁰

4.7 De vrijheid van stichting: een eerste schets

Hoe verhoudt het voorgaande zich tot de vrijheid van stichting? Duidelijk is dat de stichtingsvrijheid een belangrijke rol speelt in het realiseren van de doelstellingen die aan artikel 23 Grondwet ten grondslag liggen. De grondwetgever vooronderstelde immers dat een vrij aanbod van onderwijs, ouders het best in staat zou stellen een school te vinden die aansluit bij hun opvoedkundige opvattingen. De vrijheid van stichting is daarmee instrumenteel aan de mogelijkheid van (leden van de) schoolgemeenschap om een eigen visie op goed onderwijs te kunnen verwezenlijken. Het is de belangrijkste waarborg om te verzekeren dat het staatsmonopolie op het terrein van het onderwijs niet meer kan terugkeren. De vraag is evenwel wat de

106 Zie in deze zin: ABRvS 15 augustus 2012; *Gst.* 2013, 10 m.nt. Huisman (De Koers en Kampanje); zie ook de tussenuitspraak ABRvS 20 juli 2011, *AB* 2012/23, m.nt. Noorlander.

107 Vgl. Moon 1995, p. 425-426.

108 Zie ter illustratie: Belinfante 1849a, p. 222. Zie verder de MvT Belinfante 1849a, p. 390-392, waarin is terug te vinden: “om vrijelijk zijne kundigheden aan anderen mede te delen”.

109 ABRvS 22 februari 2017, *ECLI:NL:RVS:2017:471*.

110 In deze zin Mentink en Vermeulen 2011, p. 71.

inhoud van de vrijheid van stichting is en in hoeverre hetgeen hiervoor besproken werd ook van toepassing is op de stichtingsvrijheid.

4.7.1 *De vrijheid van stichting als deelvrijheid*

De vrijheid van stichting wordt erkend als een deelvrijheid van de vrijheid van onderwijs. De erkenning van deelvrijheden zoals de vrijheid van stichting kan grofweg twee doelstellingen hebben.¹¹¹ Op de eerste plaats kan met de erkenning van de vrijheid van stichting zijn beoogd te expliciteren dat de vrijheid van onderwijs ook belangen beschermt die niet uit de letterlijke interpretatie van de tekst blijken.¹¹² Ten tweede kan de vrijheid van stichting tot doel hebben duidelijk te maken dat aan een bepaald belang dat valt binnen de reikwijdte van die vrijheid een zwaarder gewicht toekomt. Uiteraard kunnen deze doelstellingen ook samenvallen.

Een veel voorkomende interpretatie van de vrijheid van stichting is die waarbij aan de stichtingsvrijheid een bijzondere bescherming wordt toegekend. De stichtingsvrijheid zou samenhangen met het vergunningverbod. Volgens sommigen brengt dit verbod met zich dat de stichting van scholen van geen enkele voorafgaande voorwaarde afhankelijk mag worden gemaakt. Ter ondersteuning van deze interpretatie wordt verwezen naar de ontstaansgeschiedenis van de vrijheid van onderwijs. Die geschiedenis werd voor een belangrijk deel beschouwd als een reactie op een juridische en feitelijke situatie waarin er geen vrijheid bestond om scholen op te richten.

4.7.2 *Voorafgaande voorwaarden: het algemene vergunningverbod*

In hoofdstuk 2 bleek dat de vrijheid van onderwijs in historisch opzicht mede te beschouwen is als een reactie op willekeurige en ingrijpende overheidsinmenging ten aanzien van de oprichting van scholen. De meest vergaande vorm van overheidsregulering van het onderwijsaanbod vormde het vergunningstelsel dat lange tijd van kracht was. De grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs in 1848 wordt dan ook vaak geduid als een breuk met dat vergunningstelsel.¹¹³ In die visie wordt de vrijheid van stichting vereenzelvigd met het bestaan van een 'vergunningverbod'.

In de meest gangbare definitie is een vergunning een rechtscheppende beschikking. Een vergunning brengt een rechthebbende vanuit een situatie waarin er geen recht bestaat om een bepaalde handeling te verrichten, in een situatie waarin dat recht wel bestaat. Het recht ontstaat met de verlening van de vergunning. In de meeste gevallen waarin vergunningstelsels worden ingevoerd, dient het vergunningstelsel ertoe om van geval tot geval een afweging te kunnen maken over de

111 Alexy 2002.

112 Vgl. Müller 1995, p. 122.

113 In deze zin bijvoorbeeld Huisman e.a. 2011. Zij concludeerden in dit kader: "De bepaling van artikel 23, tweede lid, Grondwet ('het geven van onderwijs is vrij') ziet op de vrijheid van het oprichten van scholen. Historisch, in 1848 toen deze bepaling in de Grondwet kwam, is met de vastlegging ervan bedoeld om de overheid te verbieden het oprichten van particuliere, niet-bekostigde scholen te binden aan een voorafgaande vergunning."

wenselijkheid van de uit te voeren activiteit. Daarnaast opent vergunningverlening de mogelijkheid om aan de uitoefening van de activiteit voorwaarden te verbinden.¹¹⁴

Uit de ontstaansgeschiedenis van de vrijheid van onderwijs volgt dat zij de herinvoering van een *algemeen* vergunningstelsel verbiedt. Met een algemeen vergunningstelsel is bedoeld aan te duiden een vergunningstelsel dat betrekking heeft op de volledige reikwijdte van de vrijheid van onderwijs. Een dergelijk vergunningstelsel eist voorafgaande overheidstoestemming voor het verrichten van iedere handeling die binnen de reikwijdte van de onderwijsvrijheid valt. Dit was de situatie ten tijde van de Schoolwet 1806. Voor deze conclusie kan niet alleen steun worden gevonden in de grondwetgeschiedenis. Zij is ook een logische consequentie van de erkenning van de vrijheid van onderwijs als grondrecht. Herinvoering van een vergunningstelsel zou namelijk onverenigbaar zijn met een tweetal inherente kenmerken van grondrechtenbescherming.

Ten eerste zou invoering van een geheel vergunningstelsel zich niet verdragen met de pluriformiteitsidee die aan artikel 23 Grondwet ten grondslag ligt. Uit die pluriformiteitsidee vloeit voort dat de wetgever verschillende visies op goed onderwijs in beginsel ongemoeid laat. Pas wanneer zij niet verenigbaar blijken met een door de wetgever te behartigen belang, of een door de wetgever aangehangen conflicterende visie op goed onderwijs, kan aan die visie op goed onderwijs een plaats in het onderwijsbestel worden ontzegd. Uitgangspunt is echter dat iedere grondrechtelijk beschermde visie op goed onderwijs in beginsel bestaansrecht heeft. Dit bezwaar geldt zo mogelijk nog zwaarder voor zover een visie op goed onderwijs valt binnen het door de vrijheid van richting geboden beschermingsbereik.

Zodra een algemeen vergunningstelsel in werking treedt, verandert de beginselonthouding die voortvloeit uit het grondrechtelijk karakter van de vrijheid van onderwijs in een beginselbemoeyenis. Dit algemene grondrechtelijke uitgangspunt wordt door het sui generis-karakter van de vrijheid van onderwijs niet aangetast. De consequentie van de invoering van een algemeen vergunningstelsel zou zijn, dat de vrijheid van onderwijs pas ontstaat op het moment dat de overheid toestemming heeft gegeven om van die vrijheid gebruik te maken. Een dergelijke consequentie is met de aard van grondrechtelijke bescherming moeilijk te verenigen. Op deze wijze verandert een geheel vergunningstelsel de vrijheid van onderwijs immers in een 'niet-vrijheid'.¹¹⁵

Ten tweede is grondrechtelijke bescherming niet bedoeld en niet nodig voor situaties waarin de overheid toestemming zou geven voor uitoefening van het grondrecht. Grondrechten beogen juist en bovenal te beschermen tegen de overheid onwelgevallige handelingen. Zij die voor het verwezenlijken van een bepaald belang de goedkeuring van de overheid wegdragen, hebben geen grondrechtelijke bescherming nodig. De idee van grondrechtelijke bescherming zou bij de invoering van een algemeen vergunningstelsel dan ook volledig worden uitgehouden.¹¹⁶ Dat, ter-

114 Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2014, p. 189-190.

115 Alexy 2002, p. 138-149.

116 Vgl. art. 1 Wet 22 april 1855 *Stb* 1855, 32.

wijl het streven erop gericht moet zijn “to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective”.¹¹⁷ De praktische relevantie en effectiviteit van de door de vrijheid van onderwijs geboden bescherming komt onder druk te staan met de invoering van een algemeen vergunningstelsel. Het bewijs wordt geleverd door de wijze waarop het vergunningstelsel werd toegepast in de periode voorafgaand aan de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs. Zo bestond in die periode het beleid om vergunningen te onthouden aan religieuze minderheden. Door de vrijheid van stichting gelijk te stellen aan het vergunningverbod en dit verbod expliciet als zelfstandige norm te erkennen, wordt benadrukt dat de vrijheid van onderwijs *nuttig effect*¹¹⁸ moet bezitten.

4.7.3 Voorafgaande voorwaarden: iedere voorwaarde?

Dat de vrijheid van stichting een verbod op herinvoering van een algemeen vergunningstelsel bevat, kan op basis van historische argumenten overtuigend wordt betoogd. Daarnaast volgt een dergelijk verbod logisch uit de aard van de grondrechtelijke bescherming. Een geheel vergunningstelsel is een heel specifieke modaliteit van vergunningstelsels. In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt echter met regelmaat verdedigd dat de vrijheid van stichting in de weg zou staan aan iedere voorwaarde waarvan de mogelijkheid om onderwijs te geven afhankelijk wordt gemaakt.¹¹⁹ Niet alleen een algemeen ‘nee, tenzij’-stelsel, maar ook ‘ja, mits’-stelsels zouden op grond van de vrijheid van stichting verboden zijn. De consequentie van dit standpunt is dat aan de vrijheid van stichting een bijna absolute bescherming zou toekomen. Geen enkele beperking van de vrijheid van stichting zou in die interpretatie toelaatbaar zijn.¹²⁰ De vrijheid van onderwijs zou uitsluitend beperkt kunnen worden op het moment dat daadwerkelijk met het geven van onderwijs een aanvang is gemaakt.

Uit het hiervoor uiteengezette karakter van de vrijheid van onderwijs volgt dat een dergelijke absolute bescherming niet aan artikel 23 Grondwet kan worden ontleend. De absolute bescherming van de stichtingsvrijheid past niet goed bij de vergaande reguleringsmogelijkheden die artikel 23 Grondwet de overheid biedt. De idee van een absolute bescherming van de vrijheid van stichting beschouwt de vrijheid van stichting te veel als een klassiek grondrecht.

Ook in meer algemene zin past een dergelijke bescherming niet bij de aard van het door de vrijheid van onderwijs beschermde belang. Dat kan het beste worden geïllustreerd door een vergelijking te maken met andere nauw met de vrijheid van onderwijs verbonden grondrechten. Daarbij moet in het bijzonder, zo bleek in hoofdstuk 2, worden gedacht aan de vrijheid van vereniging en de vrijheid van

117 EHRM (GK) 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Öcalan t. Turkije); vgl. EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04 (Catan e.a. t. Moldavië).

118 Vgl. Wildhaber 1996, p. 10; Gerards 2011, p. 215-220.

119 Zie ter illustratie: *Kamerstukken II* 2009/10, 32007, nr. 6, p. 12, 19-20; Sperling 2007, p. 32. In deze zin bijvoorbeeld Onderwijsraad 2012a, p. 47: “De overheid mocht dus geen eisen stellen bij de oprichting van een school”.

120 Vgl. art. 5 WPO.

meningsuiting. Beide vrijheden zijn aan de vrijheid van onderwijs gelieerd, maar kennen wel een geheel andere beschermingsstructuur.

De vrijheid van meningsuiting biedt een absolute bescherming die in karakter sterk lijkt op de absolute bescherming in de hiervoor bedoelde zin. De meningsuiting is een bepaalde periode in de tijd absoluut beschermd. Beperkingen ten aanzien van de inhoud van de meningsuiting zijn in beginsel nooit toelaatbaar totdat de mening is geuit en voldoende verspreid.

Een belangrijke rechtvaardiging voor dat censuurverbod is de gedachte dat er een *free marketplace of ideas* moet zijn.¹²¹ De democratie is erbij gebaat en vooronderstelt misschien wel dat er te allen tijde een mogelijkheid bestaat kritiek op de overheid uit te oefenen. Dat draagt bij aan de waarheidsvinding. Niet onbelangrijk is, dat een dergelijke bescherming ook zinvol is omdat een meningsuiting in staat is onmiddellijk op het moment van de uiting haar effect te sorteren.

Anders dan bij de vrijheid van meningsuiting is binnen de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs een vergelijkbaar beschermingsobject dat gebaat zou zijn bij absolute bescherming, niet te vinden. De idee dat sommige beperkingen voorafgaand aan het geven van onderwijs niet zouden kunnen worden gesteld, terwijl diezelfde beperkingen op een later moment wel toelaatbaar moeten worden geacht, is weinig zinvol. Onderwijs kan, anders dan de meningsuiting, zijn effect immers pas sorteren na het verloop van zekere tijd. Een in de tijd gelimiteerde bescherming draagt aan dit doel niet bij. Het primaire beschermingsobject van de vrijheid van onderwijs is immers niet het oprichten van een school, maar het geven (en ontvangen) van onderwijs. Er kan in de vrijheid van stichting dan ook geen verbod op het stellen van iedere *ex ante* beperking worden gelezen.

In structuur en inhoud vertoont de vrijheid van onderwijs in dat opzicht meer overeenkomsten met de vrijheid van vereniging. Ook voor de vrijheid van vereniging moet, op de hiervoor aangedragen gronden, worden aangenomen dat een algemeen vergunningstelsel met deze vrijheid in conflict komt. Er kunnen aan de mogelijkheid om van de vrijheid van vereniging gebruik te maken echter wel voorwaarden worden verbonden.¹²² Op dit punt bestaat er dus geen overtuigend argument om onderscheid te maken tussen de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van vereniging. Alleen een algeheel vergunningstelsel is met deze beide vrijheden in strijd. Zo'n vergunningstelsel omvat de gehele reikwijdte van de vrijheid. Voorafgaande voorwaarden of beperkingen in de vorm van bijvoorbeeld een gedeeltelijk vergunningstelsel zijn niet reeds in abstracto ontoelaatbaar.

4.8 De vrijheid van stichting: een nadere afbakening

De vrijheid van stichting biedt – anders dan vaak wordt beweerd – geen bijzondere bescherming aan schoolstichters ten opzichte van de bescherming die zij kunnen ontlenen aan de vrijheid van onderwijs als zodanig. Als deelvrijheid maakt

121 Dat is evenwel niet de enige rechtvaardiging voor de vrijheid van meningsuiting; Nieuwenhuis 2015, p. 211-212.

122 Vgl. art. 1 Wet vereniging en vergadering 1855, *Stb* 1855, 32; Van der Meulen 2000, p. 138; Eskes 1988, p. 21-43.

de vrijheid van stichting alleen duidelijk dat de werkingssfeer van de vrijheid van onderwijs niet pas aanvangt op het moment dat met het ‘geven van onderwijs’ een aanvang is gemaakt. De vrijheid van stichting beoogt primair de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs te verduidelijken. Daarbij zal de vrijheid van stichting alleen betrekking kunnen hebben op handelingen die aan het geven van onderwijs bijdragen.

Als deelvrijheid deelt de vrijheid van stichting in het algemene karakter van de vrijheid van onderwijs. Ook ten aanzien van de vrijheid van stichting heeft de overheid een ruime reguleringsvrijheid, waarbij geldt dat de overheid moet zoeken naar een redelijke accommodatie van tegengestelde visies op goed onderwijs. De inhoud van de vrijheid van stichting kan worden gelijkgesteld aan die van de vrijheid van inrichting. Anders dan de vrijheid van inrichting strekt de werkingssfeer van de vrijheid van stichting zich uit over de fase waarin nog geen school is opgericht. De vrijheid van inrichting is daarentegen vooral van toepassing op situaties waarin daadwerkelijk gesproken kan worden van een school. Nu de vrijheid van stichting en de vrijheid van inrichting een gelijk karakter hebben, is een precieze afbakening tussen deze twee deelvrijheden niet noodzakelijk. Wanneer de fase van oprichting eindigt en de fase waarin onderwijs wordt gegeven begint, is voor de aan de vrijheid van onderwijs te ontnemen bescherming niet relevant.¹²³

Door de hoge kosten die verbonden zijn aan het oprichten en in stand houden van scholen bestaat er een nauwe band tussen de vrijheid van stichting en het sociale grondrecht uit artikel 23 lid 7 Grondwet. Ook uit artikel 23 lid 5 en lid 6 Grondwet blijkt dat er een onlosmakelijke band bestaat tussen de bekostigingsaanspraak en de vrijheid van onderwijs als zodanig. De grondwetgever vooronderstelde in deze bepalingen dat bekostigingsvoorwaarden beperkingen vormen van de vrijheid van onderwijs. De betekenis die de vrijheid van stichting in de praktijk heeft, wordt in vergaande mate bepaald door de omvang van de bekostigingsaanspraak en de waarborgen die artikel 23 Grondwet ten aanzien van de inrichting van het bekostigingsstelsel biedt.

4.9 Conclusie

In dit hoofdstuk is een eerste uiteenzetting van de vrijheid van stichting gegeven. Daarbij is op de eerste plaats betoogd dat de vrijheid van onderwijs waarvan de vrijheid van stichting onderdeel uitmaakt, een grondrecht sui generis is. Het grondrecht biedt de overheid een mogelijkheid om een eigen visie op het grondrechtelijk beschermde ideaal van goed onderwijs na te streven. Daarmee kent artikel 23 Grondwet een inherente spanning die andere grondrechten niet (op dezelfde indringende wijze) kennen. Dit betekent dat op basis van artikel 23 Grondwet aan

123 In het verleden heeft de Onderwijsraad ten onrechte een onderscheid gemaakt tussen de vrijheid van stichting en het recht op bekostiging. Dat onderscheid kwam voort uit de (hiervoor afgewezen) strikte interpretatie van de vrijheid van stichting die in de weg zou staan aan elke ex ante overheidsbemoediging; Onderwijsraad 2010a, p. 21. Overigens, zo blijkt in hoofdstuk 6, gaat ook de bekostigingsregelgeving van een zekere volgordelijkheid uit. Daarmee is echter niet gezegd dat de vrijheid van stichting en het recht op bekostiging strikt van elkaar te scheiden zijn.

de wetgever een ruime vrijheid toekomt om de vrijheid van onderwijs en als onderdeel daarvan ook de vrijheid van stichting te reguleren. De wetgever speelt op basis van artikel 23 Grondwet een belangrijke rol bij de vormgeving van de vrijheid van onderwijs. Het grondrechtelijk karakter van artikel 23 Grondwet brengt met zich dat de wetgever bij die vormgeving wel de verantwoordelijkheid draagt om zo veel mogelijk visies op goed onderwijs binnen het onderwijsbestel te accommoderen.

De conflicten tussen visies op goed onderwijs waarvoor artikel 23 Grondwet een grondslag biedt, laten zich het best inzichtelijk maken door de schoolgemeenschap als drager van de vrijheid van onderwijs te beschouwen. De idee van de schoolgemeenschap wijst naar het bestaan van een pluriformiteit aan visies op goed onderwijs. Ten eerste is er de visie van de schoolgemeenschap als zodanig, maar daarnaast kunnen ook de afzonderlijke leden van de schoolgemeenschap een eigen opvatting over goed onderwijs hebben. Als deze visies met elkaar botsen, kan er voor de overheid een rol zijn weggelegd om in te grijpen. Tevens kan de overheid een eigen visie op goed onderwijs nastreven en ook die visie kan op haar beurt conflicteren met de visie van een schoolgemeenschap.

De idee van de schoolgemeenschap laat onverlet dat schoolstichting in de praktijk vaak exclusief door de onderwijsverstrekker zal plaatsvinden. Die onderwijsverstrekker kan aan de vrijheid van stichting bescherming ontnemen, maar die bescherming verschilt niet van de bescherming geboden door de vrijheid van inrichting. In de onderwijsrechtelijke literatuur wordt de vrijheid van stichting vaak gelijkgesteld aan een vergunningverbod. Dat vergunningverbod bestaat echter uitsluitend met betrekking tot de invoering van een algeheel vergunningstelsel. Vergunningstelsels die zich tot een specifieke modaliteit van de vrijheid van onderwijs beperken, zijn niet uitgesloten. In de praktijk krijgt de vrijheid van stichting vooral betekenis in relatie tot het grondwettelijk verankerde recht op bekostiging. Het in artikel 23 lid 7 Grondwet vervatte sociale grondrecht stelt daarbij grenzen aan de ruimte die de wetgever heeft om het bekostigingsstelsel naar eigen inzicht vorm te geven. In hoofdstuk 6 wordt nader op deze grenzen ingegaan.

V

De stichtingsvrijheid in het internationale recht

De vrijheid van stichting wordt niet alleen beschermd door artikel 23 Grondwet. Ook verschillende internationale verdragen bieden bescherming aan de stichtingsvrijheid. In het bijzonder kan daarbij worden gewezen op artikel 13 lid 4 IVESC en artikel 29 lid 2 IVRK.¹ Deze bepalingen kennen een zeer vergelijkbare formulering.

Het belang van de internationaalrechtelijke bescherming van de vrijheid van stichting vloeit in het bijzonder voort uit artikel 120 Grondwet en het in artikel 23 Grondwet verankerde primaat van de wetgever. Als gevolg van de dominante positie die in artikel 23 Grondwet aan de wetgever is toegekend, heeft de regulering van de vrijheid van stichting vooral haar beslag gekregen in wetten in formele zin.² Het toetsingsverbod staat er aan in de weg dat de rechter wetgeving in formele zin onverbindend verklaart wegens strijd met artikel 23 Grondwet.³ De Grondwet draagt de rechter evenwel op om wetten in formele zin buiten toepassing te laten, als die toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen uit het internationale recht.⁴ Voor beide hiervoor genoemde internationaalrechtelijke normen geldt dat zij moeten worden aangemerkt als een ieder verbindende bepalingen in de zin van artikel 94 Grondwet.⁵

Naast internationaalrechtelijke normen waarin de vrijheid van stichting expliciet wordt beschermd, maakt de stichtingsvrijheid ook onderdeel uit van het beschermingsbereik van artikel 2 EP EVRM. Er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat de reikwijdte van de vrijheid van stichting zoals beschermd door artikel 2 EP EVRM verschilt van de bescherming die op dit punt wordt geboden door andere internationaalrechtelijke normen. Het tegendeel is eerder waar. Om deze reden en vanwege het gewicht dat in de Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van het onderwijs aan artikel 2 EP EVRM wordt toegekend, wordt in het navolgende in het bijzonder ingegaan op artikel 2 EP EVRM.⁶ Het doel van dit hoofdstuk is

1 Een bepaling met een vergelijkbare strekking kan daarnaast worden gevonden in artikel 14 lid 3 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat bescherming biedt aan de stichtingsvrijheid. De rol die het EU-recht bij de regulering van de stichtingsvrijheid in het basis- en voortgezet onderwijs kan spelen, is als uitvloeisel van art. 165 VWEU evenwel beperkt.

2 Van Houten 1995, p. 460-462.

3 Vgl. ABRvS 20 februari 2013, AB 2013, 109, m.nt. Huisman en Philipsen.

4 De Wit 2012.

5 HR 10 oktober 2014, AB 2015, 21, m.nt. Philipsen en De Wit; vgl. Philipsen en De Wit 2014.

6 Dit hoofdstuk is (deels) gebaseerd op: Philipsen 2013b.

antwoord te geven op de vraag hoe de door artikel 2 EP EVRM geboden bescherming zich verhoudt tot de bescherming geboden door artikel 23 Grondwet.

5.1 Artikel 2 EP EVRM: algemeen

Uit de wijze waarop artikel 2 EP EVRM is geformuleerd, kan niet rechtstreeks worden opgemaakt dat deze bepaling ook de vrijheid van schoolstichting beschermt. In beginsel kunnen er twee verschillende, niet volledig van elkaar te scheiden grondrechten uit artikel 2 EP EVRM worden afgeleid. Ten eerste geeft de eerste volzin uitdrukking aan de bescherming van het recht op toegang tot (bestaande) onderwijsinstellingen.⁷ Daartoe behoort ook de mogelijkheid om door middel van bijvoorbeeld een erkend diploma profijt te kunnen trekken uit het gevolgde onderwijs.⁸ De tweede volzin bepaalt dat de overheid het recht van ouders moet respecteren om hun kinderen onderwijs te laten volgen dat aansluit bij hun godsdienstige of filosofische overtuigingen.⁹ De tweede zin biedt daarmee bescherming aan de opvoedkundige verantwoordelijkheid van de ouders.¹⁰ In de jurisprudentie van het EHRM speelt deze tweede volzin vooral een rol in relatie tot de inhoud van het onderwijs. Het EHRM heeft uit de tweede volzin een indoctrinatieverbod afgeleid. Dit verbod brengt met zich dat daar waar het curriculum raakt aan de godsdienstige of filosofische overtuigingen van ouders, de overheid zorg moet dragen voor een objectieve, kritische en pluralistische informatieoverdracht.¹¹

Hoewel het hier gaat om twee verschillende rechten, kunnen deze rechten niet strikt van elkaar worden gescheiden. Blijkens vaste jurisprudentie moet de tweede zin als een afgeleide van de eerste worden beschouwd.¹²

Uit het samenstel van de door artikel 2 EP EVRM gewaarborgde (primaire) rechten wordt door het Hof een hele reeks aan afgeleide rechten gedestilleerd.¹³

5.2 Artikel 2 EP EVRM: de vrijheid van stichting

In het licht van artikel 23 Grondwet is het niet zonder meer logisch dat uit artikel 2 EP EVRM ook een recht zou voortvloeien om onderwijsinstellingen op te richten en daarbinnen onderwijs te geven. Zoals in hoofdstuk 4 bleek, is artikel 23 Grondwet geformuleerd als een vrijheid die vooral aan de onderwijsverstrekker toekomt. Artikel 2 EP EVRM heeft daarentegen blijkens de tekst van deze bepaling

7 EHRM (GK) 23 juli 1968, nr. 1474/62 (Belgische taalzaken); EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04, p. 47, § 137 (Catan e.a. t. Moldavië en Rusland).

8 Zie ter illustratie: Huisman en De Wit 2013.

9 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken); EHRM (GK) 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen); EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi e.a. t. Italië).

10 Lathouwers en Veny 2004, p. 435-436.

11 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken).

12 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken); EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 (Campbell en Cosans t. Verenigd Koninkrijk).

13 De Groof en Lauwers 2004, p. 17-29.

vooral betrekking op de mogelijkheid om onderwijs te ontvangen.¹⁴ Dat geldt zeker voor de eerste volzin, waaraan binnen artikel 2 EP EVRM het primaat toekomt. Uiteraard veronderstelt het recht om onderwijs te genieten wel het bestaan van in ieder geval een (voldoende dekkend) stelsel van onderwijsvoorzieningen.¹⁵ Die verplichting geldt in het bijzonder omdat het onderwijs op grond van het internationale recht niet alleen een recht is waarop kinderen naar vrijheid aanspraak kunnen maken. Zo schrijft artikel 13 lid 2 onder a IVESC de overheid voor om het volgen van kosteloos basisonderwijs verplicht te stellen. Ook artikel 2 EP EVRM biedt volgens het EHRM een grondslag tot het instellen van een stelsel van leerplicht.¹⁶ De tweede volzin moet in het bijzonder in dit kader worden begrepen. Waar (verplicht) onderwijs wordt genoten, hebben ouders recht op respect voor hun godsdienstige en filosofische overtuigingen.

Toch duurde het niet lang voordat het EHRM de eerste voorzichtige stappen zette in de richting van erkenning van de vrijheid van stichting binnen de reikwijdte van het door artikel 2 EP EVRM beschermde belang. In *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen tegen Denemarken* overwoog het Hof, voor zover relevant, het volgende:

“The “travaux préparatoires”, which are without doubt of particular consequence in the case of a clause that gave rise to such lengthy and impassioned discussions (...) indisputably demonstrate (...) the importance attached by many members of the Consultative Assembly and a number of governments to freedom of teaching, that is to say, freedom to establish private schools, the “travaux préparatoires” do not for all that reveal the intention to go no further than a guarantee of that freedom. Unlike some earlier versions, the text finally adopted does not expressly enounce that freedom; and numerous interventions and proposals, cited by the delegates of the Commission, show that sight was not lost of the need to ensure, in State teaching, respect for parents’ religious and philosophical convictions.”¹⁷

Uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 2 EP EVRM blijkt dat een fors aantal lidstaten belang hechtte aan de bescherming van de stichtingsvrijheid.¹⁸ Veelvuldig is de vrijheid van stichting en de vraag of deze vrijheid een plaats moest krijgen in de uiteindelijke verdragstekst, gedurende de onderhandelingen onderwerp van

14 Vermeulen 2006, p. 902; De Groof en Lauwers 2004, p. 22; Coomans 1992, p. 185. Ook de Toelichting bij artikel 14 Handvest vooronderstelt dat de vrijheid van stichting wordt beschermd als een aan de onderwijsaanbieder toekomende vrijheid: “De vrijheid tot oprichting van – openbare of particuliere – instellingen voor onderwijs wordt gewaarborgd als een van de aspecten van de vrijheid van ondernemerschap, maar zij wordt beperkt door de eerbiediging van de democratische beginselen en uitgeoefend volgens de voorschriften waarin de nationale wetgevingen voorzien.” Hierin schuilt een belangrijke parallel met artikel 23 Grondwet.

15 Mentink en Vermeulen 2011, p. 121.

16 EHRM 11 september 2006, 35504/03 (Konrad t. Duitsland); EHRM 21 februari 2012, 31017/05 (Groza t. Roemenië).

17 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken); Vermeulen 2006, p. 902.

18 Zie voor een samenvatting van de ontstaansgeschiedenis van het EVRM met betrekking tot dit punt: Coomans 1992, p. 76-78.

debat geweest.¹⁹ Al snel werd echter duidelijk dat Turkije een voorbehoud zou maken bij een tekstvoorstel dat stichtingsvrijheid expliciet pogde te beschermen.²⁰ Daarnaast zag ook de Raadgevende Vergadering grote bezwaren in de eventuele aanvaarding van een tekstvoorstel in die richting.²¹ In de uiteindelijke verdragstekst werd dan ook geen verwijzing naar de vrijheid van stichting opgenomen. De Ierse minister van buitenlandse zaken bracht zijn teleurstelling over dit compromis tot uitdrukking in de volgende verklaring:

“(...) in the view of the Irish Government, Article 2 of the Protocol is not sufficiently explicit in ensuring to parents the right to provide education for their children in their homes or in schools of the parents’ own choice, whether or not such schools are private schools or are schools recognized or established by the State.”²²

In *Jordebo tegen Zweden* bevestigde de ECieRM het bestaan van een recht op vrije schoolstichting binnen de reikwijdte van artikel 2 EP EVRM:

-
- 19 Het comité van ministers stelde 28 november 1951 voor het (ontwerp)artikel 2 EP EVRM aan te vullen met de volgende passage: “(...) and, where schools have been established by the State, to send their children to any other school of their choice, provided that such school conforms with the requirements of the law.” Zie: Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 50. Het amendement werd voorgesteld door de regering van het Verenigd Koninkrijk, zie: Travaux préparatoires 1985 VII, p. 314. Eerder kwam het Committee of Experts met een vergelijkbaar tekstvoorstel, zie: Travaux préparatoires 1985 VII, p. 300; Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 44; Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 178.
- 20 Zie Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 44-46: “The Turkish delegate, in order not to prevent the achievement of unanimity, did not oppose this proposal. He declared however that in accordance with the provisions of the Convention, his Government would make a reservation on this point to cover the particular situation of Turkey as regards the problem of private education”; Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 50. Mede op initiatief van Turkije werd de stichtingsvrijheid uit de definitieve tekst geschrapt. Dit tot spijt van een aantal lidstaten waaronder België, Frankrijk en Zweden, zie: Travaux préparatoires 1985 VII, p. 246: “(...) they would have preferred a text expressly endorsing the principle of the freedom of private teaching.”
- 21 Bij monde van de rapporteur van het door de Raadgevende Vergadering ingeschakelde Committee on legal and administrative questions: “We find that the formula of the Committee of Ministers raises a whole series of questions which, with the best will in the world, we cannot allow to pass. It is said that ‘the State shall have regard to the right of parents where schools have been established by the State, to send their children to any other school of their choice, provided that such school conforms with the requirements of the law’. Does that mean that the right of parents as regards teaching is only guaranteed in so far as independent schools exist in the country side by side with State schools? Does it mean that parents may request that independent schools be established if none exist? What is the meaning of ‘provided that such school conforms with the requirements of the law’? To what extent are these schools which the parents have the right to choose protected and guaranteed? They must conform with the requirements of the law but there is no mention of any specific law. If the reference is simply to those public measures taken by all civilised States to guarantee the quality of the teaching, the morals of the teachers, their ability and the hygienic conditions to be observed in these schools, we have no objections, and quite approve. But, Mr. President, the definition by the Committee of Ministers, by its obscurity, opens the door to all sorts of questions, and consequently raises all sorts of doubts (...)” Zie: Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 88-90.
- 22 Travaux préparatoires VIII 1985, p. 204.

“The Commission considers that it follows from the judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen (...) that Article 2 of Protocol No. 1 (P1-2) guarantees the right to start and run a private school.”²³

5.3 Vrijheid van stichting: een rechtvaardiging

Hiervoor bleek dat uit de jurisprudentie volgt dat artikel 2 EP EVRM bescherming biedt aan de vrijheid van stichting. Voor deze interpretatie kan steun worden gevonden in de ontstaansgeschiedenis. Zij past daarnaast ook binnen de wijze waarop het EHRM artikel 2 EP EVRM interpreteert. Hieronder worden een drietal andere rechtvaardigingen aangedragen voor de expliciete erkenning van de vrijheid van stichting in relatie tot artikel 2 EP EVRM.

5.3.1 *Het beginsel van pluralisme*

In *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen tegen Denemarken* omschreef het hof de doelstelling achter (de tweede volzin van) artikel 2 EP EVRM als “safeguarding the possibility of pluralism in education which possibility is essential for the preservation of the ‘democratic society’ as conceived by the Convention.”²⁴ Ook aan andere internationaalrechtelijke bepalingen, zoals artikel 13 lid 1 IVESC en artikel 29 lid 1 IVRK, ligt deze pluriformiteitsidee ten grondslag.²⁵ Zo wordt ook door de CESCR bij de interpretatie van artikel 13 IVESC aan het onderwijs een rol toegekend bij het waarborgen van een democratische samenleving.²⁶

De hiervoor geïdentificeerde pluriformiteitsidee is zonder meer een onmisbare component in het denken van het EHRM over democratie als tegengesteld aan totalitarisme.²⁷ Daarbij gaat het EHRM ervan uit dat “democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail”²⁸

Een eerste rechtvaardiging voor de vrijheid van stichting zou in deze doelstelling kunnen worden gevonden. De vrijheid van stichting is in het verlengde van de tweede volzin van artikel 2 EP EVRM dienstbaar aan de pluriformiteitsidee waar het EHRM bij de interpretatie van het EVRM vanuit gaat. Het naast elkaar bestaan van verschillende opvattingen over goed onderwijs en daarmee samenhangende visies over het goede leven, zal in een stelsel dat voldoende ruimte laat voor de oprichting van particuliere scholen in ieder geval ook in het onderwijsaanbod

23 ECieRM 6 maart 1987, nr. 11533/85 (Jordebo t. Zweden); ECieRM 6 september 1995, nr. 23419/94 (Verein gemeinsam lernen t. Oostenrijk): “The Commission recalls that article 2 of Protocol No. 1 (P1-2) to the Convention guarantees the right to start and run a private school.”

24 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken), in dezelfde uitspraak: “(...) the general spirit of the Convention (...), an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society.” EHRM (GK) 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen); EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi e.a. t. Italië); EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04 (Catan e.a. t. Moldavië).

25 Zie ook art. 26 UVRvM.

26 General comment 13; vgl. Noorlander 2005, p. 51.

27 Gerards 2011, p. 47-49.

28 EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93 (Valsamis t. Griekenland).

weerspiegeld kunnen worden. Overigens gaan de meeste internationaalrechtelijke bepalingen die betrekking hebben op het onderwijs ervan uit dat die pluriformiteit in de meeste gevallen ook binnen één school tot uitdrukking komt. Dat is alleen anders wanneer scholen worden gesticht voor een specifieke minderheidsgroepering.²⁹

5.3.2 *Het overige internationale recht*

Een tweede argument voor de door het EHRM gegeven interpretatie kan worden gevonden door bij de interpretatie van het EVRM rekening te houden met andere internationaalrechtelijke bepalingen. In het bijzonder lijkt steun te kunnen worden gevonden in artikel 13 lid 3 en lid 4 IVESC.³⁰ Deze bepaling biedt als twee samenhangende onderdelen bescherming aan zowel de vrijheid van ouders om te kiezen voor andere dan door de overheid opgerichte scholen, als bescherming aan degenen die een school wil oprichten. Ook artikel 29 lid 2 IVRK erkent de vrijheid om scholen op te richten als een grens die bij de verwezenlijking van de rechten van het kind op onderwijs door de overheid in acht moet worden genomen.

In de hiervoor genoemde internationaalrechtelijke bepalingen kan een grondslag worden gevonden voor de interpretatie van het in artikel 2 EP EVRM opgenomen recht op onderwijs.³¹ Zo kan ook de vrijheid van stichting onderdeel gaan uitmaken van een bepaling die ogenschijnlijk uitsluitend de belangen van de onderwijsvrager en zijn of haar ouders beschermt.³² Ook bij een dergelijke conforme interpretatie steunt de erkenning van de stichtingsvrijheid op de tweede volzin van artikel 2 EP EVRM. Niet het recht op onderwijs als zodanig, maar het recht om te kiezen voor onderwijs dat aansluit bij de godsdienstige en filosofische opvattingen van de ouders is gediend bij de erkenning van de vrijheid van stichting. Het is primair aan de ouders om zorg te dragen voor de opvoeding van hun kinderen en te bepalen hoe die opvoeding op het gebied van godsdienst en de ruimere filosofische overtuigingen eruit zal zien.³³ Die vrijheid wordt het best gediend door een zekere ruimte te laten voor pluriformiteit in het onderwijsaanbod.

29 Art. 5 lid 1 onder c UNESCO Convention against Discrimination in Education.

30 Vlemminx 2010.

31 In deze zin par. 153 Report European commission of human rights in Kjelsen.

32 EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/05 (Ponomaryovi t. Bulgarije).

33 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken); EHRM (GK) 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen). In gelijksoortige bewoordingen de Nederlandse afgevaardigde: "It is a primary right of parents to determine the education and teaching which their children shall have. The right of the State in this respect is purely secondary", Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 102. In gelijke zin de Duitse afgevaardigde: "(...) the rights of parents concerning the upbringing and education of their children are of a fundamental nature, whereas those of the State are subsidiary", Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 128. Ook de Franse afgevaardigde op dit punt: "(...) I should like to repeat what most speakers who take part in this debate have already said, namely that when we request, on behalf of the family, the rights of parents to ensure that their children are brought up in accordance with the opinions or religious convictions, we are not asking a favour. We are exercising a natural right.", Travaux préparatoires 1985 VIII, p. 132.

5.3.3 *De structuur*

Een derde argument ter relativering van de sterk op de onderwijsvrager georiënteerde formulering van artikel 2 EP EVRM kan worden gevonden in het systeem van het EVRM en de wijze waarop het EHRM dit systeem een rol laat spelen bij de interpretatie van het EVRM. In dit kader is van belang dat het EHRM meermaals heeft overwogen dat:

“In interpreting and applying Article 2 of Protocol No. 1, the Court must have regard to the fact that its context is a treaty for the effective protection of individual human rights and that the Convention must be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions.”³⁴

De reikwijdte van artikel 2 EP EVRM is derhalve mede afhankelijk van de reikwijdte van de overige bepalingen van het EVRM. In het bijzonder moet daarbij volgens het EHRM acht worden geslagen op de artikelen 8, 9 en 10 EVRM. Het Hof:

“The two sentences of Article 2 of Protocol No. 1 must (...) be read (...) in the light of (...) Articles 8, 9 and 10 of the Convention which proclaim the right of everyone, including parents and children, “to respect for his private and family life”, to “freedom of thought, conscience and religion”, and to “freedom ... to receive and impart information and ideas.”³⁵

Met name de verwijzing naar de artikelen 9 en 10 EVRM is in het kader van de stichtingsvrijheid van belang. Deze beide bepalingen kennen namelijk een ogenschijnlijk van artikel 2 EP EVRM afwijkend karakter. Waar artikel 2 EP EVRM op het eerste gezicht uitsluitend bescherming biedt aan de leerling en zijn of haar ouders, bieden artikel 9 en 10 EVRM veeleer bescherming aan gemeenschappen of collectiviteiten.

Artikel 10 EVRM biedt een ieder de vrijheid “to impart information and ideas”. Het object van de door artikel 10 EVRM geboden bescherming vormt de vrije uitwisseling van gedachten en meningen.³⁶ Een dergelijke vrije gedachte-uitwisseling vertoont overeenkomsten met de wijze waarop het EHRM het onderwijsproces heeft gedefinieerd. ‘Education’ wordt door het EHRM gedefinieerd als “the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young, whereas teaching or instruction refers

34 EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04 (Catan e.a. t. Moldavië); zie ook EHRM (GK) 12 april 2006, nr. 65731/01 (Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk) en EHRM (GK) 15 maart 2012, nr. 39692/09 (Austin e.a. t. Verenigd Koninkrijk).

35 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken); EHRM (GK) 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen); EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi e.a. t. Italië); EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04 (Catan e.a. t. Moldavië).

36 De Meij e.a. 2000, p. 30-31.

in particular to the transmission of knowledge and to intellectual development.”³⁷ Het EHRM geeft hiermee aan het begrip ‘education’ een vergelijkbare definitie als door de grondwetgever aan de term onderwijs in artikel 23 Grondwet is gegeven. Vraag en aanbod zijn blijkens deze definitie van het EHRM noodzakelijk met elkaar verbonden. Onderwijs is naar zijn aard een tweezijdig proces. Ook artikel 9 EVRM biedt blijkens de tekst van deze bepaling grondslag aan de bescherming van collectiviteiten als zodanig.³⁸ De bescherming van het recht op onderwijs moet om effectief te kunnen zijn eveneens betrekking hebben op de aanbodzijde van het onderwijsproces.³⁹ Een uitbreiding van de reikwijdte van artikel 2 EP EVRM sluit hierbij aan. Opgemerkt zij dat in hoofdstuk 4 een omgekeerde benadering werd gehanteerd met betrekking tot artikel 23 Grondwet, die juist alleen bescherming lijkt te bieden aan degene die onderwijs ‘geeft’. Ook de door artikel 23 Grondwet beschermde onderwijsvrijheid moet evenwel toekomen aan de schoolgemeenschap.

Overigens moet op deze plaats worden opgemerkt dat het Hof lange tijd het uitgangspunt heeft gehanteerd dat collectiviteiten als zodanig geen drager konden zijn van de door artikel 2 EP EVRM geboden bescherming.⁴⁰ Voor zover een rechtspersoon aanspraak maakt op bescherming van de vrijheid van stichting, komt het logisch voor aan deze rechtspersonen dat beroep wel toe te kennen.⁴¹ Het is zelfs wat gewrongen om aan rechtspersonen een beroep op artikel 2 EP te ontzeggen wanneer dat beroep ertoe strekt om de stichtingsvrijheid veilig te stellen. In de praktijk zullen het veelal rechtspersonen zijn die gebruik wensen te maken van de vrijheid van stichting. Het zou onnodig omslachtig zijn om ouders te verplichten zelfstandig een vordering in te stellen. Terecht kende de Afdeling in het verleden wel een beroep op artikel 2 EP EVRM aan een rechtspersoon toe.⁴²

5.4 Positieve verplichting?

Het EHRM erkent de vrijheid van schoolstichting. Die interpretatie heeft echter beperkte waarde, omdat het EHRM altijd heeft ontkend dat voor de overheid uit artikel 2 EP EVRM een verplichting zou voortvloeien om particuliere scholen te

37 EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 (Campbell en Cosans t. Verenigd Koninkrijk); Evans 2001, p. 88-90, 110.

38 EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi e.a. t. Italië): “The Court reiterates that in the area of education and teaching Article 2 of Protocol No. 1 is in principle the *lex specialis* in relation to Article 9 of the Convention (...).”

39 Uiteraard is deze vrijheid niet absoluut. In het bijzonder gelden voor de docent in het openbaar onderwijs beperkingen, zie de ontvankelijkheidsbeslissing van ECieRM 1 maart 1979, nr. 8010/77 (X t. Verenigd Koninkrijk): “The Commission considers that the instruction constitutes an interference with the applicant’s freedom of expression. However, the Commission is of the opinion that school teachers in non-denominational schools should have regard to the rights of parents so as to respect their religious and philosophical convictions in the education of their children. This requirement assumes particular importance in a non-denominational school (...).” Vgl. m.b.t. 9 EVRM: EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (Dahlab t. Zwitserland).

40 ECieRM 6 maart 1987, nr. 11533/85 (Jordebo t. Zweden); EHRM 30 juni 1993, nr. 17687 (S.N. t. Zweden); EHRM 9 maart 2011, nr. 7798/08 (Savez crkava “Riječ života” e.a. t. Kroatië).

41 Vgl. Kortmann e.a. 2016, p. 361.

42 ABRvS 15 augustus 2012, nr. 201009068/1/A2 (De Koers).

bekostigen. Het EHRM baseert deze interpretatie op de negatieve formulering van artikel 2 EP EVRM. “The negative formulation indicates, as is confirmed by the ‘preparatory work’ (...) that the Contracting Parties do not recognise such a right to education as would require them to establish at their own expense, or to subsidise, education of any particular type or at any particular level.”⁴³ Inderdaad laat de ontstaansgeschiedenis geen ruimte voor een andere conclusie dan dat de verdragsluitende staten hebben willen voorkomen dat uit artikel 2 EP EVRM een recht op bekostiging zou volgen. Veelvuldig en onomwonden is dit tijdens de ontstaansgeschiedenis van het Eerste Protocol naar voren gebracht.⁴⁴

Overigens geldt wel, zeker nu artikel 2 EP EVRM een recht op schoolstichting omvat, dat wanneer een lidstaat eigenstandig besluit het particuliere onderwijs te bekostigen, uit artikel 2 EP jo 14 EVRM volgt dat dit dan niet willekeurig of arbitrair mag geschieden.⁴⁵ Het is echter niet zo dat daarmee voor iedere school een volledig gelijke aanspraak op bekostiging ontstaat. In de jurisprudentie lijkt al snel te worden aangenomen dat er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor een bepaald onderscheid.⁴⁶ Op dit punt wordt door het EHRM aan de staten een grote mate van beleidsvrijheid gelaten. “[L]’article 2 du Protocole no 1 laisse entière la liberté de l’État de subventionner ou non des écoles privées.”⁴⁷

Ook op basis van andere internationaalrechtelijke normen kunnen particuliere scholen geen aanspraak maken op bekostiging. Betoogd is wel dat, als ouders een recht hebben om te kiezen voor particuliere scholen, dit onder omstandigheden met zich kan brengen dat de overheid financiële bijstand moet verlenen voor de toegang tot die scholen. Dat geldt in het bijzonder daar waar het leerplichtig onderwijs betreft.⁴⁸ Ten aanzien van artikel 13 lid 3 en lid 4 IVESC wordt steun gevonden voor deze interpretatie in artikel 2 lid 1 en lid 2 IVESC. Deze bepaling

43 EHRM (GK) 23 juli 1968, nr. 1474/62 (Belgische taalzaken); zie ook X. t. Verenigd Koninkrijk, ECieRM 2 mei 1978, nr. 7782/77; Verein Gemeinsam Lernen t. Oostenrijk, ECieRM 6 september 1995, nr. 23419/94; Vermeulen 2006, p. 899; Wildhaber 1996, p. 22.

44 Het Committee on Legal and Administrative questions verwoordde het als volgt: “If it is feared that any other formula would imply the duty of the State to establish or to support out of public funds in whole or in part, schools corresponding to various trends of opinion in the population, the Committee can only repeat with the utmost emphasis what has already been stated in the Consultative Assembly, that this question should be considered entirely outside the scope of the Convention or the protocol”. *Travaux préparatoires VIII 1985*, p. 24; *Travaux préparatoires VIII 1985*, p. 176; *Travaux préparatoires VIII 1985*, p. 10; De Nederlandse afgevaardigde was dezelfde mening toegedaan: “Moreover, it should be clearly understood that this requirement in no way implies that it is the duty of the State to subsidise independent schools.” *Travaux préparatoires VIII 1985*, p. 98; *Travaux préparatoires VII 1985*, p. 202; *Travaux préparatoires VII 1985*, p. 210.

45 ECieRM 2 mei 1978, nr. 7782/77 (X. t. Verenigd Koninkrijk). In gelijke zin ECieRM 6 september 1995, nr. 23419/94 (Verein gemeinsam lernen t. Oostenrijk): “Accordingly, although Article 2 of Protocol No. 1 (P1-2) does not give rise to an obligation to subsidise any particular type of education, Article 14 (Art. 14) nevertheless requires that any subsidies which are made should not be made in a discriminatory fashion.” In gelijke zin General comment bij article 13 par. 54.

46 Vgl. EHRM (GK) 13 november 2007, nr. 57325/00 (D.H. e.a. t. Tsjechië); Lathouwers en Veny 2004, p. 432-433.

47 EHRM 22 november 2011, nr. 8314/10 (Soukromá základní škola Cesta k úspěchu v Praze, s.r.o. en Občanské sdružení Škola dětem t. Tsjechië).

48 Beiter 2006; zie over de jurisprudentie van het EHRM t.a.v. ouderbijdragen Gerards 2015.

zou in die visie niet alleen in formele, maar ook in materiële zin de overheid tot gelijke behandeling dwingen. Tot op heden moet echter worden aangenomen dat uit het internationale recht geen verplichting volgt tot bekostiging van scholen of financiële bijstand aan ouders die hun kinderen het particuliere onderwijs willen laten bezoeken.

5.5 Ruimte voor regulering

De lidstaten die partij zijn bij het EVRM bezitten een zeer grote vrijheid om de aan artikel 2 EP EVRM ontleende stichtingsvrijheid te reguleren. Zo bestaat er op grond van artikel 2 EP EVRM voor lidstaten geen verplichting scholen die onder gebruikmaking van de vrijheid van stichting zijn gesticht, te erkennen. De overheid is volledig bevoegd om te bepalen welke scholen tot het onderwijsbestel behoren.⁴⁹

Ook de andere internationaalrechtelijke normen die de vrijheid van stichting erkennen, gaan uit van een grote discretionaire ruimte voor de overheid bij het reguleren van die stichtingsvrijheid. Zo erkennen zij vaak expliciet dat de overheid bevoegd is minimumnormen aan het particuliere onderwijs op te leggen. Als illustratie kan bijvoorbeeld worden verwezen naar artikel 13 lid 4 IVESC. Daarnaast rust op de overheid een verplichting om naleving van die minimumnormen te verzekeren. Accreditatiestelsels zijn met deze normen in overeenstemming.⁵⁰ In Nederland zijn de minimumnormen voor het particulier onderwijs vastgelegd in de Leerplichtwet. Die normen zijn voor een belangrijk deel gelijk aan de normen die de overheid aan haar eigen openbare scholen oplegt. Een dergelijke vergaande inhoudelijke afbakening van het begrip minimumnormen is in overeenstemming met de internationaalrechtelijk beschermde vrijheid van stichting. In dit opzicht geldt als enige beperking voor de overheid dat zij niet mag handelen in strijd met het verbod op willekeur, zoals dit ligt verankerd in artikel 14 EVRM.⁵¹

Overigens valt ook de inhoud van het curriculum buiten de reikwijdte van de vrijheid van stichting. “The setting and planning of the curriculum falls in principle within the competence of the Contracting States.”⁵²

5.6 Conclusie

Ook het internationale recht biedt bescherming aan de vrijheid van stichting. Die vrijheid gaat echter veel minder ver dan de door artikel 23 Grondwet gebo-

49 ECieRM 6 maart 1987, nr. 11533/85 (Jordebo t. Zweden); zie ook J.H. Gerards EVRM Commentaar & Rechtspraak.

50 Beiter 2006, p. 563. Ook een verbod op thuisonderwijs is met het EVRM in overeenstemming: EHRM 11 september 2006, nr. 35504/03 (Konrad e.a. t. Duitsland).

51 EHRM 22 november 2011, nr. 8314/10 (Soukromá základní škola Cesta k úspěchu v Praze, s.r.o. en Občanské sdružení Škola dětem t. Tsjechië): “De plus, ladite demande de la première requérante a été rejetée au motif qu'elle ne remplissait pas les exigences auxquelles l'Etat subordonnait la création de nouvelles écoles, conformément à la réglementation en vigueur qui tenait compte des besoins et des ressources de la communauté et des individus, ce qui n'équivaut pas à une distinction de traitement arbitraire ou discriminatoire.”

52 EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93 (Valsamis t. Griekenland); EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71, p. 22, par. 52 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken).

den bescherming. Aan de minimale bescherming die aan het internationale recht kan worden ontleend, zal door de Nederlandse overheid al snel worden voldaan. Daarnaast bestaat er op grond van het internationale recht geen recht op bekostiging. Ook voor het overige biedt het internationale recht de overheid een zeer vergaande mogelijkheid om de stichtingsvrijheid te reguleren. Daarmee is de waarde van de internationaalrechtelijke bescherming van de vrijheid van stichting, ook in het licht van artikel 120 en 94 Grondwet, beperkt.

VI

De bekostigingsaanspraak

Het werd hiervoor al een aantal malen opgemerkt: het oprichten en in stand houden van een school is een kostbare aangelegenheid. Meestal is schoolstichting dan ook uitsluitend mogelijk met financiële steun van de overheid. Het belang van de bekostigingsaanspraak voor het welslagen van een stichtingsinitiatief kan dan ook moeilijk worden overschat. In dit hoofdstuk zal daarom nader op de hoofdlijnen van de bekostigingsregelgeving worden ingegaan, voor zover die regelgeving de aanvang van de bekostiging reguleert. Daarbij komt met regelmaat ook de verhouding met artikel 23 Grondwet aan bod. De bekostigingsregelgeving vormt immers een uitwerking van het in artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet verankerde sociale grondrecht op (gelijke) bekostiging.

6.1 De aanvang van de bekostiging: school en de stichtingskosten

De voorwaarden waaronder de overheid tot bekostiging overgaat zijn voor het basisonderwijs opgenomen in de WPO en voor het voortgezet onderwijs in de WVO. Bij eerste bestudering van de bekostigingsregelgeving valt onmiddellijk op dat er zowel in de WPO als de WVO geen regeling is opgenomen die de schoolstichting als zodanig bekostigt.¹ Op grond van de WPO en de WVO wordt alleen 'een school' voor bekostiging in aanmerking gebracht. De schoolstichter kan als zodanig geen aanspraak maken op bekostiging. Ook de rechtspersoon die de school in stand houdt heeft alleen nadat 'de school' voor bekostiging in aanmerking is gebracht aanspraak op bekostiging.²

Dat met 'school' niet ook een stichtingsinitiatief of een nog niet bestaande (geprognoseerde) school is bedoeld, blijkt uit de definitiebepalingen in de WPO en de WVO. Zo schrijft de WPO voor dat de bekostiging uitsluitend een aanvang kan nemen als de 'bijzondere school' is opgenomen op een voor de gemeente van vestiging vastgesteld plan van scholen.³ Daarbij definieert de WPO een school als een basisschool waar basisonderwijs *wordt* gegeven.⁴

1 Zie in dit kader ook artikel 5 WPO waarin een meldingsplicht is opgenomen voor de oprichting van niet-bekostigde scholen. Deze bepaling werd ingevoerd bij amendement *Kamerstukken II* 2006/07, 30652, nr. 11. Onduidelijk is evenwel wat in artikel 5 WPO bedoeld wordt met de aanduiding 'oprichting'. Anders: art. 72 lid 1 LO-wet 1920. Deze bepaling stelde vergoeding van de stichtingskosten gelijk aan de vergoeding van de huisvestingskosten.

2 Art. 1 jo 55 WPO; art. 96m WVO.

3 Art. 74 lid 2 WPO.

4 Art. 73 WPO.

Een belangrijk kenmerk van de huidige bekostigingsregelgeving is dat zij vooronderstelt dat de school als instituut al bestaat op het moment dat zij voor bekostiging in aanmerking wordt gebracht. De regels omtrent de aanvang van de bekostiging maken dus onderscheid tussen de oprichting van een school als instituut en de bekostiging van dat instituut.⁵

Met dit onderscheid sluit de bekostigingsregelgeving aan bij artikel 23 Grondwet. Ook de formulering van artikel 23 lid 7 Grondwet gaat van dit onderscheid uit. Bekostigd wordt niet degene die onderwijs wil gaan geven, maar het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs dat aan de wettelijke voorwaarden voldoet. Het uitgangspunt is dat de bekostiging de uitoefening van het in artikel 23 lid 2 Grondwet vervatte grondrecht volgt. Uiteraard valt in de praktijk het moment waarop de school als entiteit waarbinnen onderwijs *wordt* gegeven, gesticht wordt vaak samen met het moment dat de bekostiging een aanvang neemt.

Eerdere onderwijswetten kenden wel regelingen voor de bekostiging van de schoolstichting als zodanig. Zo was in de Lager Onderwijswet 1920 een regeling voor vergoeding van de stichtingskosten opgenomen.⁶ Vergoeding van de stichtingskosten stond toen evenwel gelijk aan vergoeding van de kosten voor huisvesting. De huidige bekostigingsregelgeving abstraheert van dergelijke bekostigingsgrondslagen door de school als instituut voor bekostiging in aanmerking te brengen. Hierin schuilt een belangrijk kenmerk van de hierna te bespreken idee van scholenplanning.

6.2 De aanvang van de bekostiging: uitgangspunten

Bij de vormgeving van de regels omtrent de aanvang van de bekostiging speelden twee doelstellingen een dominante rol. Ten eerste moest verzekerd worden dat overheidsgeld zo doelmatig mogelijk besteed zou worden. Ten tweede beogen de bepalingen die de aanvang van de bekostiging reguleren reële betekenis toe te kennen aan de opvoedkundige opvattingen van ouders. Anders dan de eerste doelstelling is de tweede doelstelling rechtstreeks door de Grondwet voorgeschreven.

Alle regels ten aanzien van de bekostiging zijn gebaseerd op artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet. De in deze bepalingen opgenomen financiële gelijkstelling was ingegeven door de wens reële betekenis toe te kennen aan de opvoedkundige opvattingen van ouders. Zij die in vrijheid voor het bijzonder onderwijs kozen, moesten daarvan geen negatieve consequenties ondervinden. De bekostigingsregelgeving moet, nu zij een uitwerking beoogt te geven aan artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet, dienstbaar zijn aan deze doelstelling.

In de interactie tussen deze doelstellingen stelt de doelmatigheidseis grenzen aan de mate waarin het bekostigingsstelsel ruimte kan scheppen voor het laten ontstaan van een divers onderwijsaanbod. Het uitgangspunt van artikel 23 Grondwet

5 Vgl. *Kamerstukken II 1992/93*, 23070, nr. 3, p. 7; Onderwijsraad 2010, p. 21. Nolen 2017, p. 157-161 maakt in dit kader een vergelijking met het begrip onderneming. De school als organisatorisch verband die zich het geven van onderwijs tot doel stelt. Dit sluit aan bij de in hoofdstuk 4 gegeven definitie van schoolgemeenschap.

6 Art. 72 lid 1 LO-wet 1920.

is dat ouders door middel van een voldoende divers aanbod in staat worden gesteld een school te vinden die aansluit bij hun opvoedkundige opvattingen. Uiteindelijk komen beide doelstellingen dan ook samen in het aan de bekostigingsregelgeving ten grondslag liggende uitgangspunt dat zij moet resulteren in de totstandkoming van een evenwichtig stelsel van onderwijsvoorzieningen. Dit uitgangspunt is in de WPO uitgewerkt in het stelsel van richtinggebonden scholenplanning.

6.3 Het plan van scholen

De WPO bepaalt dat scholen in het basisonderwijs uitsluitend voor bekostiging in aanmerking komen als zij worden opgenomen op een gemeentelijk plan van scholen. In het voortgezet onderwijs is het plan van scholen inmiddels verlaten, maar het karakter van de bekostigingsbeslissing is niet gewijzigd.⁷ De bekostigingsbeslissing in het voortgezet onderwijs kent dezelfde (plan)kenmerken als de bekostigingsbeslissing in het basisonderwijs.

De planmatige bekostigingssystematiek is gebaseerd op een drietal uitgangspunten. Die drie uitgangspunten weerspiegelen de hiervoor genoemde doelstellingen. Ten eerste gaat de idee van scholenplanning ervan uit dat de behoefte aan een nieuw te bekostigen school moet worden beoordeeld in het licht van het reeds bestaande aanbod. Het antwoord op de vraag wanneer er voldoende behoefte bestaat om een school voor bekostiging in aanmerking te brengen, wordt zowel bepaald door overwegingen van doelmatigheid als door de wens om een voldoende divers onderwijsaanbod tot stand te brengen dat zo veel mogelijk aansluit bij de opvoedkundige opvattingen van ouders. Ten tweede moet de behoefte aan een school niet slechts op één moment in de tijd blijken, maar moet zij ook over een langere periode kunnen worden aangetoond.⁸ Dit is primair een eis van doelmatigheid. Een derde kenmerk van de planmatige bekostigingssystematiek is dat in dit stelsel altijd eerst wordt vastgesteld of een school aanspraak kan maken op bekostiging, om pas daarna de inhoud en de hoogte van de bekostiging te bepalen.⁹ Dit derde kenmerk hangt zeer nauw met de twee andere kenmerken samen.¹⁰ Het is een logische consequentie van de idee van scholenplanning.

Deze drie uitgangspunten komen in de bekostigingsregelgeving tot uitdrukking in de voorwaarden waaraan de bekostigingsaanvraag wordt getoetst.¹¹ In het navolgende wordt op deze beoordelingscriteria nader ingegaan.

6.3.1 De beoordelingscriteria

Om als school voor bekostiging in aanmerking te komen, moet de bekostigingsaanvraag aan een aantal wettelijk omschreven voorwaarden voldoen. Deze voorwaarden zijn in twee groepen onder te verdelen. Ten eerste zal de aanvraag aan een

7 Stb 2008, 296.

8 Vgl. Tweede Onderwijsnota, 1955, p. 44-46.

9 Vgl. art. 2 Besluit bekostiging WPO.

10 Vgl. art. 4:31 Awb.

11 Philipsen 2013a, p. 45-50.

aantal formele vereisten moeten voldoen. Zo volgt uit de sectorwetten bijvoorbeeld dat de aanvraag vergezeld moet gaan van de naam en het adres van het bevoegd gezag. Belangrijker dan deze formele voorwaarden zijn evenwel de voorwaarden aan de hand waarvan inhoudelijk wordt getoetst of er voldoende behoefte bestaat aan een extra bekostigde school, dan wel of die nieuw te bekostigen school past binnen het reeds bestaande aanbod.

De sectorwetten kennen twee typen materiële voorwaarden. Ten eerste zijn er in de sectorwetten kwantitatieve maatstaven opgenomen waaraan een bekostigingsaanvraag moet voldoen om voor bekostiging in aanmerking te komen. De kwantitatieve voorwaarden brengen tot uitdrukking hoe groot de behoefte aan een school moet zijn alvorens de overheid tot bekostiging zal overgaan. Deze norm vormt het belangrijkste doelmatigheidsinstrument in het reguleren van de bekostiging. Daarnaast is er een kwalitatieve maatstaf. Iedere school die voor bekostiging in aanmerking wenst te komen, moet gebaseerd zijn op een richting. Volgens vaste jurisprudentie wordt de richting omschreven als de godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag van de school, waarbij evenwel moet worden aangetekend dat niet iedere godsdienst of levensovertuiging op basis van die jurisprudentie als richting is erkend.¹²

Het richtingbegrip vormt de vergelijkingsmaatstaf aan de hand waarvan wordt bepaald of een school past binnen het reeds bestaande aanbod. De huidige bekostigingssystematiek reguleert de diversiteit van het aanbod aan bekostigd onderwijs op basis van de richting van de school. De richting vormt het centrale ordeningsprincipe aan de hand waarvan de wetgever beoogt te voldoen aan de uit artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet voortvloeiende verplichting om te zorgen voor een onderwijsbestel waarin voldoende ouders een school kunnen vinden die aansluit bij hun opvoedkundige opvattingen.

De hiervoor genoemde kwantitatieve en kwalitatieve maatstaven zijn niet van elkaar te scheiden. Zij komen samen in de wijze waarop de behoefte aan een te bekostigen school moet worden berekend. De onderwijswetgeving schrijft voor dat bij de berekening van de behoefte moet worden uitgegaan van een geprognosticeerde vraag. Niet de daadwerkelijke belangstelling voor een school, maar het leerlingpotentieel van een school is bepalend voor de vraag of een school voor bekostiging in aanmerking komt.

De prognose van het leerlingpotentieel van een school moet worden uitgevoerd op basis van een op de onderwijswetgeving terug te voeren rekenmethodiek. De hoogte van het leerlingpotentieel wordt bepaald door de te verwachten ontwikkeling van de leerlingaantallen over meerdere jaren en de richting van de school. De bekostigingsregelgeving neemt tot uitgangspunt dat niet de behoefte aan een nieuwe school als zodanig, maar de behoefte aan een school van een bepaalde richting de grondslag van de bekostigingsbeslissing moet zijn.¹³ De richting bepaalt hoe groot de belangstelling voor een school is en welke leerlingen bij de berekening

12 Zie uitvoerig: par. 6.4.

13 In het voortgezet onderwijs geldt dat naast de richting tevens een vergelijking op schoolsoort plaatsvindt.

van het leerlingpotentieel niet mogen worden meegerekend, omdat voor die leerlingen plaats beschikbaar is op een school van dezelfde richting.

Het minimale leerlingpotentieel dat een school moet kunnen aantonen om voor bekostiging in aanmerking te komen is in de WPO en de WVO vastgelegd. Deze minimumnormen worden ook wel aangeduid als stichtingsnormen. Dat is een wat vreemde naam voor een stelsel dat de schoolstichting als zodanig niet (meer) bekostigt. Deze naamgeving stamt echter uit een tijd waarin de onderwijs-wetgeving de schoolstichting nog wel direct financieel ondersteunde.

6.3.2 *Belangstellingsmeting*

Bij de berekening van het leerlingpotentieel vormt de belangstelling voor de richting van de nieuw te bekostigen school het uitgangspunt. Daarbij schrijft de WPO voor dat de belangstelling voor een school van een bepaalde richting op indirecte wijze moet worden vastgesteld door haar af te leiden uit de belangstelling zoals die in de gemeente van vestiging bestaat voor scholen van gelijke richting. Als er binnen de gemeente nog geen school van dezelfde richting bestaat, dan kan ook gebruik worden gemaakt van de belangstelling voor die richting in een vergelijkbare gemeente.

De bekostigingsregelgeving vooronderstelt dat de belangstelling voor de reeds bestaande scholen van een bepaalde richting zich ook zal verwezenlijken ten aanzien van de nieuw te bekostigen school van die richting.¹⁴ De vraag of er in concreto ook daadwerkelijk belangstelling voor het stichtingsinitiatief bestaat, dan wel of ook het specifieke stichtingsinitiatief in staat is die afgeleide belangstelling te verwezenlijken, speelt bij de bekostigingsbeslissing geen rol. Niet de concrete belangstelling voor de nieuw te bekostigen school, maar de abstracte belangstelling voor een school van dezelfde richting als de nieuw bekostigde school vormt daarbij het uitgangspunt.

Daarin verschilt de huidige bekostigingssystematiek van bijvoorbeeld een bekostigingsstelsel dat ouderverklaringen tot uitgangspunt neemt. In een dergelijk stelsel, zoals dat functioneerde onder de Lager Onderwijswet 1920 en in de eerste jaren van de WBO, tonen ouders hun belangstelling voor een bepaalde school aan door te verklaren dat zij hun kind op de school zullen inschrijven, mocht de school er daadwerkelijk komen. Ouderverklaringen meten daarmee de belangstelling voor een concreet stichtingsinitiatief.

In het begin van de jaren negentig werd volledig van het gebruik van ouderverklaringen afgestapt. Een belangrijk argument daarbij was dat het proces waarbij de ouderverklaringen moesten worden gecontroleerd op de verenigbaarheid met de wettelijk vastgestelde criteria te arbeidsintensief werd. Dat kwam, zo voerde de regering aan, vooral door de stijging van de stichtingsnormen. Door die stijging moesten er voor iedere aanvraag meer ouderverklaringen worden gecontroleerd.¹⁵

14 *Kamerstukken II 1978/79*, 14428, nr. 5, p. 20-21; *Kamerstukken II 1992/93*, 23070, nr. 3, p. 1; Nota toerusting en bereikbaarheid 1991.

15 *Kamerstukken II 1991/92*, 22468, nr. 3, p. 8; *Kamerstukken II 1991/92*, 22468, nr. 5, p. 9; *Kamerstukken II 1991/92*, 22468, nr. 8, p. 5; *Kamerstukken II 1992/93*, 23070, nr. 3, p. 20-21.

Overigens stond het gebruik van ouderverklaringen al langer onder druk. Ouderverklaringen zouden een slechte voorspellende waarde hebben, doordat ouders die zo'n verklaring tekenden op generlei wijze verplicht konden worden hun kinderen naar de school te sturen waarvoor zij getekend hadden. Daar kwam bij dat moeilijk controleerbaar was om welke redenen ouders een ouderverklaring tekenden. Waren zij echt geïnteresseerd in de school of speelden andere motieven een rol bij het ondertekenen van de ouderverklaring? Daarnaast waren ouderverklaringen met name in het basisonderwijs moeilijker bruikbaar, omdat op het moment dat de verklaringen werden opgehaald een groot deel van de kinderen die de school moesten gaan bezoeken nog geboren moet worden.¹⁶

Toch sluit deze meer concrete belangstellingsmeting beter aan bij artikel 23 Grondwet. In hoofdstuk 4 werd bij de bespreking van het dragerschap van artikel 23 Grondwet opgemerkt, dat aan artikel 23 Grondwet de vooronderstelling ten grondslag ligt dat vraag en aanbod op elkaar inwerken.¹⁷ Artikel 23 lid 2 beschermt de vrijheid van de onderwijsaanbieder om een school op te richten vanuit de idee, dat daarmee ook de belangen die ouders bij de opvoeding van hun kinderen hebben, worden gediend. Bij dat uitgangspunt wordt beter aangesloten als ouders invloed hebben op de totstandkoming van het onderwijsaanbod. Bij een abstracte belangstellingsmeting, waarbij die belangstelling wordt afgeleid uit het reeds bestaande aanbod, is die invloed er niet. Ouderverklaringen stellen ouders daarentegen in staat zich direct achter een initiatief dat hen aanstaat te verenigen.¹⁸

Om de betrokkenheid van ouders bij de totstandkoming van het onderwijsaanbod te vergroten, kent de onderwijswetgeving naast een indirecte belangstellingsmeting, ook een belangstellingsmeting met een meer direct karakter. Deze directe(re) vorm van abstracte belangstellingsmeting wordt aangeduid als de verlangd-onderwijsenquête.¹⁹ Deze vorm van belangstellingsmeting kan echter niet zonder meer worden toegepast. Voor haar toepassing is alleen ruimte als aanvullende methode bovenop de indirecte belangstellingsmeting.²⁰ Wanneer gebruik wordt gemaakt van een verlangd-onderwijsenquête wordt de belangstelling van ouders voor een school van een bepaalde richting niet afgeleid uit het reeds bestaande aanbod, maar ontleend aan een enquête waarbij ouders in algemene zin naar hun voorkeur voor een richting wordt gevraagd. Ook bij een verlangd-onderwijsenquête wordt dus niet de voorkeur voor een specifieke school gemeten. Aanleiding voor het gebruik van een verlangd-onderwijsenquête bestaat in het bijzonder, als er argumenten zijn om te vooronderstellen dat de prognose op basis van de indirecte meting onvoldoende juiste gegevens oplevert over de behoefte aan de nieuw te bekostigen school.²¹

16 *Kamerstukken II* 1979/80, 14428, nr. 12, p. 57; vgl. Vermeulen 1996, p. 23-25.

17 Par. 4.3.

18 *Kamerstukken II* 1978/79, 14428, nr. 5, p. 21.

19 *Kamerstukken II* 1991/92, 22468, nr. 4, p. 2; *Kamerstukken II* 1991/92, 22468, nr. 4, p. 8; *Kamerstukken II* 1992/93, 23070, nr. 6, p. 6.

20 Zie over de geschiedenis van de verlangd-onderwijsenquête uitvoerig Van Kessel 1988, p. 275-288; de noot van Huisman en Philipsen bij ABRvS 20 februari 2013, AB 2013/109.

21 *Kamerstukken II* 1993/94, 23070, nr. 24.

6.3.3 Prognose

De invoering van het plan van scholen werd ingegeven door de constatering dat de leerlingaantallen niet langer zouden stijgen. In sommige wijken – vooral nieuwbouwwijken – konden de leerlingaantallen fors toenemen, maar dan namen zij in andere wijken tegelijkertijd navenant af. Een doelmatige besteding van de algemene middelen vereiste dan ook, dat op het moment dat de bekostigingsbeslissing zou worden genomen er ook inzicht bestond in de leerlingaantallen die de school in de toekomst zou weten te trekken.

Het tot dan toe geldende stelsel ging er evenwel van uit dat als een school op een bepaald moment middels verklaringen van ouders inzichtelijk kon maken dat zij op dat moment aan de stichtingsnorm voldeed, die belangstelling ook voor de toekomst genoegzaam vaststond. In een tijd van dalende leerlingaantallen kon de juistheid van die vooronderstelling echter niet zonder meer worden aangenomen. Daar kwam bij dat de stichting van een nieuwe school in tijden van dalende leerlingaantallen ook de leerlingaantallen op de reeds bestaande scholen onder druk zet. Het uitgangspunt werd dan ook dat een school uitsluitend bekostigd zou worden als zij duurzaam bestaansrecht had. In ieder geval moest voorkomen worden dat er scholen zouden worden gesticht waarvan al snel zou blijken dat zij nooit levensvatbaar zouden zijn.²²

De huidige bekostigingsregelgeving schrijft voor dat bij de berekening van het leerlingpotentieel rekening moet worden gehouden met de ontwikkeling van de leerlingaantallen en de invloed van die ontwikkelingen op het leerlingpotentieel. Bij die prognose dient gebruik gemaakt te worden van demografische gegevens.²³

6.4 De richting

Zoals opgemerkt schrijven de bepalingen die de aanvang van de bekostiging reguleren voor, dat aan iedere school die voor bekostiging in aanmerking wenst te komen een richting ten grondslag ligt. De richting van de school is een belangrijke en in het basisonderwijs zelfs de enige vergelijkingsmaatstaf aan de hand waarvan wordt bepaald of een school in het licht van het reeds bestaande aanbod voor bekostiging in aanmerking komt.

6.4.1 Definitie

Sinds het richtingbegrip in de onderwijswetgeving werd opgenomen, is het vooral in de (Kroon)jurisprudentie geleidelijk steeds verder ingekaderd. In 1933 werd het begrip richting gelijkgesteld aan de “richtingen welke zich in het Nederlandsche Volk op geestelijk terrein openbaren”.²⁴ In aanvulling hierop overwoog de Kroon in 1983 dat een aan een bijzondere school ten grondslag liggende richting betrekking heeft “op de inhoud van het onderwijs, zoals die wordt beïnvloed door een op alle

22 *Kamerstukken II* 1976/77, 14428, nr. 3, p. 36.

23 *Vgl. Kamerstukken II* 1980/81, 14428, nr. 18, p. 11.

24 *KB* 15 mei 1933, *AB* 1933, 543.

terreinen des levens doorwerkende godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing”.²⁵ De Afdeling Geschillen van bestuur van de Raad van State verfijnde deze definitie door te oordelen dat een nieuwe richting alleen als zodanig erkend kon worden, als het gaat om een “brede, geestelijke – van de bestaande richtingen in het onderwijs te onderscheiden – stroming in de Nederlandse samenleving”.²⁶ Om tot het bestaan van een richting in deze zin te kunnen concluderen, was volgens de Afdeling Geschillen ten minste vereist “dat er een voldoende samenhang onder de achterban aanwezig is. Daarnaast moest er sprake zijn van een coherente inspanning in het voedingsgebied om de beoogde school te stichten”.²⁷ Tot een gelijklopende definitie kwam de Afdeling Bestuursrechtspraak. Volgens deze Afdeling gaat het bij een richting om een “godsdienst of levensovertuiging (...) die aan het op de scholen gegeven onderwijs ten grondslag is gelegd en die ook op andere terreinen van het leven doorwerkt en zich als zodanig openbaart in een binnen Nederland waarneembare stroming”.²⁸ Met betrekking tot de vraag of er ook sprake kon zijn van een richting als er geen sprake is van het bestaan van een ruim draagvlak voor het stichten van een school binnen het kerkgenootschap van de religie die aan het onderwijs ten grondslag wordt gelegd, overwoog de Afdeling “dat de eis van een plaatselijk draagvlak, voor zover deze zich al verdraagt met de door de grondwetgever gegarandeerde vrijheid van richting, zich oplost in de vraag of de gemeten belangstelling voor de school voldoet aan de stichtingsnorm”. In het kader van de Leerplichtwet definieerde de Hoge Raad een richting als “een fundamentele oriëntatie ontleend aan een welbepaalde godsdienst of levensbeschouwing”.²⁹

De hiervoor uiteengezette jurisprudentie had niet uitsluitend betrekking op het richtingbegrip als negatieve bekostigingsvoorwaarde. De eerste twee hiervoor genoemde uitspraken definieerden het richtingbegrip in relatie tot de vraag of ouders aanspraak konden maken op vergoeding van de vervoerskosten. Ook bij die regeling speelt het richtingbegrip een centrale rol.

Het gebruik van het richtingbegrip in de bekostigingsregelgeving kent een groot voordeel. Enerzijds leidt de richtinggebonden planning tot een gevarieerd aanbod, maar tegelijkertijd is die variatie door de inhoudelijke inkleuring die aan het begrip richting is gegeven niet zodanig ruim, dat de doelmatige besteding van overheidsmiddelen onder druk komt te staan. Het richtingbegrip fungeert als het criterium aan de hand waarvan een evenwichtige spreiding van onderwijsvoorzieningen plaats kon vinden zonder dat de met de schoolstichting verbonden kosten enorm uit de hand liepen.³⁰

Het gebruik van het richtingbegrip in de vroegste jurisprudentie over de aanspraak op vervoerskosten vervulde dezelfde functie. Ook daar werd aan de hand

25 KB 11 november 1983, AB 1984, 109. In dit Koninklijk besluit oordeelde de Kroon dat het Jenaplan een onderwijsmethode is die niet kan gelden als richting.

26 AGRvS 10 november 1992, AB 1993, 88, m.nt. Van der Net; Vermeulen 1996, p. 11-12.

27 AGRvS 10 november 1992, AB 1993, 88, m.nt. Van der Net.

28 ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28, m.nt. Vermeulen; zie voor deze ontwikkeling ook de adviezen: Onderwijsraad 1990; Onderwijsraad 1993.

29 HR 6 juli 2010, NJ 2010/422; vgl. Huisman e.a. 2011, p. 16-20.

30 Zijlstra 1989, p. 62-65.

van het richtingbegrip geprobeerd enerzijds de kosten in de hand te houden en anderzijds ouders wel een reële mogelijkheid te geven hun kinderen naar een school te sturen die aansloot bij hun opvoedkundige opvattingen. Mede daarom liet het richtingbegrip zoals dat in het kader van het leerlingenvervoer werd gebruikt, zich eenvoudig in de bekostigingsregelgeving toepassen.

6.4.2 *Kritiek*

Ondanks het feit dat er duidelijk voordelen verbonden zijn aan de richtinggebonden planning, staat het gebruik van het richtingbegrip als negatieve bekostigingsvoorwaarde al meer dan twintig jaar onder druk. De bezwaren die de afgelopen jaren tegen het gebruik van het richtingbegrip als bekostigingsvoorwaarde zijn ingebracht, kunnen in twee categorieën worden opgedeeld.³¹ Ten eerste is er een groep bezwaren die het beste als praktisch-beleidsmatige bezwaren kunnen worden aangemerkt. Ten tweede worden er ook meer principieel-juridische bezwaren tegen het gebruik van het begrip richting in de bekostigingswetgeving aangedragen.³²

6.4.2.1 Praktisch-beleidsmatige bezwaren

Het eerste bezwaar tegen de richtinggebonden scholenplanning richt zich op het aan de richtinggebonden planning ten grondslag liggende uitgangspunt, dat een bekostigingsstelsel dat een zekere evenwichtige spreiding aan richtingen realiseert, recht doet aan de wensen die ouders op het gebied van het onderwijs van hun kinderen koesteren. Uit onderzoek is evenwel gebleken dat de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag al lang niet meer het enige (primaire) keuzemotief van ouders is.³³ De vraag kan dan ook worden opgeworpen of de verdeling van bekostiging over scholen niet meer ruimte zou moeten laten voor de grote variatie aan schoolkeuzemotieven die ouders vandaag de dag bij de keuze voor een school hanteren.

Een tweede praktisch-beleidsmatig bezwaar dat in het verlengde van het voorgaande bezwaar ligt, komt voort uit de constatering dat ook wanneer het bekostigingsstelsel niet wordt aangepast, scholen manieren zullen zoeken om aan de vraag van ouders te voldoen. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat de bekostigingsbeslissing steeds meer uitgaat van een papieren werkelijkheid. De bekostigingsbeslissing wordt genomen op basis van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school, terwijl die grondslag in de praktijk lang niet altijd inhoud krijgt. In plaats daarvan besluiten scholen zich bijvoorbeeld te concentreren op hun pedagogisch of didactisch profiel. Deze ontwikkeling zet reeds op zichzelf de effectiviteit van de richting als sturingsinstrument onder druk.

31 Het (on)officiële startsein voor de discussie over de herinvoering van een richtingvrij stelsel van scholenplanning werd gegeven met de motie-De Cloe e.a.; *Kamerstukken II* 1993/94, 23070, nr. 29; Laemers 2008; Laemers 1999.

32 Vgl. Huisman 2011b, p. 13.

33 Vgl. Herweijer en Vogels 2004, p. 84-85; Allen e.a. 2016.

Ten derde moet worden gewezen op een bezwaar dat niet zozeer volgt uit het gebruik van het richtingbegrip als zodanig, maar veeleer uit de wettelijk voorgeschreven rekenmethodiek waarin dat richtingbegrip dan wel weer een belangrijke rol speelt. Die rekenmethodiek leidt ertoe dat – in combinatie met de hoge stichtingsnormen, het beperkte aantal erkende richtingen en het reeds bestaande aanbod aan richtingen – er voor nieuwe scholen nog amper ruimte bestaat om voor bekostiging in aanmerking te komen. Nieuwbouwwijken vormen de uitzondering op de regel.³⁴

Voor veel nieuwe richtingen of kleine richtingen komt daar bij, dat zij bij de belangstelling relatief vaak een beroep moeten doen op de indirecte meting. Aan dergelijke verlangd-onderwijsenquêtes zijn hoge kosten verbonden. Daarmee werkt dit stelsel in het bijzonder in het nadeel van kleine richtingen.

Opgemerkt moet worden dat voor zover deze praktisch-beleidsmatige bezwaren terug zijn te voeren op de stellingname dat de richtinggebonden bekostigings-systematiek resulteert in een aanbod dat onvoldoende aansluit bij de vraag van ouders, artikel 23 lid 7 Grondwet ervan uitgaat dat het bekostigingsstelsel dienstbaar is aan de opvoedkundige voorkeuren van ouders.³⁵ Het gewicht van dit bezwaar zou kunnen worden verminderd door ouders op andere terreinen van de onderwijswetgeving meer ruimte te bieden om voor hun kinderen het onderwijs te verzekeren dat in overeenstemming is met hun godsdienstige, levensbeschouwelijke of opvoedkundige opvattingen. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de regeling omtrent vergoeding van de vervoerskosten en de mogelijkheden voor vrijstellingen op basis van de Leerplichtwet. Ook deze laatste regelingen zijn echter rond het richtingbegrip vormgegeven.

Tussen de richtinggebonden planning, de vrijstellingsmogelijkheid uit de Leerplichtwet en de vervoerskostenregeling bestaat een hechte, op historische gronden te verklaren band. Alle drie deze regelingen beogen de opvoedkundige vrijheid van ouders (op godsdienstig terrein) te beschermen. Het ligt dan ook in de rede om in de uitvoering van deze regelingen enige onderlinge afstemming plaats te laten vinden. In dit kader wringt in het bijzonder de enge interpretatie die de Hoge Raad op grond van de Leerplichtwet de afgelopen jaren heeft gegeven aan de vrijstellingsmogelijkheid voor gewetensbezwaarde ouders.³⁶ Die interpretatie mist de samenhang die er tussen deze regelingen bestaat. De Hoge Raad verwijst ter rechtvaardiging van zijn jurisprudentie vaak naar de grondwettelijke mogelijkheid om een eigen school op te richten. Dat die mogelijkheid in de praktijk vaak

34 *Kamerstukken II* 2014/15, 31135, nr. 53, p. 1 (Meer ruimte voor nieuwe scholen).

35 Akkermans en Mentink 1986, p. 86.

36 Zie op dit punt Huisman en Mevis 2015. De afgelopen jaren is meermaals aangevoerd dat art. 8 lid 2 Lpw in strijd is met het EVRM. Het probleem van deze bepaling is dat zij geen ruimte laat voor een afweging in de concrete casus. Ouders die zich op een later moment in de schoolcarrière van hun kinderen bekeren tot een ander – niet in het onderwijsaanbod in de omgeving vertegenwoordigd – geloof, kunnen nooit voor vrijstelling in aanmerking komen. Voor dit onderscheid bestaat geen overtuigende rechtvaardiging. De Hoge Raad heeft strijd met het EVRM evenwel consequent afgewezen.

niet bestaat, wordt daarbij door de Hoge Raad klaarblijkelijk niet in de afweging betrokken.³⁷

6.4.2.2 Principieel-juridische bezwaren

Naast de hiervoor geïdentificeerde praktisch-beleidsmatige bezwaren bestaan er ook meer principieel-juridische bezwaren tegen het stelsel van richtinggebonden planning.

Het eerste bezwaar steunt op de levensbeschouwelijke neutraliteit van de overheid. Dit bezwaar kent drie modaliteiten. Ten eerste staat de beperkte interpretatie die in de (Kroon)jurisprudentie aan het richtingbegrip is gegeven op gespannen voet met de scheiding van kerk en staat zoals die voortvloeit uit artikel 6 jo artikel 1 Grondwet. Het Nederlandse kerk-en-staatmodel gaat ervan uit dat de overheid zich in principe niet inhoudelijk inlaat met religieuze aangelegenheden.³⁸ Wel erkent de overheid de waarde van religie in en voor het publieke domein. Als uitloeijsel daarvan ondersteunt zij de plaats van religie in dat domein. De financiële gelijkstelling van het bijzonder onderwijs vormt een belangrijke stap in de vestiging van dit kerk-en-staatmodel, zo bleek in hoofdstuk 3. Bij de ondersteuning die de overheid aan religie biedt, moet zij een gelijke zorg voor alle religies opbrengen. De overheid mag geen kant kiezen.³⁹ Voor zover de overheid tussen godsdiensten onderscheid maakt, moet dat onderscheid op objectieve kenmerken zijn terug te voeren. De inkleuring die het richtingbegrip in de jurisprudentie heeft gekregen, heeft er toe geleid dat de overheid zich uit moet laten over de vraag wat 'telt' als een godsdienst die het verdient om door de overheid ondersteund te worden zonder dat dit onderscheid is terug te voeren op een voldoende rechtvaardiging.⁴⁰ Door de keuze voor een sterk inhoudelijk gekleurd richtingbegrip ontstond een situatie waarin sommige godsdienstige groeperingen per definitie niet tot het onderwijsbestel kunnen toetreden, omdat zij nooit als richting door de overheid erkend zullen worden.⁴¹

Ten tweede verdraagt de huidige toepassing van het richtingbegrip zich ook niet met de grondwettelijke vrijheid van richting. De overheid moet bij de inrichting van het bekostigingsstelsel die vrijheid van richting respecteren, zo volgt uit artikel 23 lid 7 gelezen in combinatie met artikel 23 lid 5 Grondwet. De vrijheid van richting die als klassiek grondrecht tot de kern van de vrijheid van onderwijs behoort, staat eraan in de weg dat de overheid zich inhoudelijk inlaat met de vraag wat als richting telt. Uit de aard van de vrijheid van richting als klassiek grondrecht volgt immers dat die definitiemacht in beginsel bij de grondrechtsdrager ligt.⁴² Daarmee is niet gezegd dat alles wat door de grondrechtsdrager als richting wordt aangemerkt door de overheid als richting moet worden geaccepteerd. Wel volgt daaruit dat de overheid zich niet op eenzelfde indringende wijze als waarop zij dat

37 HR 15 februari 2011, *NJ* 2015, 276, m.nt. P.A.M. Mevis.

38 HR 15 februari 1957, *NJ* 1957, 201.

39 Kortmann e.a. 2016, p. 457.

40 In gelijke zin Vermeulen 1996, p. 17-18.

41 *Kamerstukken II* 1922/23, 201, nr. 4, p. 19; Huisman 2011b, p. 7.

42 Philipsen en Vermeulen 2014.

nu doet het richtingbegrip mag definiëren. De overheid kan alleen de buitenste grenzen van het begrip bewaken.

Uiteraard staat de richtinggebonden planning ook op gespannen voet met artikel 23 lid 7 Grondwet. De grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs in 1848 beoogde primair een einde te maken aan de achterstelling van religieuze minderheden op het terrein van het onderwijs. In 1917 werd de financiële gelijkstelling in de Grondwet opgenomen, die aan de vrijheid van onderwijs reële betekenis moest verlenen. Een van de uitgangspunten die in 1848 in de Grondwet werd neergelegd, namelijk dat de overheid voor scholen op godsdienstige grondslag een gelijke zorg moet opbrengen, vormt ook de kern van de door artikel 23 lid 7 Grondwet geboden bescherming. In 1917 was het uitgangspunt al meer dan vijftig jaar dat “de toelaatbaarheid van een nieuw te stichten bijzondere school niet afhankelijk [is] van de levensbeschouwing van hare stichters.”⁴³ Door de wijze waarop in de afgelopen decennia uitvoering is gegeven aan de richtinggebonden planning ontstond een situatie waarin sommige godsdienstige groeperingen de facto niet tot het onderwijsbestel kunnen toetreden. Dit onderscheid in mogelijkheden om overheidsondersteuning te verkrijgen bij het in stand houden van een school, is op zichzelf moeilijk verenigbaar met artikel 23 Grondwet.

Overigens zijn deze bezwaren een direct gevolg van wat hiervoor (ook) als een positieve karakteristiek van de richtinggebonden planning werd aangeduid, namelijk dat de richtinggebonden planning in staat is de kosten die met de bekostiging van scholen gepaard gaan in de hand te houden. Door de enge interpretatie die in de jurisprudentie aan het richtingbegrip is gegeven, heeft dit begrip een sterk onderscheidend vermogen gekregen.

Het derde afzonderlijk te benoemen principieel-juridische bezwaar kan worden gevonden in het argument dat de huidige interpretatie van het richtingbegrip in de bekostigingsregelgeving niet aansluit bij de betekenis die de grondwetgever aan dit begrip toekende.⁴⁴ In hoofdstuk 4 werd reeds op betoog ingegaan. Aanhangers van deze interpretatie stellen dat het richtingbegrip een ruimere betekenis zou hebben en ook (bepaalde) pedagogische en didactische opvattingen zou omvatten.⁴⁵ Wanneer bij de bekostigingsbeslissing wordt uitgegaan van een ruim richtingbegrip, leidt dat tot allerlei problemen.

Door een verruimd richtingbegrip in de planningssystematiek te hanteren neemt de complexiteit van de vraag of er sprake is van een afzonderlijke richting toe. Voorstanders van een verruimd richtingbegrip pleiten om die reden dan ook voor afschaffing van het stelsel van richtinggebonden scholenplanning. Ook ten aanzien van een ruim richtingbegrip geldt immers dat een dergelijk oordeel onverenigbaar is met de idee van klassiek-grondrechtelijke bescherming. Daarnaast staat ook het oordeel over de vraag of iets als een pedagogische richting kan worden aangemerkt, op gespannen voet met de door de overheid te betrachten neutraliteit. Dergelijke pedagogische opvattingen hangen namelijk zeer nauw samen met visies

43 *Kamerstukken II 1922/23*, 201, nr. 4, p. 19; Huisman 2011b, p. 7.

44 Huisman e.a. 2011, p. 38-40; Onderwijsraad 2012a, p. 39-40.

45 Laemers en Zootjens 2016, p. 21.

op het goede leven. Vanwege dit soort met de ruime en volgens sommigen zelfs 'ware' interpretatie van het richtingbegrip verbonden bewaren zou van het stelsel van richtinggebonden planning moeten worden afgestapt.⁴⁶

In hoofdstuk 4 is op het pleidooi voor verruiming van het richtingbegrip nader ingegaan.⁴⁷ Daar werd opgemerkt dat op basis van de grondwetsgeschiedenis goed verdedigbaar is dat artikel 23 Grondwet in 1917 in een ruimer verband werd gezien. Waar de onderwijsvrijheid in 1848 vooral in relatie tot de vrijheid van godsdienst werd beschouwd, werd in 1917 ook buiten de sfeer van het godsdienstig geïnspireerde onderwijs werking aan de vrijheid van onderwijs toegekend. Daarmee is evenwel niet gezegd dat ook het richtingbegrip ruim zou moeten worden geïnterpreteerd. En voor zover voor een dergelijke interpretatie al aanknopingspunten bestaan, is niet gezegd dat alle belangen die in abstracto binnen de reikwijdte van de vrijheid van richting vallen in concreto ook eenzelfde bescherming aan de richtingsvrijheid kunnen ontleenen. De Grondwet kent anders dan aan pedagogische en didactische opvattingen, ook buiten artikel 23 Grondwet aan godsdienstige en levensbeschouwelijke belangen een vergaande mate van bescherming toe.⁴⁸ Hierin kan steun gevonden worden voor het standpunt dat ook in relatie tot artikel 23 Grondwet aan godsdienstige belangen een bijzondere bescherming toekomt.

6.4.3 Conclusie

Hoewel het stelsel van richtinggebonden planning niet uitsluitend nadelen kent, zijn er grote bezwaren verbonden aan het gebruik van het richtingbegrip bij de toewijzing van bekostiging zijn. Het stelsel van richtinggebonden planning staat door het gebruik van een sterk inhoudelijk gekleurd richtingbegrip op gespannen voet met de Grondwet. Om die spanning weg te nemen, verdient het aanbeveling over te stappen op een richtingvrije bekostigingssystematiek. Daarbij zullen wel de aan de richtinggebonden planning ten grondslag liggende uitgangspunten in acht moeten worden genomen. Ten eerste zal ook een nieuw bekostigingsstelsel moeten streven naar een doelmatige besteding van overheidsmiddelen. En ten tweede volgt uit de onderlinge samenhang van artikel 23 lid 2 en artikel 23 lid 7 Grondwet dat een nieuw bekostigingsstelsel recht moet doen aan de opvoedkundige keuzevrijheid van ouders.

6.5 Volledig richtingvrij?

Met de invoering van een stelsel van richtingvrije planning zou een einde komen aan het richtingbegrip als negatieve bekostigingsvoorwaarde. De vraag die dan echter opkomt, is in hoeverre de overheid bij de vormgeving van het bekostigingsstelsel in positieve zin rekening moet houden met de richting van de te bekostigen scholen. Daarbij kan op de eerste plaats de vraag worden opgeworpen of uit artikel 23 Grondwet een verplichting voortvloeit om een richtingdiversiteit in het

46 Huisman e.a. 2011, p. 39-40.

47 Par. 4.2.5.

48 Laemers, Philipsen en Zoontjens 2016, p. 16-18.

aanbod te garanderen. Ten tweede kan, als die eerste vraag negatief zou worden beantwoord, de vraag worden gesteld of de overheid de mogelijkheid heeft om zelfstandig te besluiten uitzonderingen in de bekostigingsregelgeving te blijven maken voor scholen met een (bepaalde) richting.

6.5.1 Eerste school van een richting

Of invoering van een stelsel van richtingvrije planning ook kan betekenen dat de wetgever besluit de richting van de school in het geheel geen factor in de bekostigingsbeslissing te laten zijn, hangt af van de vraag of hij op grond van artikel 23 Grondwet een verantwoordelijkheid draagt voor het in stand houden van een scholenbestand met uiteenlopende godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslagen. Toen in het kader van Toerusting en bereikbaarheid de afwijkende stichtingsnormen die aanvankelijk golden voor de eerste school van een richting werden afgeschaft, werd er vanuit confessionele hoek op gewezen dat aan de eerste school van een richting een bijzondere status toekwam.⁴⁹ Ook de Onderwijsraad was van mening dat het ontbreken van afzonderlijke normen voor de eerste school van een richting strijdig was met de vrijheid van stichting.⁵⁰ De regering zag niets in een ruime positieve verplichting voor de diversiteit van het bekostigingsstelsel. Daarbij verwees zij naar het onderscheid tussen de (vrijheid van) oprichting en (het recht op) bekostiging:

“Er zij in dit verband op gewezen dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid om tot stichting van een school over te gaan en de van andere orde zijnde vraag of een te stichten of gestichte school al dan niet voor bekostiging van rijkswege in aanmerking kan komen. [...] Het grondrecht van de vrijheid van stichting van bijzondere scholen blijft door het wetsvoorstel onverlet.”⁵¹

49 Opgemerkt in een voetnoot, welke noot als een oproep aan het parlement leest en als volgt luidde: “Onder erkenning van de wenselijkheid het aantal schoolstichtingen in het kader van deze operatie tijdelijk te beperken, onderstrepen LOBO, LVGS, VBS en VGS het principiële recht op een differentiatie van de stichtingsnormen voor de eerste school van een richting (b.v. binnen de WBO gerelateerd aan een straal van 5 km hemelsbreed) en wachten zij ter zake de uiteindelijk door het parlement als (mede)wetgever te geven interpretatie van het grondrecht van de vrijheid van schoolstichting (art. 23 grondwet) af.” Zie voor de tekst van de gezamenlijke conclusies: Nota toerusting en bereikbaarheid 1991, p. 30.

50 Onderwijsraad 1991, p. 5-6. Reeds in een eerder advies naar aanleiding van de voorgestelde verhoging van de stichtingsnormen had de Onderwijsraad gewezen op de positie van de kleine richtingen: “De Afdeling [primair onderwijs, SP] stelt vast dat een verhoging van de stichtingsnormen leidt tot een beknotting van de mogelijkheden om nieuwe scholen te stichten. Het vormgeven aan de vrijheid van onderwijs, voor zover het gaat om de vrijheid van stichting, komt daarbij in het gedrang. Vooral de zogenaamde kleine richtingen (Vrije Scholen, reformatorische scholen) zullen dat ondervinden.” Onderwijsraad 1987, p. 1. In gelijke zin: Onderwijsraad 1992, p. 12-13: “Op verschillende punten gaat de regeling echter verder dan de Grondwet toelaat. Het ontbreken van een differentiatie van de stichtingsnormen voor een eerste school van een richting is als zodanig te beschouwen.”

51 *Kamerstukken II* 1991/92, 22468, nr. 3, p. 6.

Ter verdere onderbouwing van dit standpunt verwees de regering naar een Kroonbeslissing. Die beslissing handelde over de weigering een gereformeerde (vrijgemaakte) leao en meao op te nemen op het plan van scholen. Het bevoegd gezag van de scholen had betoogd dat de weigering de scholen op het plan van scholen op te nemen, in strijd kwam met de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs.⁵² Afwijzing van de bekostigingsaanvraag zou immers tot gevolg hebben dat de ouders hun kinderen onderwijs moesten laten volgen op scholen die niet de richting van hun voorkeur hadden. De Kroon oordeelde echter dat van strijd met de Grondwet geen sprake was. De financiële gelijkstelling stond eraan in de weg dat de overheid bij de bekostigingsbeslissing onderscheid zou maken naar godsdienst, maar daarmee was niet gezegd dat zij er dan ook voor moest zorgen dat iedere godsdienst een school kon oprichten.

“[D]e bestreden beschikkingen [behelzen] slechts een beslissing omtrent het al dan niet bekostigen van Rijkswegen van de in geding zijnde scholen [...] dat het beginsel van financiële gelijkstelling van onderwijs, ongeacht levensbeschouwing, niet uitsluit dat elke aangevraagde school om voor bekostiging van Rijkswegen in aanmerking te komen in beginsel moet voldoen aan bepaalde al dan niet rechtstreeks op de wet steunende gelijke minimumeisen.”⁵³

Volgens de regering bestond er op grond van artikel 23 Grondwet geen verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de richtingsdiversiteit, of godsdienstige en levensbeschouwelijke pluriformiteit van het onderwijsaanbod.⁵⁴ Een noodzaak tot handhaving van een afzonderlijke regeling voor de eerste school van de richting kon niet uit artikel 23 Grondwet worden afgeleid.⁵⁵ Een dergelijke regeling zou daarnaast in de praktijk tot gevolg hebben dat het onderwijsaanbod zou versnipperen, en dat stond op gespannen voet met de wens een doelmatige besteding van overheidsgelden te verzekeren. Op dit moment geldt er nog wel een aparte regeling voor de laatste school van een richting, maar ook het bestaan van die regeling staat onder druk.⁵⁶

6.5.2 Positieve verplichtingen?

Artikel 23 Grondwet bevat voor de overheid geen positieve verplichting om een pluriformiteit aan scholen op godsdienstige grondslag in stand te houden. Wel kunnen aan artikel 23 lid 7 Grondwet een aantal andere positieve verplichtingen worden ontleend. Die verplichtingen hebben ook betrekking op het aanbod dat op grond van de bekostigingsregelgeving tot stand moet kunnen komen. De kern van

52 Het bevoegd gezag beriep zich daarbij ook op artikel 9 en 10 van het EVRM.

53 KB 1 november 1971, nr. 38, JO nr. 101, p. 2649-2652.

54 *Kamerstukken II* 1992/93, 23070, nr. 3, p. 7.

55 Kleine richtingen moesten hun heil maar zoeken in het formuleren van een groter voedingsgebied, *Kamerstukken II* 1992/93, 23070, nr. 6, p. 11.

56 *Kamerstukken II* 1992/93, 23070, nr. 6, p. 10.

deze positieve verplichtingen wordt gevormd door de verplichting om het openbaar en bijzonder onderwijs in beginsel gelijk te behandelen.⁵⁷ Deze verplichting vormde de essentie van de financiële gelijkstelling. Ongelijke behandeling van bijzonder en openbaar onderwijs is alleen gerechtvaardigd voor zover die ongelijke behandeling kan steunen op de garantiefunctie van het openbaar onderwijs.⁵⁸ Uit deze verplichting om openbaar en bijzonder onderwijs gelijk te behandelen, volgen een aantal verplichtingen ten aanzien van de hoogte van de bekostiging. Zo bepalen artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet dat de wetgever een regeling in het leven moet roepen die voorziet in de volledige bekostiging van scholen. Tevens volgt uit artikel 23 lid 6 Grondwet dat die volledige bekostiging adequaat moet zijn.

Naast enkele verplichtingen ten aanzien van de hoogte van de bekostiging volgen uit artikel 23 Grondwet ook (positieve) verplichtingen ten aanzien van (de totstandkoming van) het onderwijsaanbod. Zo rust op grond van artikel 23 lid 7 Grondwet op de wetgever een verplichting om – wat de Onderwijsraad ooit aanduidde als – de basale pluriformiteit van het onderwijsaanbod te garanderen. Bij de inrichting van het bekostigingsstelsel dient de wetgever te waarborgen dat alle ouders binnen redelijke afstand toegang kunnen hebben tot openbaar en bijzonder onderwijs.⁵⁹ De financiële gelijkstelling was mede gebaseerd op het streven om ouders een reële mogelijkheid te geven naast het openbaar onderwijs voor het bijzonder onderwijs te kunnen kiezen. Dat betekent niet dat de overheid ervoor moet zorgen dat overal een bijzondere school staat, maar wel dat die school er zou kunnen zijn. Uit deze verplichting volgt bijvoorbeeld dat stichtingsnormen nooit zo hoog mogen zijn, dat het in grote delen van het land onmogelijk wordt een bijzondere school op te richten of in stand te houden. Wat in een concrete situatie als te hoog moet worden aangemerkt, hangt mede af van het bestaan van andere regelingen die de toegang tot het bijzonder onderwijs kunnen verzekeren, zoals een vervoerskostenregeling. De verplichting om de basale pluriformiteit van het onderwijsbestel te waarborgen, verleent reële betekenis aan het recht op bekostiging en garandeert dat dit recht nooit illusoir wordt.⁶⁰

Een derde positieve verplichting volgt niet rechtstreeks uit de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs. Deze verplichting vloeit voort uit de aan artikel 23 lid 7 Grondwet ten grondslag liggende idee dat met het bekostigingsstelsel recht wordt gedaan aan de vrijheid van onderwijs en de opvoedkundige keuzevrijheid van ouders. Het bekostigingsstelsel zal op grond van dit uitgangspunt moeten aansluiten bij de wijze waarop onderwijsverstrekkers van hun vrijheid van onderwijs gebruik willen maken. Dat betekent dat de wetgever ruimte moet scheppen voor diversiteit binnen het onderwijsaanbod. Het valt evenwel binnen de aan de wetgever toekomende discretionaire ruimte om te bepalen waar de balans tussen diversiteit en een doelmatige inzet van overheidsfinanciën ligt.

57 Vgl. par. 4.1.2.

58 Huisman 2008.

59 In gelijke zin Onderwijsraad 2013b, p. 26.

60 *Kamerstukken II 1991/92*, 22468, nr. 5, p. 7; *Kamerstukken II 1991/92*, 22468, nr. 8, p. 4.

Ook deze meer algemene positieve verplichtingen dwingen de wetgever niet de religieuze of levensbeschouwelijke pluriformiteit van het onderwijsbestel te waarborgen. Wel zal de wetgever de bestaande pluriformiteit op grond van artikel 23 lid 5 Grondwet moeten respecteren. In het navolgende wordt bezien in hoeverre het de wetgever vrijstaat om, hoewel daartoe niet verplicht, een (positieve) uitzondering voor scholen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag te maken.

6.5.3 *Positieve uitzondering?*

Handhaving of invoering van positieve uitzonderingen voor scholen met een godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag is op zichzelf niet problematisch. Tegen een concreet gekozen modaliteit kunnen echter wel praktische en principiële bezwaren bestaan.⁶¹ Als een positieve uitzondering wordt gebaseerd op het huidige, inhoudelijk gekleurde richtingbegrip, dan bestaan daartegen vergelijkbare principiële bezwaren als hiervoor uiteengezet ten aanzien van het stelsel van richtinggebonden planning. Als het huidige richtingbegrip wordt verlaten en een veel ruimere werkingssfeer aan de uitzonderingsbepaling wordt gegeven, dan doen zich vooral praktische bezwaren voor.

Ten eerste ontstaat het probleem dat bij het gebruik van open, niet door duidelijke beoordelingscriteria omlijnde positieve uitzonderingsbepaling de overheid voor complexe interpretatievragen komt te staan. Het zal moeilijk zijn om een balans te vinden tussen een voldoende afbakening van de scholen die binnen de werkingssfeer van de uitzonderingsbepaling vallen en het bewaken van het uitzonderingskarakter van een dergelijke bepaling. Het gevaar bestaat dat bij een niet op het klassieke richtingbegrip georiënteerde uitzonderingsbepaling de wettelijk verankerde doelmatigheidsidee al snel onder druk komen te staan.

Ten tweede lokken de hier bedoelde uitzonderingsbepalingen strategisch gedrag uit. Ook scholen waarvan de grondslag vooral door een bepaalde pedagogisch-didactische opvatting wordt bepaald, zullen proberen een beroep op deze regeling te doen. Het is lastig om dit soort strategisch gedrag binnen de kaders van de Grondwet tegen te gaan. Geprobeerd kan worden deze problemen met formele criteria, zoals die ook worden toegepast in het kader van de gelijke behandelingswetgeving, tegen te gaan. Daarmee zal een deel van het misbruik, maar lang niet ieder misbruik kunnen worden tegengegaan. Er liggen op dit punt uitvoeringsproblemen op de loer.

6.5.4 *Conclusie*

Er bestaat op grond van artikel 23 Grondwet geen verplichting om in de vormgeving van het bekostigingsstelsel positieve uitzonderingen te maken voor scholen die gebaseerd zijn op een richting. Wel bevat artikel 23 Grondwet andere, op de inrichting van het bekostigingsstelsel betrekking hebbende positieve verplichtingen.

61 Zie in gelijke zin Laemers, Philipsen en Zoontjens 2016, p. 16-18.

Positieve uitzonderingen voor scholen op een godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag zijn wel mogelijk, maar zullen afhankelijk van de vormgeving al snel op praktische en principiële bezwaren stuiten.

6.6 Jurisprudentiële ontwikkelingen

Hiervoor zijn enkele praktische en principiële bezwaren ten aanzien van de richtinggebonden planning uiteengezet. Deze bezwaren komen in het bijzonder voort uit maatschappelijke ontwikkelingen. Het gewicht van deze bezwaren neemt toe naarmate de samenleving pluriformer wordt.

Naast deze maatschappelijke ontwikkelingen is in de afgelopen vijf jaar door een tweetal uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State druk ontstaan op het stelsel van richtinggebonden planning. Ten eerste heeft de Afdeling in die periode voor het voortgezet onderwijs expliciet erkend dat de bekostigingsaanvraag voor een school gebaseerd kan zijn op meerdere richtingen. Daarnaast oordeelde de Afdeling een aantal jaren later dat uit het gelijkheidsbeginsel bijzondere eisen voortvloeien ten aanzien van de toepassing en inrichting van het bekostigingsstelsel. Die eisen leiden niet alleen tot druk op het huidige stelsel van richtinggebonden planning, maar bieden ook richtingwijzers voor de inrichting van een toekomstig bekostigingsstelsel.

6.6.1 Optellen van richtingen

Hiervoor werd reeds opgemerkt dat het richtingbegrip binnen het richtinggebonden bekostigingsstelsel het centrale ordeningsprincipe is. De richting van de school vormt het aangrijpingspunt voor de overheid op basis waarvan zij de diversiteit in het onderwijsaanbod reguleert. Het streven daarbij is te komen tot een evenwichtige spreiding van onderwijsvoorzieningen.⁶² Of van een dergelijke evenwichtige spreiding sprake is, wordt niet alleen bepaald door het aantal instellingen, maar ook door de richting van de scholen die voor bekostiging in aanmerking zijn gebracht.

Een veel gehoorde kritiek ten aanzien van de bekostigingsregelgeving is dat zij zodanig uitwerkt dat er, onafhankelijk van de richting van de school, nog slechts op een zeer beperkt aantal plaatsen in het land ruimte bestaat voor een nieuw te bekostigen school. Er zou binnen de geldende bekostigingsregelgeving veel meer ruimte voor schoolstichting ontstaan, als scholen zich ook mogen baseren op meerdere richtingen. Uit de wettelijk verankerde rekenmethodiek volgt dan dat deze scholen het leerlingpotentieel van de afzonderlijke richtingen bij elkaar mogen optellen.⁶³ De erkenning van een meervoudige grondslag zou stichtingsinitiatieven de mogelijkheid bieden om de knellende kaders van de bekostigingsregelgeving op te rekken. Door een stichtingsinitiatief op meerdere richtingen te baseren, ontstaat

62 Vgl. *Kamerstukken II 1975/76*, 13874, nr. 4, p. 14.

63 *Onderwijsraad 2012b*, p. 3.

er ruimte voor schoolstichting op plaatsen waar daartoe anders geen mogelijkheid zou bestaan.⁶⁴

De Afdeling heeft ten aanzien van het voortgezet onderwijs expliciet erkend dat het begrip 'richting' in de WVO-bepalingen die de aanvang van de bekostiging reguleren ook 'richtingen' betekent.⁶⁵ Aan die uitspraak lag een besluit van de staatssecretaris ten grondslag waarin de bekostigingsaanvraag van een school voor vwo op basis van een protestants-christelijke, rooms-katholieke en algemeen-bijzondere grondslag werd afgewezen. De Onderwijsraad, die zich eerder dan de Afdeling boog over de vraag of een bekostigingsaanvraag op meerdere richtingen mag zijn gebaseerd, kwam tot de conclusie dat de (onderwijs)wet- en regelgeving niet in de weg staan aan honorering van een bekostigingsaanvraag voor een school met meerdere richtingen. Daarbij verwees de Onderwijsraad ten eerste naar een bestaande praktijk waarbij, in het bijzonder in het basisonderwijs, met een zekere regelmaat scholen op basis van een combinatie van richtingen voor bekostiging in aanmerking worden gebracht.⁶⁶ Daarnaast kon voor deze interpretatie steun worden gevonden in de jurisprudentie.⁶⁷ Een aantal malen is daarin (impliciet) de mogelijkheid erkend om richtingen bij elkaar op te tellen. Dat geldt in het bijzonder voor het oecumenisch onderwijs, bestaande uit de katholieke en protestants-christelijke richting.⁶⁸

Volgens de Onderwijsraad was het de staatssecretaris bij de beoordeling van een bekostigingsaanvraag die gebaseerd was op meerdere richtingen niet toegestaan om inhoudelijke beperkingen te stellen aan de mogelijkheid om richtingen op te tellen. Geen beperkingen konden worden gesteld aan het aantal en de soort richtingen die bij elkaar konden worden opgeteld.⁶⁹ Deze interpretatie steunde in het bijzonder op de vrijheid van inrichting.

De door de Onderwijsraad voorgestane interpretatie van de WVO biedt de mogelijkheid om scholen op een onbeperkt aantal richtingen te baseren. Het gevaar van deze ruime interpretatie is dat zij misbruik in de hand werkt. Scholen die op basis van een enkelvoudige richting niet voor bekostiging in aanmerking komen, kunnen net zo lang richtingen bij de eigenlijke grondslag van de school optellen totdat zij voldoen aan de stichtingsnorm. Zo komen zij uiteindelijk alsnog voor bekostiging in aanmerking.

Nog los van de vraag of de door de Onderwijsraad aangedragen argumenten een overtuigende rechtvaardiging bieden voor het door hem verdedigde standpunt, moet de mogelijkheid om ongelimiteerd richtingen op te tellen totdat voldaan is aan de stichtingsnorm worden afgewezen. Deze interpretatie staat namelijk op gespannen voet met de WVO.

64 Philipsen 2017.

65 ABRvS 21 augustus 2013, AB 2013, 344, m.nt. Huisman en Philipsen.

66 Onderwijsraad 2012b, p. 4.

67 Zie ter illustratie ABRvS 15 april 1999, JO 1994/4, p. 90.

68 ABRvS 15 april 1999, JO 1999/4, ABRvS 22 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT7964.

69 Onderwijsraad 2012b, p. 5.

6.6.1.1 Bezwaren tegen het (ongelimiteerd) optellen van richtingen

Ten eerste komt de door de Onderwijsraad voorgestane interpretatie van de WVO en de daaruit voortvloeiende praktijk in strijd met een belangrijke doelstelling van het stelsel van richtinggebonden scholenplanning.⁷⁰ De bekostigingssystematiek beoogt een evenwichtig stelsel van onderwijsvoorzieningen tot stand te brengen om zowel recht te doen aan de keuzevrijheid van ouders als een doelmatige besteding van overheidsgelden te verzekeren. Daarbij heeft de wetgever ervoor gekozen om de richting als het centrale ordeningsprincipe te hanteren. Tezamen geven de stichtingsnormen en het richtingbegrip uitdrukking aan de door de wetgever in de WVO verankerde balans tussen de noodzaak de kosten in de hand te houden en de verplichting recht te doen aan de keuzevrijheid van ouders. Deze balans en in het bijzonder de noodzaak een doelmatige besteding van overheidsgelden te bewerkstelligen, komt onder druk te staan als richtingen zonder enige beperking kunnen worden opgeteld totdat voldaan is aan de stichtingsnorm. Het doel van de richtinggebonden bekostigingssystematiek is juist beperkingen op te werpen tegen onbegrensde schoolstichting. Als richtingen ongelimiteerd mogen worden opgeteld, bestaat het gevaar dat de stichtingsnormen betekenisloos worden.

Een tweede bezwaar tegen een zeer ruime interpretatie van de regels die de aanvang van de bekostiging reguleren, is dat zij zich niet verdraagt met een belangrijke vooronderstelling die aan de WVO ten grondslag ligt. De bekostigingsregelgeving gaat ervan uit dat er een band bestaat tussen de bekostigingsbeslissing en de richting die de school in de praktijk heeft. Het richtingbegrip is het ordeningsprincipe aan de hand waarvan de overheid een voldoende pluriform aanbod aan onderwijsvoorzieningen beoogt te bewerkstelligen. Die idee van sturing op de pluriformiteit van het aanbod veronderstelt dat er een zekere band bestaat tussen de bekostigingsbeslissing en de eigenschappen die de school in de praktijk uiteindelijk blijkt te bezitten.

Daartegen zou kunnen worden aangevoerd dat de band tussen de richting die de school volgens de bekostigingsaanvraag bezit en het karakter dat de school uiteindelijk in de praktijk heeft, ook bij scholen met een enkelvoudige richting vaak niet met elkaar overeenkomt. Het verschil tussen een school met een enkelvoudige richting en een meervoudige richting is echter dat die band wel zou *kunnen* bestaan. Voor scholen met een meervoudige richting is daarentegen vaak ten tijde van de bekostigingsbeslissing al duidelijk dat de richtingen van de school nooit betekenisvol in de praktijk verwezenlijkt kunnen worden. Dat geldt in het bijzonder voor richtingcombinaties die uitsluitend worden gebruikt om de knellende kaders van de bekostigingsregelgeving te omzeilen en daardoor vaak weinig gemeenschappelijks lijken te bezitten.

In het verlengde van de voorgaande twee bezwaren, moet worden aangetekend dat bekostigingsregelgeving alleen scholen voor bekostiging in aanmerking wil brengen waarin naar verwachting voldoende ouders geïnteresseerd zijn. Er moet voldoende vraag naar de school bestaan. Door het eenvoudigweg bij elkaar

⁷⁰ Bij deze paragraaf is gebruik gemaakt van de noot onder ABRvS 28 september 2016, AB 2017, 79 m.nt. Philipsen.

optellen van het leerlingpotentieel van twee richtingen, wordt klaarblijkelijk aangenomen dat de beide richtingen in de praktijk hun potentieel volledig kunnen verwezenlijken. Voor richtingen die weinig met elkaar gemeen hebben, kan de juistheid van deze aanname betwijfeld worden. In ieder geval kent de bekostigingsregelgeving geen enkel mechanisme om de invloed van de richtingcombinatie op het leerlingpotentieel te berekenen. Er bestaat daardoor bij scholen met een meer-voudige richting op het moment van de bekostigingsbeslissing geen uit de rekenmethodiek af te leiden zekerheid dat de school zal voldoen aan de stichtingsnorm.

Tot slot kan als argument tegen een (te) ruimte interpretatie van het begrip richting in de bepalingen die de aanvang van de bekostiging reguleren, worden aangevoerd dat ook artikel 23 lid 5 Grondwet uitgaat van een enkelvoudig richtingbegrip.⁷¹ Artikel 23 lid 7 Grondwet vormt in combinatie met artikel 23 lid 5 en lid 6 Grondwet het fundament onder de bekostigingsregelgeving. Het ligt derhalve voor de hand om voor de betekenis van het begrip 'richting' in de bekostigingsregelgeving aansluiting te zoeken bij de betekenis die dit begrip in artikel 23 lid 5 Grondwet heeft. Er bestaan geen overtuigende argumenten voor het standpunt dat de wetgever met het begrip 'richting' in de WVO heeft willen afwijken van het begrip 'richting' in art. 23 lid 5 Grondwet. De bekostigingsregelgeving dient op dit punt grondwetsconform te worden geïnterpreteerd.⁷²

Uit het voorgaande volgt dat een door de Onderwijsraad voorgestane onbegrensde mogelijkheid om richtingen bij elkaar op te tellen, moet worden afgewezen. Een dergelijke interpretatie zou de integriteit van het bekostigingsstelsel onevenredig onder druk zetten. Als de WVO blijvend op deze wijze zou worden geïnterpreteerd, en een wetswijziging geen mogelijkheid zou blijken, dan zou daarin een zelfstandig argument gelegen zijn om afscheid te nemen van het stelsel van richtinggebonden planning.

Het is in ieder geval wenselijk te proberen enigszins de hand te houden aan het voor bekostiging in aanmerking brengen van scholen die gebaseerd zijn op meerdere richtingen. Er zijn twee benaderingen die daarbij in abstracto mogelijk lijken. Ten eerste is het voorstelbaar dat gezocht wordt naar inhoudelijke of materiële grenzen, en ten tweede zou kunnen worden geprobeerd formele grenzen te stellen aan de mogelijkheid om richtingen op te tellen. Hierna worden deze beide mogelijkheden besproken.

6.6.1.2 Inhoudelijke grenzen aan het (ongelimiteerd) optellen van richtingen

In de uitspraak waarin de Afdeling de mogelijkheid van een school met een meer-voudige grondslag voor het voorgezet onderwijs erkende, kunnen aanknopingspunten worden gevonden voor de stelling dat de Afdeling de ruime interpretatie van de Onderwijsraad niet deelt. In de uitspraak wordt verwezen naar de mogelijkheid tot het optellen van richtingen die "min of meer in elkaars verlengde" liggen. Deze zinsnede levert een criterium op aan de hand waarvan inhoudelijke grenzen

71 ABRvS 28 september 2016, AB 2017, 79, m.nt. Philipsen.

72 Zie met betrekking tot grondwetsconforme interpretatie De Lange 2006, p. 148-150.

kunnen worden gesteld aan de richtingen die met elkaar kunnen worden gecombineerd.

Richtingcombinaties die niet in elkaars verlengde liggen, hoeven in deze benadering voor de bekostiging niet als grondslag te worden geaccepteerd. De belangrijkste rechtvaardiging voor dit criterium is daarin gelegen dat deze combinaties, nog meer dan combinaties die wel in elkaars verlengde liggen, waarschijnlijk nooit gelijktijdig op een betekenisvolle wijze in een school tot uitdrukking kunnen komen. Daardoor wordt het onmogelijk om op basis van de wettelijke criteria een reële prognose op te stellen. Aannemelijk is dat bij dit soort richtingcombinaties de prognose lager uitvalt dan uit een eenvoudig optellen van de potentiële blijkt, maar onduidelijk is hoeveel lager. Bij zoveel onzekerheid moet de bekostigingsaanspraak in het geheel aan deze stichtingsinitiatieven worden ontzegd. Deze benadering sluit aan bij de wijze waarop de bekostigingsregelgeving is vormgegeven. De bepalingen omtrent de aanvang van de bekostiging verplichten de minister voor bekostiging in aanmerking te brengen scholen waarvan ‘redelijkerwijs’ kan worden aangenomen dat zij zullen voldoen aan de stichtingsnorm.

Een goede illustratie van deze benadering kan worden gevonden in de afwijzing van een bekostigingsaanvraag van Stichting De Ozonlaag voor een scholengemeenschap gebaseerd op de islamitische en hindoeïstische richting. Hoewel de aanvraag aanvankelijk werd toegewezen, besloot de staatssecretaris in bezwaar de aanvraag alsnog af te wijzen.⁷³ Een belangrijk argument om uiteindelijk toch tot afwijzing van de bekostigingsaanvraag te besluiten, vond de staatssecretaris in het standpunt van de Hindoe Raad Nederland en de Islamitische Schoolbesturen Organisatie (ISBO). Zij betoogden dat de islamitische en hindoeïstische richting niet in één school te verenigen zijn. Ouders die wel geïnteresseerd waren in een van de twee richtingen zouden om die reden hun kinderen niet ook naar de school van de richtingcombinatie sturen. De twijfel die hierdoor ontstond over de vraag of de scholengemeenschap wel aan de stichtingsnorm kon voldoen, werd kracht bijgezet door de omstandigheid dat de combinatie van de islamitische en de hindoeïstische richting maar net aan de stichtingsnorm voldeed. Daarmee was het volgens de staatssecretaris niet ‘redelijkerwijs’ aannemelijk dat de school aan de stichtingsnorm zou voldoen.

De Afdeling oordeelde dat het feit dat de combinatie van richtingen voldeed aan de stichtingsnorm, niet zonder meer met zich bracht dat de scholengemeenschap voor bekostiging in aanmerking moest komen. Daarbij verwees de Afdeling naar het eerder door haar geformuleerde criterium dat alleen richtingen die min of meer in elkaars verlengde liggen bij elkaar kunnen worden opgeteld.⁷⁴ Uit het feit dat onder ‘richting’ in de bepalingen die de aanvang van de bekostiging reguleren mede ‘richtingen’ moet worden verstaan, volgde volgens de Afdeling niet dat iedere richtingcombinatie voor bekostiging in aanmerking kwam. Volgens de Afdeling

73 De beslissing op bezwaar is te raadplegen via de website van Brussee Lindeboom Advocaten en via de link: <https://static.basenet.nl/cms/104131/beslissing%20op%20bezwaar.pdf> (laatst gecontroleerd 1 oktober 2017).

74 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552.

laat de WVO aan de staatssecretaris ruimte om bij de beoordeling van de prognose, zich ook een oordeel te vormen over de vraag of het in het concrete geval realistisch is aan te nemen dat de stichtingsnorm zal worden gehaald.⁷⁵ Het oogmerk van de bekostigingsregelgeving is volgens de Afdeling dat alleen levensvatbare scholen worden gesticht. “Gelet op deze doelstelling kan bij een combinatie van richtingen niet klakkeloos worden volstaan met een optelsom van het leerlingpotentieel van elke afzonderlijke richting.”⁷⁶

Het probleem van de door de Afdeling voorgestane benadering is dat de staatssecretaris zich een oordeel moet vormen over het realiteitsgehalte van de prognose. De staatssecretaris zal daarbij antwoord moeten geven op de vraag of twee richtingen in elkaars verlengde liggen. Een dergelijke inhoudelijke beoordeling van richtingen staat op gespannen voet met de scheiding van kerk en staat. Ook de vrijheid van richting verzet zich tegen deze inhoudelijke overheidsbemoeienis. Het is in beginsel niet aan de overheid om te bepalen welke door haar erkende godsdienstige en levensbeschouwelijke richtingen met elkaar verenigbaar zijn.

De Afdeling stelde zich echter op het standpunt dat de wetgever de staatssecretaris in het kader van de bekostigingsbeslissing heeft opgedragen zich een oordeel te vormen over de betekenis van richtingen en hun onderlinge verhouding. Dat geldt in ieder geval voor de vraag of er sprake is van een richting. Hiervoor werd betoogd dat er reeds een zekere spanning bestaat tussen dit oordeel en de Grondwet door de wijze waarop het richtingbegrip in de jurisprudentie is ingekleurd. Die spanning neemt verder toe wanneer ook aan de staatssecretaris wordt opgedragen zich uit te laten over de verenigbaarheid van richtingen. In dat kader was het, in lijn met hetgeen hiervoor is betoogd, beter geweest als de Afdeling als uitgangspunt had genomen dat een bekostigingsaanvraag op slechts één richting moet zijn gebaseerd.

Dat de staatssecretaris zich bij de afwijzing van de bekostigingsaanvraag kon beroepen op islamitische en hindoeïstische belangengroepen doet aan het voorgaande niet af. In de bekostigingsregelgeving is immers geen eis terug te vinden waaruit zou blijken dat een gebrek aan steun of draagvlak bij dergelijke organisaties ertoe moet leiden dat bekostiging moet worden onthouden. Een dergelijke eis verdraagt zich reeds op zichzelf moeilijk met de idee van grondrechtelijke bescherming die in het bijzonder aan de vrijheid van richting ten grondslag ligt. Klassieke grondrechten beogen juist ook minderheidsopvattingen te beschermen. Eisen van draagvlak onder belangenorganisaties staan met deze karakteristiek op gespannen voet.

Ook het feit dat een combinatie van richtingen nog niet in het onderwijs is terug te vinden en ook op andere terreinen van het maatschappelijk leven niet doorwerkt, kan – anders dan de Afdeling oordeelde – niet leiden tot afwijzing van de bekostigingsaanvraag. Als het begrip ‘richting’ in de regels die de aanvang van de bekostiging reguleren ook ‘richtingen’ kan betekenen, dan betekent dat namelijk ook dat de overheid niet via een omweg die interpretatie alsnog kan tegengaan.

75 ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:145.

76 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552.

Door maatschappelijke doorwerking en draagvlak binnen de islamitische en hindoeïstische gemeenschap te eisen, heeft de staatssecretaris richtingskenmerken van toepassing verklaard op een combinatie van richtingen als zodanig. Van de richtingcombinatie wordt met andere woorden geëist dat zij op zichzelf een richting is.⁷⁷ Daarmee zou zij ook moeten voldoen aan inhoudelijke eisen die aan een richting worden gesteld. Wanneer in abstracto, met toepassing van de eisen die aan een richting worden gesteld, niet redelijkerwijs voorstelbaar is dat er richtingcombinaties zijn die aan deze maatstaf kunnen voldoen, dan kan dit criterium niet worden toegepast. De omvang van de groep gevallen die in aanmerking komt voor bekostiging wordt immers door de wetgever bepaald. Als die wetgever heeft bepaald dat ‘richting’ ook ‘richtingen’ kan betekenen, dan vormt dat het uitgangspunt. Eventuele aan de staatssecretaris toegekende beoordelingsruimte is dan niet zo groot dat hij via een omweg, door een restrictieve interpretatie te geven aan het begrip richtingen, de wettelijke bekostigingsaanspraak aan bepaalde door de wetgever in abstracto erkende stichtingsinitiatieven – namelijk alle initiatieven die gebaseerd zijn op meerdere richtingen – mag ontzeggen. Zijn vrijheid gaat dus niet zo ver dat hij aan het begrip ‘richtingen’ een interpretatie kan geven die er de facto in resulteert dat ‘richtingen’ weer alleen ‘richting’ betekent.

Uiteraard zijn er ook andere mogelijkheden denkbaar die tot een inhoudelijke afbakening van de mogelijke richtingcombinaties zou kunnen leiden. Ook andere begrenzingen waarbij wordt aangesloten bij de door de Afdeling geformuleerde maatstaf van “twee min of meer in elkaars verlengde liggende richtingen”, nemen de hiervoor geïdentificeerde bezwaren niet weg. In zo’n benadering zouden bijvoorbeeld uitsluitend richtingcombinaties kunnen worden erkend die in het verleden tot dezelfde richting werden gerekend. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de verschillende stromingen binnen de islamitische en hindoeïstische richting. Niet erkend zouden dan worden combinaties van richtingen die altijd uitsluitend als afzonderlijke richting zijn erkend en nooit tot dezelfde richting hebben behoord. Deze interpretatie zou bijvoorbeeld betekenen dat geen bekostiging meer zou toekomen aan oecumenische scholen, bestaande uit een protestants-christelijke en een rooms-katholieke richting. Het onderscheid dat dit criterium oplevert tussen verschillende richtingcombinaties zou evenwel niet te rechtvaardigen zijn.

Overigens moet hier worden opgemerkt dat Afdeling onder verwijzing naar het advies van de Onderwijsraad de algemeen-bijzondere en de katholieke richting als in elkaars verlengde liggend beschouwde. Hetzelfde gold voor de algemeen-bijzondere, de gereformeerde en de antroposofische richting. Uit de jurisprudentie is tot op heden niet duidelijk geworden waarom deze richtingen in elkaars verlengde liggen.

Uit het voorgaande volgt dat een inhoudelijke afbakening van de gevallen waarin een school zich kan beroepen op een dubbele grondslag te grote bezwaren kent. De vraag die dan echter nog altijd overeind staat, is of de overheid iedere school die op basis van de wettelijk verankerde rekenmethodiek voldoet aan de

77 Vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34642, nr. 3, p. 12.

stichtingsnorm voor bekostiging in aanmerking moet brengen. Zoals de Afdeling terecht heeft geoordeeld moet die vraag negatief worden beantwoord.

6.6.1.3 Formele grenzen aan het (ongelimeerd) optellen van richtingen

De Grondwet en de daaruit voortvloeiende beginselen staan eraan in de weg dat de overheid op inhoudelijke gronden bepaalt wanneer twee of meer godsdienstige en levensbeschouwelijke stromingen niet met elkaar verenigbaar zijn. Daarmee is echter niet gezegd dat niet uit de bekostigingsregelgeving grenzen kunnen voortvloeien waarover de overheid bij de toepassing van de bekostigingsregelgeving heeft te waken.

Uiteraard is de overheid niet verplicht een school voor bekostiging in aanmerking te brengen, als zij weet of goede gronden heeft om aan te nemen dat de aanvraag is gebaseerd op onjuiste gegevens. Ten eerste rust op de aanvrager een verplichting de juiste gegevens te overleggen.⁷⁸ Ten tweede moet de aanvrager op grond van de bekostigingsregelgeving redelijkerwijs aantonen dat de aanvraag aan de stichtingsnormen zal voldoen. Voldoet de aanvraag daar niet aan of bestaan er goede gronden om aan te nemen dat dat niet het geval is, dan kan de minister de bekostiging weigeren. Die bevoegdheid vloeit rechtstreeks voort uit de bekostigingsbepalingen in de WVO. De minister mag dat oordeel echter niet baseren op een inhoudelijke analyse van de verenigbaarheid van de richtingen. Wel kan de minister de bekostigingsaanvraag op een aantal formele vereisten toetsen.

Zo oordeelde de Afdeling ten aanzien van een stichtingsinitiatief van de Stichting islamitisch onderwijs Amsterdam en omstreken in Den Haag dat de staatssecretaris de aanvraag mocht afwijzen, omdat de grondslag op onvoldoende consistente wijze in de statuten van de rechtspersoon die de school in stand hield tot uitdrukking was gebracht.⁷⁹ De bekostigingsaanvraag was gebaseerd op de hindoeïstische en islamitische richting. Uit de statuten volgde echter dat aan de islamitische richting een zwaarder gewicht was toegekend dan aan de hindoeïstische richting. Zo werd van bestuursleden verlangd dat zij belijdend moslim waren. Daarnaast konden bestuursleden worden ontslagen wanneer zij in strijd met de Qur'an en de Sunnah handelden. Ten aanzien van de hindoeïstische richting werden dergelijke richtinggerelateerde eisen niet gesteld. Ook in de naam van de stichting werd uitsluitend naar de islamitische richting verwezen.

Nu is een dergelijke onevenwichtige uitwerking van beide richtingen niet reeds op zichzelf een probleem. De vrijheid van richting brengt immers met zich dat het bevoegd gezag zelf bepaalt op welke wijze in de school uitvoering wordt gegeven aan de richtingen die aan het door de school te verzorgen onderwijs ten grondslag liggen. Dat uitgangspunt laat onverlet dat de onevenwichtige uitwerking van beide richtingen wel het vermoeden laat ontstaan dat de meervoudige grondslag alleen wordt gebruikt om een scholengemeenschap op islamitische grondslag te stichten. In dergelijke situaties kan van het bevoegd gezag worden verwacht, dat

78 Art. 4:35 lid 2 Awb.

79 ABRvS 28 september 2016, AB 2017, 79 m.nt. Philipsen.

het in staat is een verklaring met een minimale overtuigingskracht te geven voor deze inconsistentie.⁸⁰ Bij het ontbreken van een dergelijke verklaring voor de dominante positie die in de statuten aan de islamitische richting is toegekend, moet worden aangenomen dat de islamitische richting de enige richting van de nieuw op te richten school is. De statuten en niet de bekostigingsaanvraag zijn in dit kader bepalend. Bij de beoordeling van de statuten moeten die statuten daarnaast in het geheel worden gezien. Een in de statuten opgenomen doelstelling is niet bepalend voor de vraag welke richting een school heeft. Andere richtinggerelateerde bepalingen uit de statuten kunnen bij de beoordeling van de ware richting van de school worden betrokken. Omdat een school die uitsluitend gebaseerd was op de islamitische grondslag niet voor bekostiging in aanmerking kwam, moest de aanvraag worden afgewezen. Uiteindelijk brengt de vrijheid van onderwijs niet met zich dat de staatssecretaris bekostiging moet toekennen voor richtingen die onvoldoende duidelijk uit de statuten blijken.⁸¹

Deze benadering biedt alleen uitkomst in situaties waarin daadwerkelijk richtinggerelateerde statutaire eisen worden gesteld. Een vergelijkbare verplichting om uitleg te geven over de wijze waarop de meervoudige grondslag in de praktijk vorm zal krijgen, kan worden gebaseerd op andere omstandigheden. Daarbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan een bevoegd gezag dat tegelijkertijd voor een groot aantal richtingcombinaties een aanvraag indient voor de bekostiging van een school in hetzelfde voedingsgebied. Als die combinaties telkens dezelfde richting gemeen hebben, geeft dat grond voor het vermoeden dat de meervoudige richting uitsluitend wordt gebruikt om de bekostigingsregelgeving te omzeilen. Als die ene richting niet aan de stichtingsnorm voldoet, kan zonder een verklaring met minimale overtuigingskracht niet redelijkerwijs worden aangenomen, dat de school met een meervoudige grondslag wel aan de stichtingsnorm zal voldoen, en dus kan de bekostigingsaanvraag dan worden afgewezen.

Ter ondersteuning van de hiervoor geformuleerde eis van consistentie verwees de staatssecretaris naar de WVO.⁸² Artikel 21, tweede lid, onder b WVO schrijft voor dat het bevoegd gezag in het maatschappelijk verkeer ondubbelzinnig tot uitdrukking moet brengen van welke richting het onderwijs uitgaat. Volgens de Afdeling kan deze bepaling (mede) de grondslag vormen voor afwijzing van een bekostigingsaanvraag. Daarbij stelt zij dat “het op artikel 23 van de Grondwet gebaseerde Nederlandse onderwijsstelsel (...), voor zover het bijzonder onderwijs betreft, gebonden [is] aan richtingen. Gelet hierop moet in het maatschappelijk verkeer ondubbelzinnig blijken van welke richting(en) het onderwijs van de te stichten school uitgaat.” Deze norm koppelt de Afdeling aan artikel 21, tweede lid, aanhef en onder b WVO.

80 Philipsen en Vermeulen 2014.

81 Vgl. ABRvS 15 juli 2015, AB 2015, 383, m.nt. Zoontjens; ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3706; ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28.

82 ABRvS 28 september 2016, AB 2017, 135, m.nt. Zoontjens. Vgl. ABRvS 15 juli 2015, AB 2015, 383, m.nt. Zoontjens; ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3706; ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28.

Volgens de Afdeling kan de naam van de school van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of de richting voldoende duidelijk blijkt. Opvallend is dat in de uitspraak waarin de Afdeling dit overwoog zij niet de naam van de school, maar die van het bevoegd gezag aan een nadere beschouwing onderwierp. Uit de WVO volgt echter geen verplichting om ook in de naam van het bevoegd gezag alle richtingen van de school tot uitdrukking te brengen. De WVO biedt zelfs geen verplichting om alle richtingen in de naam van de school tot uitdrukking te brengen. Als in het maatschappelijk verkeer maar duidelijk is welke richting aan de school ten grondslag ligt. Dat kan bijvoorbeeld worden bereikt door de richtingen duidelijk op alle publieke uitingen en communicatiemiddelen te vermelden. In meer algemene zin verzet artikel 21, tweede lid, aanhef en onder b WVO zich als zodanig niet tegen richtingcombinaties. Eerder concludeerde de Onderwijsraad al dat “deze bepaling ten doel [heeft] de publieke duidelijkheid van de oriëntatie van de school te bevorderen, niet om de soort of het aantal richtingen van de school te beperken.”⁸³

Een meer principiële vraag die de verwijzing naar artikel 21, tweede lid, onder b WVO oproept is of het mogelijk is om bekostiging te weigeren op basis van een bepaling die niet is opgenomen in de afdeling die de aanvang van de bekostiging reguleert.⁸⁴

6.6.2 *Beperkte mededinging*

Eind 2016 oordeelde de grote kamer van de Afdeling dat er naar Nederlands recht een rechtsnorm bestaat die met zich brengt, dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze mededingingsruimte moet worden geboden.⁸⁵ De oorsprong van deze norm en het denken over gelijke mededingingskansen ligt in het EU-recht. Aanvankelijk kwam de mededingingsnorm in ons land dan ook tot ontwikkeling ten aanzien van markten waarin de overheid door de verlening van schaarse publieke rechten marktverstoring kon optreden. De nadruk lag dan vaak op vergunningverlening ten aanzien van economische activiteiten.⁸⁶

Nadat de Afdeling eerst had erkend dat er binnen de Nederlandse rechtsorde in algemene zin een op het gelijkheidsbeginsel terug te voeren mededingingsnorm gold, paste de Afdeling deze norm later ook toe op bekostigingsaanvragen in het voortgezet onderwijs. Steun voor die toepassing vond de Afdeling in de constatering dat de WVO voorziet in een stelsel van gereguleerde concurrentie tussen schoolbesturen. Op dit punt bestaat er overigens geen verschil tussen het voortgezet onderwijs en het basisonderwijs; zij kennen immers een in sterke mate vergelijkbaar bekostigingsstelsel.

83 Onderwijsraad 2012b, p. 4.

84 Par. 6.7.

85 Deze paragraaf is (mede) gebaseerd op de noot onder ABRvS 18 januari 2017, AB 2017, 253, m.nt. Philipsen.

86 Zie uitvoerig over deze ontstaansgeschiedenis A.G. Widdershoven in zijn conclusie bij ABRvS 2 november 2016, AB 2016, 426 m.nt. Wolswinkel; vgl. Drahmman 2015, p. 167-194.

De regulering van de concurrentie is een gevolg van het feit dat niet iedere school voor bekostiging in aanmerking kan komen. Zoals hiervoor uiteen werd gezet, zijn de beperkingen van de bekostigingsaanspraak een uitvloeisel van de wens te komen tot een doelmatige besteding van overheids gelden. De wetgever heeft er echter voor gekozen om geen directe financiële grenzen te stellen aan de mogelijkheid voor scholen om voor bekostiging in aanmerking te komen. Of een school aanspraak kan maken op rijksbekostiging is niet afhankelijk van een subsidieplafond. Iedere school die aan de in de WVO neergelegde bekostigingsvoorwaarden voldoet, moet voor bekostiging in aanmerking worden gebracht.⁸⁷ Dit is een uitvloeisel van de uit artikel 23 lid 7 Grondwet voortvloeiende eis van objectiviteit.

De beperkingen van de mogelijkheid om voor bekostiging in aanmerking te komen, volgen dan ook uit de voorwaarden die in de WVO zijn opgenomen en waaraan bekostigingsaanvragen worden getoetst. Daarbij gaat het in het bijzonder om de stichtingsnormen en het richtingbegrip. Aan de hand van deze kwantitatieve en kwalitatieve maatstaf wordt met behulp van een wettelijk verankerde rekenmethodiek bepaald of er ruimte is voor de stichting van een nieuwe school. Deze op richting gebaseerde verdeling van het onderwijsaanbod komt erop neer, dat er in ieder voedingsgebied per richting slechts een beperkt aantal plaatsen voor de stichting van een bekostigde school beschikbaar is. Toewijzing van een bekostigingsaanvraag in een bepaald voedingsgebied verkleint de ruimte voor de stichting van scholen met dezelfde richting in datzelfde voedingsgebied. Het totale aantal scholen dat in een bepaald voedingsgebied kan worden gesticht, hangt daarbij onder andere af van ontwikkelingen in de leerlingaantallen.

Een van de bezwaren tegen de wijze waarop de bekostigingsregelgeving op dit moment is vormgegeven, is dat er nog maar zeer beperkte ruimte bestaat om als nieuwe school tot het stelsel van bekostigde scholen toe te treden. Slechts op een zeer beperkt aantal plaatsen in ons land zijn er nog mogelijkheden om als school voor bekostiging in aanmerking te komen. Voor scholen die behoren tot zeer kleine richtingen, of scholen die niet gebaseerd zijn op enige richting en daarom zijn aangewezen op de algemeen-bijzondere richting is schoolstichting praktisch onmogelijk.⁸⁸

Er bestaan goede argumenten om ook op de verdeling van bekostiging in het onderwijs de door de Afdeling geformuleerde mededingingsnorm toe te passen. Toepassing zal echter moeten betekenen dat onderdelen van de bekostigingsregelgeving worden herzien. Als gevolg van het grondwettelijk verankerde toetsingsverbod, dat in de weg staat aan toetsing van wetten in formele zin aan de mededingingsnorm als ongeschreven rechtsbeginsel, kan de mededingingsnorm niet volledig op bekostiging in het onderwijs worden toegepast. Problemen ontstaan in het bijzonder ten aanzien van enkele door de Afdeling erkende en aan de mededingingsnorm te onderscheiden deelnormen. Zo oordeelde de Afdeling dat de mededingingsnorm met zich brengt dat schaarse publieke rechten in beginsel niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend. In het onderwijs geldt evenwel

87 Den Ouden, Jacobs en Verheij 2011, p. 110-111.

88 Vgl. noot Huisman onder ABRvS 18 januari 2017, *Gst* 2017, 85.

het uitgangspunt dat scholen die aan de bekostigingsvoorwaarden voldoen voor onbepaalde tijd worden bekostigd. Deze eis is een uitvloeisel van de grondwettelijk voorgeschreven gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs. De Grondwet vooronderstelt dat het openbaar onderwijs alomtegenwoordig is. Daaruit vloeit voort dat openbare scholen niet enkel vanwege het verstrijken van een bepaalde termijn kunnen worden opgeheven. Er zal altijd een voldoende dekkend en stabiel aanbod aan openbaar onderwijs moeten bestaan. Artikel 23 lid 4 Grondwet staat in de weg aan de tijdelijke bekostiging van het openbaar onderwijs. Op grond van de in artikel 23 lid 7 Grondwet vervatte gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs kan ook het bijzonder onderwijs aanspraak maken op het verbod van tijdelijke bekostiging. Ook als dat niet zo zou zijn, geldt bij de vormgeving van een bekostigingsstelsel dat stabiliteit in het onderwijsaanbod een belangrijke waarde vormt. Die waarde is in het bijzonder ingegeven door de belangen en rechten van de leerlingen, die naast de grondwettelijk beschermde belangen van de onderwijsverstrekker bij de inrichting van een bekostigingsstelsel een prominente rol spelen. Deze belangen komen onder andere tot uitdrukking in de wijze waarop het onderwijstoezicht is vormgegeven. Dat toezicht is gericht op het garanderen van de continuïteit van onderwijsinstellingen.

Belangrijk is verder dat het faciliteren van mededinging ook in praktische zin leidt tot problemen in de toepassing van de huidige bekostigingsregelgeving. Onderdeel van een gelijke mededinging is dat de overheid een passende mate van openheid betracht bij de verlening van schaarse publieke rechten. Die openheid zal resulteren in conflicterende aanvragen. Het probleem is evenwel dat de bekostigingsregelgeving op dit moment geen mechanisme kent om met concurrerende bekostigingsaanvragen om te gaan. Verdelingscriteria zijn bijvoorbeeld niet in de bekostigingsregelgeving opgenomen.⁸⁹ Dat is een probleem, omdat artikel 23 lid 7 Grondwet strenge legaliteitseisen aan de bekostigingsregelgeving stelt. Zowel de bevoegdheid tot bekostiging als de (hoofdlijnen van de) bekostigingsvoorwaarden moeten een grondslag hebben in een wet in formele zin. Ook regels aan de hand waarvan schaarse stichtingsruimte wordt verdeeld, hebben te gelden als bekostigingsvoorwaarden in de zin van artikel 23 lid 7 Grondwet en dus moeten ook die verdelingscriteria een grondslag hebben in een wet in formele zin.

Daarbij moet worden aangetekend dat niet alle mogelijke verdelingsprocedures op de bekostiging van het bijzonder onderwijs toepasbaar zijn. Artikel 23 lid 2 Grondwet stelt grenzen aan de rol die de overheid bij de toewijzing van de ruimte voor de stichting van een bekostigde school kan spelen. Problematisch zijn in het bijzonder verdelingscriteria die in essentie het initiatief tot schoolstichting bij de overheid leggen. Dit zal gelden voor veel verdelingsmechanismen die neerkomen op aanbesteding.⁹⁰ Artikel 23 lid 7 Grondwet verzet zich tegen bekostigingsstelsels waarin de overheid per geval kan beslissen of er een school aan het stelsel van bekostigde scholen kan worden toegevoegd. Een dergelijke ruime mate van discretie

⁸⁹ Zie voor een overzicht van de verdelingsprocedures Wolswinkel 2011.

⁹⁰ Laemers en Zoontjens 2016, p. 43-48.

leidt tot een onvoldoende objectiveerbare bekostigingsaanspraak en moet daarom wegens strijdigheid met artikel 23 lid 7 Grondwet worden afgewezen.

Een ander probleem is dat de huidige bekostigingsregelgeving uitgaat van een abstracte belangstellingsmeting. Aan de hand van de wettelijk verankerde rekenmethodiek moeten scholen in abstracte zin inzichtelijk maken dat er behoefte is aan een school van een bepaalde richting. Het faciliteren van mededinging leidt er echter toe dat vaker tegelijkertijd voor dezelfde bekostigingsruimte twee of meer aanvragen worden gedaan. Die aanvragen gaan dan van dezelfde abstracte onderbouwing uit. Bij concurrerende bekostigingsaanvragen blijft vervolgens onduidelijk hoe die abstracte vraag zich in de praktijk ten aanzien van de nieuw te stichten scholen zal concretiseren. Schoolbesturen zijn niet verplicht aan te tonen dat er voor hun specifieke school voldoende vraag bestaat. De consequentie van dit alles is dat op het moment dat er twee bekostigingsaanvragen worden ingediend, terwijl er op basis van de abstracte belangstellingsmeting slechts voldoende leerlingpotentieel beschikbaar is voor de bekostiging van één extra school van een bepaalde richting, het leerlingpotentieel in gelijke delen over de twee aanvragen zal moeten worden verdeeld. Beide aanvragen zullen dan niet boven de stichtingsnorm uitkomen en beide aanvragen zullen dan ook moeten worden afgewezen. Wanneer er op grond van de huidige bekostigingsregelgeving meer ruimte wordt geboden voor mededinging, zullen zich vaker dergelijke conflictsituaties voordoen.

Voor zover toepassing van de mededingingsnorm tot onderdelen van de bekostigingsregelgeving wordt beperkt, doen de hiervoor uiteengezette problemen zich niet (direct) voor. Zo kon de Afdeling op grond van de mededingingsnorm concluderen, dat het niet is toegestaan om aan een besluit waarbij eerder toegekende bekostiging werd ingetrokken, terugwerkende kracht te verlenen. Dat gold in het bijzonder omdat het bevoegd gezag door de terugwerkende kracht en een daaropvolgend bekostigingsbesluit bevoordeeld werd ten opzichte van andere (potentiële) gegadigden. Toepassing van de mededingingsnorm kwam in die casus neer op een verbod van onderhandse subsidieverlening.⁹¹ Die uitkomst is zonder meer verenigbaar met artikel 23 Grondwet en de WVO. Zodra er ruimte voor de stichting van een bekostigde school vrijvalt, moeten alle potentiële schoolstichters in ieder geval de mogelijkheid hebben om naar die ruimte mee te kunnen dingen.

De conclusie luidt dat toepassing van de mededingingsnorm moet leiden tot een herziening van de bekostigingsregelgeving. Ten eerste dienen er verdelingscriteria in de sectorwetten te worden opgenomen op basis waarvan tussen conflicterende aanvragen kan worden geselecteerd. Ten tweede is toepassing van de mededingingsnorm op het onderwijs alleen voorstelbaar, als er een meer concrete belangstellingsmeting in de sectorwetten wordt opgenomen. Daarmee geeft de mededingingsnorm op zichzelf voldoende grond voor de conclusie, dat de op richting gebaseerde scholenplanning haar langste tijd heeft gehad. Richtinggebonden scho-

91 ABRvS 18 januari 2017, AB 2017, 253, m.nt. Philipsen.

lenplanning is met de aan de mededingingsnorm ten grondslag liggende idee van gelijke behandeling onverenigbaar.⁹²

6.7 Bekostiging, ex ante toezicht en de Awb

Bij de bespreking van de mogelijkheid om scholen op een meervoudige grondslag te baseren, kwam reeds de vraag aan de orde of een bekostigingsaanvraag mag worden geweigerd op basis van bepalingen die niet zijn opgenomen in de afdeling die de aanvang van de bekostiging reguleert. Daarbij gaat het in het bijzonder over de principiële vraag of de minister bekostiging mag onthouden aan scholen op basis van de verwachting dat zij niet in staat zullen zijn de door de sectorwetten geëiste deugdelijkheid te leveren. Ter illustratie kan worden gewezen op de in het eerste hoofdstuk gepresenteerde SIO-casus. Het intrekingsbesluit en het weigeringsbesluit van de staatssecretaris waren mede gebaseerd op de verwachting, dat SIO en de door haar in stand gehouden school niet in staat zouden zijn te voldoen aan de wettelijk verankerde burgerschapsverplichting.

Hiervoor werd steeds tot uitgangspunt genomen dat de regels met betrekking tot de aanvang van de bekostiging twee uitgangspunten proberen te verenigen, namelijk de doelmatige besteding van overheidsmiddelen en het bewaken van de opvoedkundige keuzevrijheid van ouders. De bekostigingsregelgeving als zodanig kent echter nog een derde uitgangspunt, namelijk het beschermen van de kwaliteit of deugdelijkheid van het onderwijs. Artikel 23 lid 6 Grondwet legt aan de wetgever zelfs een verplichting op om deze doelstelling te verwezenlijken. De op de overheid rustende verplichting om de deugdelijkheid van het tot haar zorg behorende bijzonder onderwijs te waarborgen, geeft aan artikel 23 Grondwet een afwijkend karakter. De overheid moet zich in vergaande mate inlaten met de wijze waarop de dragers van het grondrecht het grondrecht wensen te verwezenlijken. Volgt daaruit nu ook dat bij de initiële bekostigingsbeslissing de bekostigingsaanvraag op verenigbaarheid met alle bekostigingsvoorwaarden mag worden beoordeeld?

6.7.1 *The British School*

Een voorbeeld van de afwijzing van een bekostigingsaanvraag op de grond dat deze aanvraag niet voldeed aan bekostigingsvoorwaarden die niet direct beoogden de aanvang van de bekostiging te reguleren, vormt de casus van *The British school*.

92 Problematisch in dit kader is ook de verruiming van de mogelijkheden om de richting van de school om te zetten en uit te breiden zonder dat daarvoor goedkeuring van de minister vereist is. Vgl. voor het basisonderwijs *Kamerstukken II* 2016/17, 34656, nr. 2. Dit heeft zeker in het voortgezet onderwijs, waar deze verruiming van de bekostigingsregelgeving al heeft plaatsgevonden, geleid tot situaties waarin scholen strategisch 'van kleur verschieten' om bekostiging van nieuwe scholen tegen te gaan. In een bekostigingsstelsel waarin de richting van de school bepalend is voor de vraag of die school voor bekostiging in aanmerking komt, leiden al te ruime mogelijkheden om van kleur te verschieten al snel tot een verstoring van de mogelijkheid om in gelijke mate naar de beschikbare bekostigingsruimte mee te dingen. Reeds bestaande scholen hebben daarbij namelijk altijd een voordeel.

In 1985 plaatste de gemeenteraad van Amsterdam The British School of Amsterdam op het gemeentelijk plan van scholen. Later besloot de regering dat plan te vernietigen. Volgens haar bleek uit het schoolwerkplan van de British School dat het onderwijs dat de school van plan was te gaan verzorgen, geen basis zou leggen voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs in het Nederlands. Daarmee voldeed The British School niet aan een aantal in de WBO opgenomen bekostigingsvoorwaarden. Zo schreef artikel 2 WBO voor dat het basisonderwijs de grondslag moest leggen voor het aansluitend volgen van voortgezet onderwijs, en bepaalde artikel 9 lid 5 WBO dat het onderwijs in het Nederlands moest worden gegeven.⁹³ Daarmee had de gemeenteraad volgens de regering moeten concluderen dat The British School of Amsterdam niet als school in de zin van de WBO kon gelden.⁹⁴ En dus had de gemeenteraad The British School niet op het plan van scholen mogen opnemen.⁹⁵

6.7.2 Grondslag in de Awb

Duidelijk is dat de sectorwetten op dit moment niet dwingend voorschrijven dat een bekostigingsaanvraag aan alle bekostigingsvoorwaarden moet worden getoetst. Op grond van de sectorwetten wordt een bekostigingsaanvraag in beginsel alleen beoordeeld op verenigbaarheid met de bepalingen die de aanvang van de bekostiging reguleren. Voor alle overige bekostigingsvoorwaarden geldt, dat de school daaraan pas gebonden is op het moment dat de school daadwerkelijk voor bekostiging in aanmerking is gebracht. Daar komt bij dat deze voorwaarden vaak zodanig zijn geformuleerd dat ze zich in beginsel uitsluitend laten toepassen op situaties waarin daadwerkelijk onderwijs wordt gegeven. Dat geldt in het bijzonder voor deugdelijkheidseisen die het onderwijsproces als zodanig reguleren.

Het is evenwel niet uitgesloten dat op het moment dat een bekostigingsaanvraag wordt ingediend, al vaststaat dat een school aan bepaalde deugdelijkheidseisen niet zal kunnen voldoen, zoals in het geval van The British School. Moet de minister dan toch tot bekostiging overgaan? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend.

Op grond van artikel 4:21 lid 4 Awb is de Awb-subsidietitel van overeenkomstige toepassing op het onderwijs. Er bestaat geen principieel onderscheid tussen subsidiering en bekostiging.⁹⁶ Een belangrijk aan deze titel ten grondslag liggend uitgangspunt is dat een bestuursorgaan niet tot subsidieverlening gehouden is, wanneer voldoende duidelijk is dat nooit aan de subsidievoorwaarden voldaan zal kunnen worden. Dit uitgangspunt is vastgelegd in artikel 4:35 Awb. Als duidelijk is dat niet aan de bekostigingsvoorwaarden zal worden voldaan kan de minister een beroep doen op deze bepaling. Die conclusie moet echter niet te snel worden getrokken. Er dienen gegronde redenen te zijn die verder gaan dan een

93 Art. 7 lid 1 WPO bepaalt daarnaast dat de WPO niet van toepassing is op scholen die uitsluitend bestemd zijn voor kinderen die niet de Nederlandse nationaliteit hebben. Zie ook art. 53 WPO.

94 Mikkelsen 1977, p. 53-59.

95 Zie expliciet in deze zin: aanhangsel *Handelingen II* 1987/88, nr. 156.

96 ABRvS 9 juli 2008, *JB* 2008, 184.

subjectieve inschatting van de minister.⁹⁷ “[O]m op grond van het eerste lid een subsidie te kunnen weigeren zal [de minister] moeten beschikken over concrete, op de individuele subsidieontvanger betrekking hebbende aanwijzingen, die het oordeel kunnen dragen dat zich waarschijnlijk (‘misschien’ is niet voldoende) een intrekingsgrond zal voordoen”.⁹⁸ Er moet sprake zijn van een grote mate van waarschijnlijkheid dat niet aan de deugdelijkheidseisen zal worden voldaan.⁹⁹ De Afdeling oordeelde dat er van dergelijke aanwijzingen in de in het eerste hoofdstuk gepresenteerde SIO-casus geen sprake was.¹⁰⁰

In beginsel kan de Awb-subsidietitel naast de bekostigingsregelgeving worden gebruikt om de bekostigingsaanspraak te reguleren.¹⁰¹ Bij de beantwoording van de vraag of artikel 4:35 Awb in een concrete situatie kan worden ingeroepen, zal zich vervolgens vaak het probleem voordoen dat de deugdelijkheidseisen zijn geformuleerd voor onderwijssituaties en zich daardoor moeilijk als preventieve kwaliteitswaarborg laten toepassen. Een goede illustratie biedt de in artikel 8, derde lid, aanhef en onder b, van de WPO verankerde burgerschapsverplichting. Deze verplichting komt overeen met de gelijksoortige, in de WVO verankerde verplichting. In deze bepaling is het uitgangspunt neergelegd dat het onderwijs mede moet zijn gericht op het bevorderen van actief burgerschap en sociale integratie. De staatssecretaris baseerde de intrekking van het bekostigingsbesluit van SIO mede op deze bepaling. De Afdeling oordeelde een aantal jaren geleden reeds op basis van de ontstaansgeschiedenis van artikel 8 WPO “dat artikel 8, derde lid, aanhef en onder b, aan scholen een grote vrijheid laat bij het vormgeven aan de doelstellingen van burgerschapsvorming en integratie, en het bevoegd gezag daarmee alleen in strijd handelt indien het op geen enkele wijze gestalte heeft gegeven aan onderwijs dat mede is gericht op het bevorderen van actief burgerschap en sociale integratie.”¹⁰² Aan een dergelijke ruim geformuleerde bepaling zal al snel voldaan zijn. In ieder geval zal voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing niet eenvoudig met een voldoende mate van zekerheid kunnen worden aangenomen dat een school niet aan deze deugdelijkheidseisen zou kunnen voldoen.

Een ander obstakel bij toepassing van artikel 4:35 Awb is de gebrekkige informatiepositie van de minister. De minister heeft lang niet altijd voldoende informatie om te kunnen beoordelen of de school in de toekomst zal voldoen aan de bekostigingsvoorwaarden. Uit artikel 23 lid 7 Grondwet, de sectorwetten en de daaraan ten grondslag liggende objectieve vormgeving van de bekostigingsaanspraak vloeit daarnaast voort, dat de minister niet meer gegevens mag verlangen dan de gegevens en inlichtingen die het bevoegd gezag op grond van de afdeling die de aanvang van de bekostiging reguleert verplicht is te verstrekken. Met betrekking tot de WPO mag ook de gemeenteraad dat niet namens de minister doen. De gegevens die bij de bekostigingsaanvraag moeten worden overlegd zijn voor de WPO

97 Vgl. Den Ouden, Jacobs en Verheij 2011, p. 63-64.

98 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 59.

99 Borman 2017.

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

101 ABRvS 9 juli 2008, *JB* 2008, 184.

102 ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541.

terug te vinden in artikel 76 jo 75 lid 1 en lid 5 WPO.¹⁰³ De gemeenteraad noch de minister is voor de beoordeling van de bekostigingsaanvraag op grond van de WPO bevoegd meer dan de daar genoemde gegevens te verlangen. Op grond van artikel 23 lid 7 Grondwet zou een verplichting tot het overleggen van meer dan de daar genoemde gegevens een aparte wettelijke grondslag vereisen. Een dergelijke verplichting is immers aan te merken als een bekostigingsvoorwaarde. Algemene in de Awb opgenomen informatieplichten, zoals artikel 4:5 eerste lid en onder c Awb, kunnen hier ook geen uitkomst bieden, omdat zij niet van toepassing zijn op bekostigingsbeslissingen in het onderwijs.¹⁰⁴

Daarnaast geldt ten aanzien van het basisonderwijs dat de gemeenteraad zelf in het geheel niet bevoegd is te beoordelen of een school voldoet aan de deugdelijkheidseisen. Het toezicht op die deugdelijkheidseisen is een aangelegenheid van de rijksoverheid. Decentrale bestuursorganen hebben op dit punt geen taak, verantwoordelijkheid of bevoegdheid. Dit volgt rechtstreeks uit de sectorwetten en de Wet op het onderwijstoezicht.¹⁰⁵ Wel kan de minister in het primair onderwijs zijn goedkeuring aan een plan van scholen onthouden, omdat een daarop opgenomen school niet voldoet aan wettelijke deugdelijkheidseisen. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als buiten de bekostigingsaanvraag feiten en omstandigheden bekend worden die de conclusie (zouden kunnen) rechtvaardigen dat de school niet in staat zal zijn aan alle bekostigingsvoorwaarden te voldoen. Denk bijvoorbeeld aan de facebook-uiting van het bestuurslid van SIO. In de meeste gevallen zal het echter moeilijk zijn om met voldoende zekerheid te onderbouwen dat niet voldaan zal worden aan de wettelijke deugdelijkheidseisen.

Soms komt de hiervoor bedoelde twijfel pas op nadat de school voor bekostiging in aanmerking is gebracht. Op dat moment, maar nog voordat de hoogte van de bekostiging is vastgesteld, is het minder evident dat de Awb een grondslag biedt om de bekostiging alsnog te weigeren. Dat is vooral een gevolg van de structuur van de Awb-subsidietitel. Die vooronderstelt dat vaststelling van de subsidie plaatsvindt nadat de te subsidiëren activiteit is verricht. Deze structuur komt ook tot uitdrukking in de wijze waarop de Awb-bepalingen die een grondslag bieden voor wijziging of intrekking van de subsidieverlening zijn vormgegeven. Daarmee laten deze bepalingen zich niet eenvoudig op het onderwijs toepassen.¹⁰⁶ Desalniettemin ligt het voor de hand deze bepalingen, waarbij in het bijzonder moet worden gewezen op 4:48 Awb, uit te leggen in overeenstemming met de bekostigingsregel-

103 Vgl. Artikel 4:2 lid 2 Awb.

104 Ten onrechte lijken De Boer e.a. ervan uit te gaan dat dit wel het geval is, De Boer e.a. 2013, p. 111. Artikel 76 lid 2 WPO bevat een bijzondere regeling voor bekostigingsaanvragen in het basisonderwijs. Die regeling werd nodig geoordeeld om de korte termijnen die de WPO ten aanzien van het opstellen en goedkeuren van het plan van scholen kent, te kunnen handhaven. *Kamerstukken II* 1990/91, 22061, nr. 2; *Kamerstukken II* 1992/93, 23070, nr. 2; *Kamerstukken II* 1993/94, 23070, nr. 23. Onbegrijpelijk is waarom B en W aan het bevoegd gezag meedelen dat de gegevens onvoldoende zijn. De aanvraag wordt immers ingediend bij en beoordeeld door de gemeenteraad.

105 Vgl. art 2 WOT.

106 Zie meer uitvoerig over de relatie tussen de Awb en de bekostiging van het onderwijs: Noorlander en Zoonjens 2011a en De Boer e.a. 2014.

geving. In dat geval zou na de subsidieverlening, maar voor de vaststelling van de hoogte van de bekostiging, op basis van dezelfde standaard als die besloten ligt in artikel 4:35 lid 1 onder b Awb, op grond van artikel 4:48 lid 1 sub a Awb die subsidieverlening alsnog kunnen worden ingetrokken. De mede aan de bekostigingsregelgeving ten grondslag liggende eis om te zorgen voor een doelmatige besteding van overheidsmiddelen sluit aan bij een dergelijke interpretatie.¹⁰⁷ Het zou tot absurde consequenties leiden als de minister de subsidieverlening voordat die is vastgesteld niet mocht intrekken, terwijl op voorhand duidelijk is dat nooit aan de uit de sectorwetten voortvloeiende verplichtingen zou kunnen worden voldaan. Er bestaan geen goede argumenten om in dat geval de subsidievestigstelling doorgang te laten vinden. Ook uit artikel 23 Grondwet kan een dergelijke conclusie niet worden afgeleid. Op grond van artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet komen alleen scholen die aan de wettelijke bekostigingsvoorwaarden voldoen voor bekostiging in aanmerking.

Het voorgaande ligt anders op het moment dat de hoogte van de bekostiging is vastgesteld. Dan ligt immers in de bekostigingsregelgeving besloten dat het beëindigen van de bekostiging een *ultimum remedium* is.¹⁰⁸ Zeer nadrukkelijk komt dit naar voren in artikel 164b WPO.¹⁰⁹ Voordat de bekostiging wordt beëindigd, zal er eerst aan het bevoegd gezag ruimte moeten zijn geboden om wel aan de bekostigingsvoorwaarden te voldoen. Deze eis ligt mede ten grondslag aan de Wet op het onderwijstoezicht. Dat slechts in ultieme situaties ruimte bestaat voor de beëindiging van de bekostiging komt, doordat na de vaststelling van de bekostiging de belangen van leerlingen en ouders een rol gaan spelen bij de bekostigingsbeslissing.

Zoals opgemerkt hebben decentrale bestuursorganen geen rol te spelen bij de beoordeling van de deugdelijkheid van een school. Dat betekent bijvoorbeeld ook dat het college van B en W bij het toekennen van de huisvestingsvoorziening geen eigen beoordeling van de deugdelijkheid van de school mag laten plaatsvinden.¹¹⁰ Op het moment dat vaststaat dat een school voor bekostiging in aanmerking komt, moet het college van B en W voorzien in huisvesting. Bij het bepalen van de inhoud van die huisvestingsvoorziening mag het college van B en W uitsluitend de wettelijke criteria betrekken.¹¹¹

6.8 Conclusie

Artikel 23 lid 7 biedt het bijzonder onderwijs onder omstandigheden een aanspraak op bekostiging. De voorwaarden waaraan scholen moeten voldoen om voor bekostiging in aanmerking te komen, zijn opgenomen in de sectorwetten. Uit de wijze waarop de bekostigingsregelgeving is vormgegeven, volgt dat de schoolstichting als zodanig niet voor bekostiging in aanmerking komt.

107 Vgl. ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3216.

108 ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541.

109 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 18.

110 ABRvS 21 oktober 2015, *Gst* 2016, 17, m.nt. Huisman; zie voor een beschrijving van het wettelijk kader Noorlander en Zootjens 2011b.

111 Onderwijsraad 2013a.

Scholen die bekostiging willen ontvangen, zullen aan een aantal wettelijk verankerde vereisten moeten voldoen. Die eisen beogen een balans te vinden tussen twee doelstellingen. Enerzijds proberen zij recht te doen aan de keuzevrijheid van ouders en anderzijds moeten zij ervoor zorgen dat de kosten van particuliere schoolstichtingen beheersbaar blijven.

Bij die zoektocht naar balans is het richtingbegrip het centrale ordeningsprincipe. Hoewel er principiële en praktische bezwaren bestaan tegen het gebruik van het richtingbegrip is nog altijd niet afgestapt van het stelsel van richtinggebonden scholenplanning. Wel staat dat stelsel in toenemende mate onder druk. Daarbij moet vooral worden gewezen op jurisprudentiële ontwikkelingen, zoals de erkenning van de mogelijkheid om een school op meerdere richtingen te baseren en de toepassing van de door de Afdeling erkende mededingingsnorm op het onderwijs. Vooral op de erkenning van de meervoudige grondslag is in het voorgaande kritiek geuit.

Niet alleen in het richtingbegrip, maar ook op andere plaatsen is de zoektocht naar een balans tussen vorengenoemde doelstellingen te herkennen. Zo spelen deze doelstellingen bijvoorbeeld een rol bij de wijze waarop de Awb-subsidietitel wordt toegepast op bekostiging in het onderwijs.

Als in de toekomst wordt besloten tot invoering van een richtingvrije bekostigingssystematiek dan zal recht moeten worden gedaan aan een aantal uit de Grondwet voortvloeiende positieve verplichtingen met betrekking tot (de totstandkoming van) het aanbod. Daartoe behoort onder andere de verplichting om de basale pluriformiteit van het onderwijsaanbod te garanderen. Ook zal meer ruimte moeten worden geschapen voor concurrerende bekostigingsaanvragen. Dat kan bijvoorbeeld door in de sectorwetten een grondslag te creëren voor het opstellen van verdelingscriteria.

VII

Modaliteiten van regulering

In dit hoofdstuk wordt het grondrechtelijk kader zoals dat uit de voorgaande hoofdstukken voortvloeit, toegepast op vier modaliteiten van regulering van de vrijheid van stichting. Aan de hand van deze voorbeelden wordt geïllustreerd hoe de vrijheid van stichting in specifieke situaties uitwerkt.

7.1 De uitbreiding van het toezicht

De afgelopen decennia is er steeds meer aandacht gekomen voor de kwaliteit van het onderwijs. Daarbij wordt door de samenleving nadrukkelijk naar de overheid gekeken als degene die de kwaliteit van onderwijs moet waarborgen.¹

Het toezicht op het bekostigd onderwijs spitste zich aanvankelijk uitsluitend toe op situaties waarin daadwerkelijk onderwijs werd gegeven in de zin van artikel 23 lid 2 Grondwet. Enkele incidenten, waarbij scholen al snel na opening de deuren weer moesten sluiten, zorgden er echter voor dat het moment waarop het overheidstoezicht een aanvang nam steeds vroeger kwam te liggen.² Niet ‘het geven van onderwijs’, maar het ontstaan van de bekostigingsrelatie vormde het startpunt van het overheidstoezicht.³

In het conceptwetsvoorstel ‘Meer ruimte voor nieuwe scholen’, dat eind 2016 voor advies naar de Raad van State is gestuurd, wordt voorgesteld de sfeer van het overheidstoezicht zelfs tot de fase voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing uit te breiden. De Inspectie zou zich een oordeel moeten gaan vormen over de te verwachten onderwijskwaliteit van een nieuw te bekostigen school.

In het conceptwetsvoorstel worden geen nieuwe op de bekostigingsaanvraag toegesneden deugdelijkheidseisen geïntroduceerd. Het conceptwetsvoorstel beoogt uitsluitend een wettelijke grondslag te creëren voor een beoordeling van de

1 Vgl. Inspectie 2006, p. 13. Ook de Onderwijsraad wijst op een toegenomen kritische houding bij ouders, hetgeen volgens de Onderwijsraad onder meer afgeleid kan worden uit de groei van het aantal huiswerkinstituten en de roep om vrije schoolkeuze; Onderwijsraad 2012a, p. 12-13. In deze zin ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 2, 8; *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 1: “toezicht vervult een maatschappelijke functie”.

2 Dat gold in het bijzonder voor slechte ervaringen met het evangelisch en islamitisch onderwijs. Zie de aanwijzing die staatssecretaris Dekker gaf aan het bestuur van de Stichting voor Evangelische Scholen: *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 205. Ook de in de het eerste hoofdstuk reeds gememoreerde zorgen over de door SIO te leveren kwaliteit zorgden voor overheidsinmenging in het stichtingsproces: *Kamerstukken II* 2015/16, 31289, nr. 267.

3 *Kamerstukken II* 2009/10, 32007, nr. 6, p. 1.

bekostigingsaanvraag in het licht van de reeds in de sectorwetten opgenomen deugdelijkheidseisen.⁴

In beginsel staat artikel 23 Grondwet niet in de weg aan het stellen van dergelijke bekostigingsvoorwaarden. Reeds in hoofdstuk 6 bleek dat het ook op dit moment mogelijk is om op grond van de Awb-subsidietitel bekostiging te weigeren met als argument, dat de school niet zal (kunnen) voldoen aan alle wettelijk verankerde deugdelijkheidseisen. Een probleem in de toepassing van de Awb-subsidietitel is echter vaak het gebrek aan informatie. Daarom wordt in ‘Meer ruimte voor nieuwe scholen’ aan stichtingsinitiatieven een verplichting opgelegd in een startdocument te beschrijven hoe zij denken te gaan voldoen aan een aantal in het conceptwetsvoorstel aangewezen deugdelijkheidseisen.⁵

Voor sommige van de in de sectorwetten opgenomen deugdelijkheidseisen is een dergelijke, aan de bekostigingsbeslissing voorafgaande kwaliteitstoets goed voorstelbaar. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan deugdelijkheidseisen met een formeel karakter. Dit zijn vaak deugdelijkheidseisen die de kwaliteit van het onderwijs op indirecte wijze beogen te waarborgen. Als voorbeeld kan worden gewezen op artikel 12 WPO. Deze bepaling schrijft voor dat scholen in het bezit moeten zijn van een schoolplan waarin onder andere een beschrijving is opgenomen van het door de school te voeren onderwijskundig beleid. Deze deugdelijkheidseis bevat een digitale verplichting. Een school voldoet aan artikel 12 WPO, of de school voldoet er niet aan. Daar komt bij dat dergelijke verplichtingen zodanig zijn geformuleerd, dat voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing al kan worden beoordeeld of de school aan deze verplichting voldoet. Toetsing aan deze voorwaarde, voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing, verschilt in essentie niet van toetsing op het moment dat de school daadwerkelijk haar deuren heeft geopend. Zij komt er slechts op neer dat het bevoegd gezag eerder aan de voorwaarde moet voldoen. Wel kan natuurlijk de vraag worden opgeworpen of toetsing aan bepalingen als artikel 12 WPO een voorspellende waarde heeft voor de kwaliteit van het toekomstig onderwijs. Het antwoord op die vraag komt in beginsel echter aan de wetgever toe. De wetgever is dan ook vrij om dergelijke verplichtingen op te leggen.

Problematischer is de toetsing aan materiële deugdelijkheidseisen, voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing. Dit zijn deugdelijkheidseisen die primair betrekking hebben op het onderwijsproces als zodanig en daarnaast ook geschreven zijn om op dat proces te worden toegepast. In het conceptwetsvoorstel ‘Meer ruimte voor nieuwe scholen’ wordt evenwel ook de bevoegdheid verleend om bekostigingsaanvragen op grond van dit soort deugdelijkheidseisen te beoordelen. Het bevoegd gezag dat een bekostigingsaanvraag indient, wordt – als het conceptwetsvoorstel wet wordt – ertoe verplicht uit te leggen hoe het denkt te gaan voldoen aan de burgerschapsverplichting uit artikel 8 WPO.⁶

4 Art. 74 lid 2 onderdeel b aanhef WPO (nieuw); MRvNS 2016, p. 35.

5 MRvNS 2016, p. 31.

6 Zie over deze verplichting reeds par. 6.7.2.

De toetsing aan dit soort materiële deugdelijkheidseisen draagt het risico in zich dat zij al snel resulteert in de toetsing van een papieren werkelijkheid. Anders dan bij formele deugdelijkheidseisen is bij materiële deugdelijkheidseisen voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing niet vast te stellen of een school op het moment dat de deuren opengaan ook aan die eis zal voldoen. Zulke deugdelijkheidseisen zijn namelijk zo vormgegeven dat uitsluitend in een onderwijssituatie met zekerheid kan worden vastgesteld of aan de deugdelijkheidseis zal worden voldaan.

Het lijkt veilig aan te nemen dat het bevoegd gezag dat een bekostigingsaanvraag indient, in de meeste gevallen geneigd zal zijn informatie te verstrekken waaruit de conclusie volgt dat de school in de toekomst aan alle wettelijk voorgeschreven deugdelijkheidseisen zal voldoen. Een dergelijke praktijk zou de voor spellende waarde van deze vorm van ex ante kwaliteitstoetsing onder druk zetten.⁷ Dit gevaar lijkt in het bijzonder te bestaan voor de materiële deugdelijkheidseisen.

Om te voorkomen dat de toetsing aan deugdelijkheidseisen voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing geen reële betekenis heeft, wordt de Inspectie in 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' belast met de beoordeling van de bekostigingsaanvraag. Om zich een beeld te kunnen vormen over het realiteitsgehalte van de bekostigingsaanvraag zou zij het bevoegd gezag moeten uitnodigen voor een gesprek.⁸ De uitkomsten van dat gesprek kunnen dan volgens de toelichting bij het conceptwetvoorstel met zich brengen, dat een bekostigingsaanvraag die op papier aan de wettelijke eisen voldoet toch wordt afgewezen.⁹

Een belangrijk bezwaar tegen deze procedure is dat zij op gespannen voet staat met artikel 23 lid 7 Grondwet. Artikel 23 lid 7 Grondwet kent namelijk een grote waarde toe aan de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Beide beginselen komen onder andere tot uitdrukking in het primaat van de wetgever.¹⁰ Dat primaat brengt met zich dat de wetgever op het niveau van de wet in formele zin een conflict tussen verschillende concepties van goed onderwijs moet beslechten. Daarnaast wordt op deze wijze de gelijke behandeling tussen openbaar en bijzonder onderwijs verzekerd. Zo vormen het rechtsgelijkheids- en rechtzekerheidsbeginsel niet alleen een uitdrukking van het grondrechtelijke karakter van artikel 23 Grondwet, maar ook van de pacificerende functie van deze bepaling.

Uit het voorgaande volgt dat artikel 23 lid 7 Grondwet in de weg staat aan zeer ruime discretionaire uitvoeringsbevoegdheden. Uit de wet moet voldoende duidelijkheid kunnen worden verkregen over de voorwaarden waaraan een school moet voldoen om bekostiging te kunnen ontvangen. Te ruime beoordelings- en beleidsvrijheid past niet bij deze eis van objectiviteit.¹¹ De in het conceptwetvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' voor de Inspectie opgenomen bevoegdheid om

7 Laemers, Philipsen en Zoontjens 2016, p. 24.

8 In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de inspectie een bevoegdheid daartoe kan ontlenen aan de Awb, MRvNS 2016, p. 31. Die bevoegdheid bestaat evenwel niet. Er zal een aparte wettelijke grondslag voor een dergelijk gesprek moeten worden geschapen.

9 MRvNS 2016, p. 31-32; Laemers, Philipsen en Zoontjens 2016, p. 25.

10 Zie meer uitvoerig par. 4.3.2.

11 Zie ook Mentink 2004, p. 229-230; in gelijke zin Onderwijsraad 2010a, p. 21.

voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing te toetsen aan materiële bekostigingsvoorwaarden biedt een dergelijke te ruime beleidsvrijheid.

In hoofdstuk 4 bleek dat op zichzelf niets in de weg staat aan een kwaliteitstoetsing die voorafgaat aan de bekostigingsbeslissing. Daarbij dienen de door artikel 23 lid 7 Grondwet geboden kaders echter wel in acht genomen te worden. Veel beter ware het dan ook geweest om in het conceptwetsvoorstel nieuwe deugdelijkheidseisen te introduceren. Het zou daarbij moeten gaan om voldoende strak omliggende deugdelijkheidseisen, die toepasbaar zijn op de situatie voorafgaand aan de bekostigingsbeslissing en die voorspellende waarde hebben voor de toekomstige kwaliteit van de school.

7.2 Rechtsstatelijkheidseisen

Een bijzondere modaliteit van de aan de bekostigingsbeslissing voorafgaande kwaliteitstoets is de toets op rechtsstatelijkheid. In zijn advies ‘Artikel 23 in maatschappelijk perspectief’ pleitte de Onderwijsraad voor invoering van een dergelijke toets. Daarbij zou beoordeeld moeten worden “of het onderwijs aan de te stichten bijzondere school past binnen de uitgangspunten van de rechtsstaat en de democratische rechtsorde.”¹² De hoogleraren Onderwijsrecht kwamen eerder met een gelijkkluidend pleidooi.¹³

Deze pleidooien sluiten aan bij het grote belang dat aan het onderwijs wordt toegekend bij het bewaken en bevorderen van de ‘democratische waarde.’ Ook veel internationaalrechtelijke normen onderschrijven de waarde van onderwijs voor de democratie. In ons land is sinds de centralisatie van het onderwijs erkend dat het onderwijs een belangrijke rol kan spelen bij het bevorderen van de notie van burgerschap, die nauw verbonden is aan de idee van rechtsstatelijkheid in de hiervoor bedoelde zin. Op grond van deze ontstaansgeschiedenis zou zelfs betoogd kunnen worden dat aan hen die een evident antirechtsstatelijk gebruik van de vrijheid van onderwijs voorstaan, geen beroep op de vrijheid van onderwijs kan toekomen. Uit de aard van het grondwettelijk beschermde onderwijsproces zou volgen dat dergelijke handelingen nooit als onderwijs in de zin van artikel 23 Grondwet kunnen kwalificeren.¹⁴ Duidelijk is in ieder geval dat de vrijheid van stichting geen vrijbrief biedt om scholen op te richten en onderwijs te geven op basis van evident antidemocratisch gedachtegoed.¹⁵

Overigens lijkt een aanvullende rechtsstatelijkheidstoets voor evident antidemocratische scholen niet nodig. Ook op basis van de huidige bekostigingsregeling kan aan dergelijke scholen de bekostiging worden onthouden. Zij zullen immers niet kunnen voldoen aan een groot aantal deugdelijkheidseisen. Om diezelfde reden zal een dergelijke school ook niet erkend worden als school in de zin van de Leerplichtwet.

12 Onderwijsraad 2012a, p. 47-48.

13 Huisman e.a. 2011, p. 56; later herhaald in Laemers en Zoontjens 2016, p. 56; zie ook: Laemers, Philipsen en Zoontjens 2016, p. 29.

14 Zie par. 3.9.2.

15 Zie in dit kader art. 18 Grundgesetz; De Morree 2016, p. 197.

Het pleidooi voor invoering van een rechtsstatelijkheidstoets lijkt echter niet te steunen op de wens op te kunnen treden tegen scholen die een evident anti-democratisch karakter hebben. Ook scholen waarvan dat karakter niet helder vaststaat, maar waarbij wel zorgen bestaan omtrent de rechtsstatelijkheid, zouden op basis van deze toets niet voor bekostiging in aanmerking moeten kunnen komen. Daarbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de pro-IS-uitlatingen die de bestuurssecretaris van SIO deed.¹⁶

Het is echter zeer moeilijk om binnen de in de vorige paragraaf uiteengezette kaders op het niveau van de sectorwet een dergelijke rechtsstatelijkheidstoets vast te leggen in een voldoende duidelijke en objectieve bekostigingsvoorwaarde. Daartoe zal onder andere overeenstemming moeten worden bereikt over de vraag wat geldt als antirechtsstatelijke ideeën en handelingen. Dat is moeilijk omdat het begrip rechtsstatelijkheid, evenals het begrip burgerschap, een welhaast ongrijpbare inhoud heeft. In abstracto zullen velen zich achter een deugdelijkheidseis die de rechtsstatelijkheid waarborgt kunnen scharen, maar veel moeilijker wordt het als de vraag opkomt op welke wijze in concreto aan een dergelijke verplichting vorm moet worden gegeven. Wat betekent het handhaven van rechtsstatelijkheid op het niveau van de school? In concreto is het veelal ondoenlijk een gemeenschappelijke deler te ontdekken in de opvattingen over rechtsstatelijkheid. Rechtsstatelijkheid is in die zin een *essentially contested concept*.¹⁷

Het voorgaande kan geïllustreerd worden aan de hand van het pleidooi van Laemers en Zoontjens voor een rechtsstatelijkheidstoets. Volgens hen is invoering van een rechtsstatelijkheidstoets noodzakelijk, omdat de overheid de voorwaarden moet scheppen voor onderwijs dat zich richt op het bijbrengen van eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en voor de in het Handvest van de Verenigde Naties vastgelegde beginselen.¹⁸ Deze verplichting vloeit onder andere voort uit artikel 29 lid 1 IVRK.¹⁹ Volgens Laemers en Zoontjens zou de overheid op grond van deze verplichtingen ook abjecte en discriminatoire opvattingen moeten bestrijden. Zelfs met deze nadere inkleuring van de rechtsstatelijkheidstoets blijft echter nog veel onduidelijk.

In ieder geval zal de in artikel 23 lid 5 Grondwet beschermde vrijheid van richting in een aantal gevallen in de weg staan aan een verbod ten aanzien van alle discriminatoire opvattingen. Sommige van die opvattingen zullen immers door de vrijheid van richting en daarmee nauw verbonden vrijheid van godsdienst beschermd worden. Een eerste probleem bij de invoering van een rechtsstatelijkheidsstoets is dan ook, dat ervoor gezorgd moet worden dat op het niveau van de WPO een voldoende heldere definiëring plaatsvindt van wat geldt als rechtsstatelijk of antirechtsstatelijk handelen.

Niet alleen moet de wetgever beslissen wat heeft te gelden als antirechtsstatelijk handelen, hij zal ook de modaliteit waarin de rechtsstatelijkheidstoets vorm krijgt,

16 Zie par. 1.1.

17 Gallie 1956, p. 167-198.

18 Laemers en Zoontjens 2016, p. 37-38.

19 Vermeulen 2005.

moeten vastleggen. In beginsel komt daarbij aan de wetgever een zeer grote vrijheid toe.²⁰ Daarmee is niet gezegd dat de wetgever daarin volledig vrij is. Problematisch zijn bijvoorbeeld deugdelijkheidseisen waarbij de bekostigingsaanvraag kan worden afgewezen vanwege uitlatingen van personen die nauw bij het stichtingsinitiatief betrokken zijn.²¹ Bij wetgeving tegen dit soort uitlatingen moet niet alleen duidelijkheid worden gegeven over de vraag welke uitlatingen het recht op bekostiging kunnen ontnemen, maar ook over de vraag wie dergelijke uitlatingen kunnen doen en in welke situaties dergelijke uitlatingen gedaan mogen worden. Daarbij kunnen in beginsel alleen uitlatingen aan het stichtingsinitiatief worden toegerekend die zijn gedaan door personen die formeel met het initiatief zijn verbonden.

Op zichzelf zijn rechtsstatelijkheidseisen dus in overeenstemming met artikel 23 lid 2 Grondwet, maar de specifieke vormgeving van deze eisen in de onderwijs-wetgeving roept veel vragen op.

7.3 Schoolstichting en segregatie

In discussies omtrent de toekomst van de multiculturele samenleving werd en wordt met regelmaat naar artikel 23 Grondwet gewezen. Volgens de meest sombere beoordelingen van artikel 23 Grondwet zou deze bepaling in de weg staan aan de volwaardige integratie van immigranten.²² De vrijheid van schoolstichting zou in onze pluriforme samenleving niet langer te handhaven zijn, omdat zij aan minderheden te veel ruimte laat zich terug te trekken in hun eigen scholen.²³ Zij biedt een grondslag voor wat het Bundesverfassungsgericht ooit aanduidde als ‘*Parallelgesellschaften*’.²⁴ Daarmee bestaat het gevaar dat schoolgemeenschappen zich buiten de samenleving plaatsen.²⁵

Aanvankelijk werd vooral segregatie naar etniciteit als een probleem ervaren. Integratie zou gebaat zijn bij voldoende interactie tussen autochtone en allochtone leerlingen.²⁶ Daarbij lijken op de achtergrond – hoewel dat lang niet altijd werd geëxpliciteerd – ook zorgen over segregatie naar religie een belangrijke rol te hebben gespeeld. Die zorgen spitsten zich in het bijzonder toe op islamitische scholen.²⁷

20 Vgl. art. 2:20 BW.

21 Een voorbeeld van deze modaliteit van handhaving van de burgerschapsopdracht in het onderwijs kan worden aangetroffen in: par. 6.7.

22 Onderwijsraad 2002, p. 52.

23 Vermeulen 2001, p. 17-18.

24 Bundesverfassungsgericht 29 april 2003, 1 BvR 436/03.

25 Vermeulen 2003, p. 29-50.

26 Zeldenrijk 2010, p. 20-21.

27 Illustratief is het volgende citaat uit *Kamerstukken II* 2003/04, 29536, nr. 1, p. 12: “Er zijn geen scholen die de achterliggende paar jaar zo intensief gevolgd zijn door de inspectie als de islamitische scholen.” Zie ook Vermeulen 2007, p. 37-49.

De vraag in hoeverre schoolsegregatie daadwerkelijk in de weg staat aan een geslaagde integratie in de samenleving, blijft hier onbesproken.²⁸ Duidelijk is dat segregatie in het onderwijs bestaat. Er zijn scholen waar het merendeel van de kinderen van allochtone afkomst is, net zoals er scholen zijn die geheel uit autochtonen bestaan.

Naast segregatie op basis van etniciteit en godsdienst nemen ook de zorgen omtrent de socio-economische segregatie toe. Hoogopgeleide ouders trekken zich tezamen met hun kinderen steeds vaker terug in eigen scholen. Het opleidingsniveau vormt een (nieuwe) maatschappelijke scheidslijn.

De segregatieproblematiek heeft in het verleden geleid tot voorstellen om de overheid te laten ingrijpen in de samenstelling van de leerlingpopulatie. Deze voorstellen raakten rechtstreeks aan de vrijheid van stichting.²⁹

Begin 2004 kondigde de regering-Balkenende II een maatregel aan die beoogde de vorming van het aantal 'zwarte scholen' te beperken.³⁰ Volgens de toen gangbare definitie was een 'zwarte school' een school waarvan de meerderheid van de leerlingpopulatie bestond uit allochtone achterstandsleerlingen.³¹ Na advies van de Onderwijsraad werd de werkingssfeer van het voorstel verruimd tot alle achterstandsleerlingen.³²

Het voorstel van de regering betekende dat onder andere in de WPO een nieuwe bekostigingsvoorwaarde zou worden opgenomen die zou voorschrijven dat de leerlingpopulatie van een nieuw gestichte school vijf jaar na de schoolstichting voor slechts 80 procent uit achterstandsleerlingen mocht bestaan.³³ Over de consequentie van het niet voldoen aan deze bekostigingsvoorwaarde werd door de regering geen duidelijkheid geschapen. Het meest waarschijnlijke³⁴ is evenwel aan te nemen, dat een school waarvan de leerlingpopulatie na vijf jaar voor meer dan 80 procent uit achterstandsleerlingen zou bestaan haar bekostigingsaanspraak zou verliezen.³⁵

In het licht van de vrijheid van stichting kennen dergelijke voorstellen twee problemen. Ten eerste bestaat het risico dat deze 80/20-maatregel op een indirecte wijze discrimineert naar godsdienst. Dat gevaar bestaat vooral ten aanzien van islamitische scholen die mede vanwege de definitie van het begrip achterstandsleerling, een groot deel van hun leerlingpopulatie uit de groep (islamitische) achterstandsleerlingen betrekken. Deze indirecte discriminatie is niet alleen een probleem in het licht van artikel 1 Grondwet. Ook artikel 23 lid 7 Grondwet staat in

28 De vraag is in hoeverre homogeniteit van een school of een klas leidt toch gebrekkige integratie. Deze zou bijvoorbeeld ook veroorzaakt kunnen worden doordat homogeniteit leidt toch achterstanden, die weer in de weg zouden staan aan een volwaardige integratie. Deze vragen blijven hier echter onbesproken.

29 Vgl. Onderwijsraad 2005.

30 Vgl. motie-Hirsi Ali c.s.: *Kamerstukken II* 2003/04, 29200 VI, nr. 84.

31 Vermeulen 2001, p. 11.

32 Onderwijsraad 2002 p. 57-64; zie zeer uitgebreid: Vermeulen 2001, p. 22-37; vgl. Storimans 2001, p. 135-140.

33 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 536, nr. 1, p. 10; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 536, nr. 3, p. 12-13; Mentink en Vermeulen 2011, p. 56.

34 Vgl. Onderwijsraad 2005, p. 34.

35 Vermeulen en Zootjens 2005, p. 462.

beginsel aan een dergelijke ongelijke behandeling in de weg. De schoolstrijd was immers vooral ingegeven door de wens een einde te maken aan de discriminatie van de overheid op basis van godsdienst bij het reguleren van de toegang tot de onderwijsmarkt en het toekennen van bekostiging. Bij het stellen van nieuwe bekostigingsvoorwaarden mag in beginsel dan ook geen onderscheid worden gemaakt op basis van de godsdienstige grondslag van de school. Dat geldt niet alleen voor direct onderscheid, maar ook voor indirect onderscheid. Voor een dergelijk onderscheid zal in het licht van artikel 23 lid 7 Grondwet zelden een objectieve rechtvaardiging te geven zijn. Dat vloeit voort uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 lid 2 Grondwet. Daarin loopt de gelijkebehandelingsnorm zoals vervat in deze bepaling uiteen met de algemene norm opgenomen in artikel 1 Grondwet.

De rechtvaardiging voor de 80/20-maatregel is de verwachting dat de onderwijseffecten van de maatregel voor alle leerlingen die de school bezoeken positief (zouden kunnen) zijn. Een praktisch probleem bij de beoordeling van de vraag of het onderscheid op deze grond gerechtvaardigd kan worden, is evenwel dat scholen geen middelen bezitten om de vereiste leerlingsamenstelling ook daadwerkelijk te bereiken. Scholen die als gevolg van de plaats waar de school gevestigd is of de religieuze grondslag waarop de school gebaseerd is, niet aan die voorgeschreven verhouding kunnen voldoen, worden door dit soort maatregelen disproportioneel getroffen. Ouders kunnen namelijk niet verplicht worden hun kind te sturen naar een school in een slechte wijk, of naar een school met een onderwijsconcept waar zij niet achter staan. De conclusie moet dan ook luiden dat deze maatregel ongeschikt is om het gewenste doel te bereiken, en dat het onderscheid dat uit deze maatregel voortvloeit reeds daarom niet gerechtvaardigd kan worden.

7.4 De Leerplichtwet 1969

Ingevolge de Leerplichtwet moet ieder kind in Nederland in beginsel naar school. De Leerplichtwet schrijft aan alle ouders voor hun minderjarige kinderen op een school in te schrijven en er zorg voor te dragen dat die kinderen de school ook geregeld bezoeken.³⁶ De invoering van de leerplicht aan het begin van de vorige eeuw maakte duidelijk dat ouders op het gebied van opvoeding niet volledig vrij zijn. Het ouderlijk opvoedingsrecht hield niet de vrijheid in om kinderen verstoken te laten blijven van het (meest) noodzakelijke onderwijs.³⁷

Om als school in de zin van de Leerplichtwet te kunnen worden aangemerkt moeten scholen aan door de overheid voorgeschreven minimale kwaliteitseisen voldoen. Het bekostigd bijzonder onderwijs voldoet daar door de binding aan deugdelijkheidseisen per definitie aan.³⁸ Maar ook het niet-bekostigd onderwijs moet op grond van de Leerplichtwet aan een aantal in deze wet opgesomde minimale kwaliteitseisen voldoen.³⁹ Voor de definitie van deze minimale kwaliteit heeft

36 Sperling 2010, p. 225-228.

37 *Kamerstukken II* 1897/98, 160, nr. 1-3, p. 4.

38 Art. 1 sub b lid 1 Leerplichtwet.

39 Zie in vergelijkbare zin: art. 13 lid 4 IVESC.

de wetgever aansluiting gezocht bij de deugdelijkheidseisen die in de sectorwetten zijn opgenomen.

In het verleden omschreef de Leerplichtwet de voorwaarden waaraan het niet-bekostigd onderwijs moest voldoen slechts in algemene zin.⁴⁰ Een school in de zin van de Leerplichtwet was een school die ten aanzien van de inrichting van het onderwijs en de bevoegdheden van de leraren overeenkwam met bekostigde scholen. Deze criteria moesten in de praktijk per gemeente door de leerplichtambtenaar worden ingekleurd. Dat was onwenselijk omdat de rijksoverheid daarmee onvoldoende grip had op de kwaliteit van het onderwijs. Door de opkomst van het Iederwijs-onderwijs ontstond de wens de kwaliteit van particuliere scholen beter te kunnen garanderen. En dus werd er aansluiting gezocht bij de reeds voor het bekostigd onderwijs nauwkeurig geformuleerde kwaliteitscriteria.

Thans kan een niet-bekostigde school op grond van de Leerplichtwet uitsluitend als school in de zin van die wet worden aangemerkt, als zij voldoet aan de deugdelijkheidseisen die de inhoud van het onderwijs reguleren. Op grond van deze voorschriften is het niet-bekostigd basisonderwijs bijvoorbeeld gebonden aan de kerndoelen. Daarnaast bepaalt de Leerplichtwet dat ook het bevoegd gezag van een niet-bekostigde school “zorg draagt voor de kwaliteit van het onderwijs”.

Handhaving van de Leerplichtwet begint bij artikel 5 WPO. Dit algemeen verbindend voorschrift bepaalt dat het bevoegd gezag van een niet-bekostigde bijzondere school binnen vier weken na de oprichting van de school de minister in kennis stelt van die oprichting. Daarbij moeten onder andere de statuten van de rechtspersoon die de school in stand houdt, worden overgelegd. Deze melding vormt vervolgens de basis voor een advies van de Onderwijsinspectie over de vraag of de school voldoet aan de eisen die de Leerplichtwet stelt.⁴¹ Wanneer de Onderwijsinspectie vaststelt dat een school ten aanzien van de naleving van de kwaliteitscriteria in gebreke blijft, heeft dat vergaande consequenties. De school telt dan immers per definitie niet als school in de zin van de Leerplichtwet. Op de ouders van de leerlingen die aan deze school staan ingeschreven, rust echter onverminderd de plicht hun kinderen naar een door de Leerplichtwet als zodanig erkende school te sturen. De leerplichtambtenaar zal hen daar dan ook op wijzen en hen meedelen dat zij hun kinderen aan een andere school moeten inschrijven. Daarvoor krijgen zij maximaal acht weken respijt. Weigeren de ouders uiteindelijk aan deze krachtens de Leerplichtwet op hen rustende verplichting te voldoen, dan zullen zij strafrechtelijk worden vervolgd.

Strafvervolgning met als ultieme consequentie de oplegging van een sanctie – veelal een boete – blijkt in de praktijk altijd voldoende om te bewerkstelligen dat ouders aan hun wettelijke opdracht gehoorzamen.⁴² De logische consequentie van dit systeem is dan ook dat een school die niet voldoet aan de criteria zoals deze uit de Leerplichtwet voortvloeien, haar leerlingen verliest en uiteindelijk haar deuren zal moeten sluiten.

40 *Kamerstukken II* 2005/06, 30652, nr. 3.

41 Art. 1a1 lid 2 Lpw.

42 Huisman en Mevis 2015.

De Leerplichtwet bevat minimumnormen waar alle scholen in Nederland aan moeten voldoen. Daarmee wordt aan sommige onderwijsmodaliteiten een plek in het onderwijsbestel ontzegd. Voor degene die op basis van deze modaliteit een school zou willen stichten, betekent dat een beperking van de vrijheid van schoolstichting. Dat geldt op de eerste plaats voor thuisonderwijs, maar ook voor onderwijsvormen waarbij vanuit pedagogisch perspectief bezwaren bestaan tegen de kerndoelen als zodanig.⁴³ De omstandigheid dat de Leerplichtwet het niet-bekostigd onderwijs niet rechtstreeks adresseert, maar zich richt tot de ouders van de leerplichtige kinderen, doet aan deze conclusie niet af. De vraag of een grondrecht wordt beperkt, wordt beantwoord naar het effect en niet door de adressant van de maatregel.⁴⁴ Als de maatregel raakt aan een grondrechtelijk beschermd belang, is in beginsel van een beperking van het grondrecht sprake. Dat geldt in het bijzonder als de maatregel ook met het oog op beperking van het grondrechtelijk beschermde belang is opgesteld.⁴⁵ De wetgever heeft ook erkend dat de Leerplichtwet rechtstreeks is gebaseerd op de toezichtgrondslag in artikel 23 lid 2 Grondwet.⁴⁶ Deze bepaling geeft de wetgever in beginsel de bevoegdheid om beperkingen op te leggen aan de vrijheid van onderwijs van het niet-bekostigd onderwijs. Die beperkingen dienen evenwel het resultaat te zijn van een evenwichtig proces van accommodatie.

Van de in de Leerplichtwet verankerde kwaliteitseisen kan niet worden gezegd dat zij resulteren in een schending van artikel 23 Grondwet of de vrijheid van stichting als onderdeel daarvan. Dergelijke minimumkwaliteitseisen laten in beginsel voldoende ruimte aan een pluriformiteit van visies op goed onderwijs. Daarnaast zijn zij noodzakelijk ter bescherming van de rechten van de kinderen, een belang waarvoor de wetgever op grond van artikel 23 Grondwet ook dient op te komen.

Hetzelfde moet gezegd worden over het uit de Leerplichtwet voortvloeiende verbod om thuisonderwijs te geven. Artikel 23 Grondwet biedt ouders niet de vrijheid hun kinderen aan het door de overheid gereguleerde onderwijsbestel te onttrekken.⁴⁷ De belangen van de leerlingen kunnen een beperking naar locatie waar onderwijs gevolgd moet worden, rechtvaardigen.⁴⁸

7.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is een viertal modaliteiten van regulering van de stichtingsvrijheid besproken. Met betrekking tot de voorstellen die beogen de reikwijdte van het toezicht op het bekostigd onderwijs tot de fase van schoolstichting te doen uitstrekken, geldt dat hier al snel spanning optreedt met de door artikel 23 lid 7 Grondwet vereiste rechtszekerheid. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van de rechtsstatelijkheidstoets. Een dergelijke toets gaat naar alle waarschijnlijkheid

43 Bekend in dit kader zijn de bezwaren van het vrije onderwijs tegen de kerndoelen: Van Houten 1995.

44 Vgl. Burkens 1971, p. 23.

45 Sperling 2010.

46 *Kamerstukken II* 2005/06, 30652, nr. 3, p. 3.

47 Anders: Sperling 2007, p. 29-39.

48 Vgl. ABRvS 15 augustus 2012; *Gst* 2013, 10 m.nt. Huisman.

gepaard met zeer ruime uitvoeringsbevoegdheden en dat is niet verenigbaar met artikel 23 Grondwet. Op zichzelf is er evenwel niets tegen een aan de bekostigingsbeslissing voorafgaande kwaliteitstoets, maar die toets moet dan wel op het niveau van de wet in formele zin voldoende omlijnd zijn.

De Leerplichtwet biedt een goede illustratie van regulering van de stichtingsvrijheid van het niet-bekostigde onderwijs. Op grond van de Leerplichtwet wordt aan sommige scholen de facto een plaats in het onderwijsbestel ontzegd. Tegelijkertijd moet worden geconcludeerd dat binnen de grenzen die de Leerplichtwet stelt nog voldoende ruimte overblijft voor een grote variatie aan stichtingsmodaliteiten. De Leerplichtwet kan in dat kader worden beschouwd als een goede illustratie van het proces van accommoderen dat op grond van artikel 23 Grondwet plaats moet vinden.

Het hiervoor besproken voorstel ter bestrijding van de segregatie (de 80/20-maatregel) laat zien dat de vrijheid van stichting niet uitsluitend wordt gediend door artikel 23 Grondwet. Ook andere grondrechten kunnen onder omstandigheden bijdragen aan de bescherming van de stichtingsvrijheid.

VIII

Conclusie

In dit hoofdstuk zullen de in het eerste hoofdstuk gepresenteerde deelvragen worden beantwoord. Daarbij zullen de belangrijkste conclusies uit de voorafgaande hoofdstukken worden samengevat. Tezamen zullen deze antwoorden en conclusies leiden tot de beantwoording van de volgende hoofdvraag:

Wat is de reikwijdte van de vrijheid van stichting zoals gewaarborgd door artikel 23 lid 2 Grondwet, mede gezien in het licht van internationale verdragen?

Aanleiding

De vrijheid van onderwijs wordt gewoonlijk onderscheiden in drie deelvrijheden: de vrijheid van stichting, van richting en van inrichting. Dit onderzoek was ingegeven door de constatering dat tot op heden veel onduidelijkheid bestond over de aard en de inhoud van de vrijheid van stichting. Die onduidelijkheid kwam onder andere naar voren tijdens pogingen het bekostigingsstelsel te herzien.

De afgelopen kwart eeuw is verschillende malen geprobeerd een bekostigingsstelsel in te voeren waarin de richting van de school geen rol meer speelt bij de bekostigingsbeslissing. In discussies omtrent de noodzaak en juridische toelaatbaarheid van een dergelijke herziening worden de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van schoolstichting veelvuldig in stelling gebracht. Aan dit onderzoek ligt dan ook mede de wens ten grondslag om het nog altijd voortdurende debat over de herziening van de regels die de aanvang van de bekostiging reguleren, door middel van een beter begrip van de inhoud van de vrijheid van stichting vooruit te helpen.

Ter beantwoording van de hiervoor gepresenteerde hoofdvraag is in kaart gebracht hoeveel ruimte de overheid heeft bij het reguleren van de stichting van scholen. Ook voor dit onderzoek vormden de bewoordingen waarin het grondrecht is gesteld het startpunt. De context waarbinnen deze bewoordingen werden geïnterpreteerd, werd verschaft door de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 Grondwet. De eerste deelvraag die derhalve in dit onderzoek is beantwoord luidt:

Wat is de historische context waarin de vrijheid van stichting in de Grondwet werd opgenomen?

De geschiedenis van de vrijheid van onderwijs valt in twee delen uiteen. Het eerste kwam aan bod in hoofdstuk 2. Het tweede deel kreeg een plaats in hoofdstuk 3.

Het eerste deel van de geschiedenis van de vrijheid van onderwijs ving aan met de centralisatie van het onderwijs ten tijde van de Bataafse Republiek. Met de geboorte van de Bataafse Republiek werden de verschillende gewesten die tot dat moment de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden hadden gevormd, onder centraal gezag verenigd. In het proces van staatsvorming dat toen op gang kwam, speelde het onderwijs een belangrijke rol. Het onderwijs moest bijdragen aan de vorming van deugdzaame staatsburgers. Door verheffing van de volksklasse moest het zedelijk verval worden tegengaan dat als een belangrijke oorzaak van de slechte economische situatie in de Bataafse Republiek werd beschouwd.

Voor de inkleuring van de zo belangrijk geachte deugdzaamheid werd teruggegrepen op een rationalistisch protestantisme dat ontdaan was van al te veel leerstelling. De daaraan ontleende moraal lag aan het gehele onderwijs ten grondslag en werd op verschillende manieren gehandhaafd. Zo werd onder andere gebruik gemaakt van boekenlijsten. Daarnaast werd de oprichting van nieuwe scholen door de overheid sterk gereguleerd door middel van een vergunningstelsel. Een ieder die een school wilde oprichten moest daartoe een van overheidswege verleende vergunning bezitten.

In de eerste decennia van het Koninkrijk der Nederlanden bleef het onderwijs nadrukkelijk een instrument voor burgerschapsvorming en het bevorderen van economische voorspoed. De Grondwet 1815 bevestigde dit uitgangspunt door het voor een ieder toegankelijke onderwijs tot voorwerp van aanhoudende zorg van de regering te verklaren. De politiek van strenge overheidscontrole op het karakter van het onderwijs werd in het Koninkrijk voortgezet. Deze politiek leidde vooral bij de katholieken in de Zuidelijke Nederlanden tot veel weerstand. Later voegden zich daar ook de orthodox-protestanten in het Noorden bij. Aan katholieken en orthodox-protestanten werd veelvuldig de mogelijkheid van schoolstichting ontzegd.

Deze situatie wakkerde de strijd voor de vrijheid van onderwijs aan. Die strijd werd beslecht met de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs in 1848 en de wettelijke verankering van die vrijheid in de Schoolwet 1857. Het belang van de grondwettelijke erkenning van de vrijheid van onderwijs is vooral daarin gelegen dat zij het onderwijs aan het exclusieve domein van de overheid onttrok. Tot omstreeks 1848 bestond er in Nederland een duidelijke scheiding tussen de private sfeer waarin burgers een grote mate van vrijheid hadden en de publieke sfeer die volledig door de overheid werd beheerst. Het onderwijs werd door de Grondwet 1815 tot de publieke sfeer gerekend. Met de grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs kregen (school)gemeenschappen de vrijheid om een eigen visie op goed onderwijs te verwezenlijken.

De grondwettelijke verankering van de vrijheid van onderwijs bracht echter niet de volledig gelijkwaardige behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs. De overheid respecteerde in het vervolg de godsdienstige opvattingen van ouders, maar de overheidszorg ging uitsluitend uit naar het openbaar onderwijs. Ten aanzien van het bijzonder onderwijs garandeerde de overheid middels het toezicht en

door het stellen van bekwaamheidseisen en zedelijkheidseisen een zekere minimumkwaliteit.

Het openbaar onderwijs moest daarnaast niet alleen als veilige haven dienen voor ouders die niets zagen in het bijzonder onderwijs, maar vooral ook de concurrentie met het bijzonder onderwijs aangaan om zoveel mogelijk ouders te verleiden hun kinderen op een openbare school in te schrijven. Deze concurrentiestrijd en de wettelijk voorgeschreven kwaliteitsverbetering van het openbaar onderwijs resulteerden in toenemende kosten voor het bijzonder onderwijs. Ouders die kozen voor het bijzonder onderwijs werden daardoor geconfronteerd met hoge schoolgelden. Door voorstanders van het bijzonder onderwijs werd dan ook gepleit voor financiële ondersteuning van het bijzonder onderwijs door de overheid. Ook zij betaalden immers belasting en hadden dus ook recht op kwalitatief goed onderwijs tegen een redelijke prijs.

Uiteindelijk zag de financiële gelijkstelling in 1917 het licht. Daaraan ging een verandering in het denken over de scheiding van kerk en staat vooraf. Niet langer werd de scheiding van kerk en staat aangevoerd als argument om het bijzonder onderwijs niet te bekostigen.

Met de financiële gelijkstelling veranderde ook het karakter van de vrijheid van onderwijs ingrijpend. De financiële gelijkstelling plaatste openbaar en bijzonder onderwijs naast elkaar. Zij zouden in het vervolg binnen één onderwijsbestel samen vormgeven aan het volksonderwijs. Ook het bijzonder onderwijs werd daarmee dienstbaar aan het algemeen belang. Daarbij ging de overheid steeds nadrukkelijker een rol spelen in het garanderen van de rechten van leerlingen. Onderwijs werd in de aanloop naar de financiële gelijkstelling steeds meer beschouwd als een recht dat aan individuele leerlingen toekomt. Op dit punt is de financiële gelijkstelling nauw verbonden met de invoering van de leerplicht in ons land. Kinderen hebben een zelfstandige aanspraak op onderwijs van voldoende kwaliteit. Het onderwijs werd een basisvoorziening.

De belangrijkste consequentie van de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs was, dat de zorg van de overheid zich voortaan ook over het bijzonder onderwijs zou uitstrekken. Niet alleen het bekostigd, maar ook het niet-bekostigd bijzonder onderwijs viel in het vervolg onder de zorg van de overheid. Alleen zo kon worden verzekerd dat zij de doelen die met het volksonderwijs gediend moesten worden, zou bereiken. Zeer nadrukkelijk blijkt deze fundamentele wijziging in het karakter van de vrijheid van onderwijs uit de in artikel 23 lid 6 Grondwet verankerde verplichting om een gelijkwaardige deugdelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs te garanderen.

Een karakterisering van artikel 23 Grondwet

In hoofdstuk 4 bleek dat de vrijheid van onderwijs geen regulier klassiek grondrecht is. Het belangrijkste kenmerk van klassieke grondrechten in de liberaal-rechtsstatelijke visie op grondrechtelijke bescherming is, dat zij een bepaald handelingsterrein ten principale van overheidsinmenging afschermen. Belangen die onder de reikwijdte van een klassiek grondrecht vallen moeten door de overheid in beginsel

met rust worden gelaten. Een tweede uitgangspunt is dat een burger bij de uitoefening van zijn vrijheid niet aan een bepaald doel gebonden is. Sinds de financiële gelijkstelling voldoet de vrijheid van onderwijs niet meer aan deze definitie. Veeleer is sprake van een grondrecht *sui generis*.

De vrijheid van onderwijs biedt de overheid ruimte een eigen visie op het grondrechtelijk beschermde ideaal van goed onderwijs te verwezenlijken. Hoewel alle klassieke grondrechten tot een (objectief) ideaal kunnen worden teruggebracht, kunnen deze grondrechten niet op basis van een door de overheid gehanteerde eigen visie op het grondrechtelijk beschermde ideaal beperkt worden. De mogelijkheid om een eigen invulling aan het grondrechtelijk beschermde ideaal te geven, vormt juist de kern van de grondrechtelijke bescherming. Dat betekent niet dat andere grondrechten niet beperkt kunnen worden, maar die beperking steunt altijd op de verwezenlijking van een belang dat duidelijk van het grondrechtelijk beschermde belang te onderscheiden is.

De vrijheid van onderwijs biedt op hetzelfde moment ruimte aan verschillende (niet zelden conflicterende) concepties van hetzelfde ideaal van goed onderwijs. Aan artikel 23 Grondwet ligt een pluriformiteitsidee ten grondslag. De grondwetgever erkende verschillende belanghebbenden bij het onderwijs en het bestaansrecht van hun visie op goed onderwijs. Dat uitgangspunt legt aan de wetgever de verplichting op om de verschillende concepties van goed onderwijs zoveel als mogelijk met elkaar te verenigen. Daarbij moet het uitgangspunt zijn, te komen tot wetgeving die de meest rechtvaardige accommodatie vormt van de verschillende visies op goed onderwijs.

Het *sui generis*-karakter van artikel 23 Grondwet laat zich niet verklaren door de interactie tussen klassieke en sociale grondrechten. Sociale grondrechten die verbonden zijn aan klassieke grondrechten hebben gewoonlijk immers als functie de uitoefening van het klassieke grondrecht te faciliteren. Daarbij moet de overheid de uitoefening van het klassieke grondrecht zoveel mogelijk ongemoeid laten. Sociale grondrechten beogen niet een bevoegdheid aan de overheid te verlenen een ingrijpende rol te spelen bij de vormgeving van het klassieke grondrecht.

Naast de vrijheid van onderwijs als grondrecht *sui generis* beschermt artikel 23 Grondwet de vrijheid van richting wel als een regulier klassiek grondrecht. Daarnaast wordt door artikel 23 lid 7 Grondwet ook bescherming geboden aan het recht op bekostiging als sociaal grondrecht.

In hoeverre beschermt de vrijheid van stichting tegen het instellen van een vergunningstelsel?

De grondwettelijke verankering van de onderwijsvrijheid wordt vaak beschouwd als een reactie op het vergunningstelsel dat in Nederland op grond van de Bataafse Schoolwet 1806 lange tijd de oprichting van scholen heeft gereguleerd. Om die reden wordt de vrijheid van stichting met regelmaat gelijkgesteld aan het bestaan van een vergunningverbod.

Er worden aan de term 'vergunningverbod' verschillende definities gegeven. Voor zover met dat vergunningverbod een verbod op het invoeren van een geheel vergunningstelsel is bedoeld, kan dit inderdaad uit artikel 23 Grondwet worden afgeleid. Voor zover evenwel bedoeld is te zeggen dat geen enkele beperking op de vrijheid van stichting toelaatbaar is, volgt dit niet uit artikel 23 Grondwet. Voor een dergelijke bijna absolute bescherming bestaan geen overtuigende argumenten.

De vrijheid van stichting staat uitsluitend in de weg aan de invoering van een algemeen vergunningstelsel. Een dergelijk vergunningstelsel zou met zich brengen dat iedereen die van de vrijheid van onderwijs gebruik wil maken daarvoor toestemming nodig heeft van de overheid. Dit was het vergunningstelsel zoals dat ten tijde van de Schoolwet 1806 fungeerde. Een vergunning moet daarbij worden gedefinieerd als een rechtscheppende beschikking. Toegepast op het onderwijs zou de verkrijging van een vergunning bij een algemeen vergunningstelsel de rechtgebende van een situatie waarin geen recht bestaat om onderwijs te verrichten, in een situatie brengen waarin dat recht wel bestaat. Een dergelijk stelsel zou iedere betekenis aan de vrijheid van onderwijs ontnemen. Grondrechtelijke bescherming is niet bedoeld en niet noodzakelijk voor situaties waarin de overheid bereid is toestemming te verlenen voor de uitoefening van het grondrechtelijk beschermde belang. Daar doet het sui generis karakter van de vrijheid van onderwijs niets aan af. Een geheel vergunningstelsel zou het onderwijs weer volledig binnen het domein van de overheid plaatsen.

Vergunningstelsels die slechts voor bepaalde modaliteiten van schoolstichting toestemming van de overheid vereisen, dan wel bepaalde modaliteiten in het geheel verbieden, zijn echter niet op zichzelf onverenigbaar met artikel 23 Grondwet en de daaruit af te leiden vrijheid van stichting. Daarbij kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de in hoofdstuk 7 besproken Leerplichtwet, die het oprichten en in stand houden van een school in een huiselijke kring niet toestaat. Die beperking is zonder meer verenigbaar met de vrijheid van onderwijs.

Aan de vrijheid van stichting komt, buiten het verbod op de herinvoering van een geheel vergunningstelsel, geen bijzondere bescherming toe. De erkenning van de vrijheid van stichting beoogt slechts duidelijk te maken, dat de door artikel 23 Grondwet geboden bescherming zich ook uitstrekt tot de fase waarin met het geven van onderwijs in de zin van artikel 23 lid 2 Grondwet nog geen aanvang is gemaakt. Daarmee biedt de vrijheid van stichting een gelijkwaardige bescherming als de vrijheid van inrichting. De vrijheid van stichting maakt in die zin alleen duidelijk dat de door de vrijheid van onderwijs geboden bescherming zich ook uitstrekt tot de fase die in letterlijke zin nog niet als het geven van onderwijs in de zin van artikel 23 lid 2 Grondwet kan worden aangeduid.

Aan wie komt de vrijheid van stichting toe?

In de nog altijd geldende interpretatie komt de vrijheid van stichting evenals de vrijheid van onderwijs toe aan de onderwijsverstrekker. Ook, en misschien wel juist, de vrijheid van stichting is in deze zin te beschouwen als een producentenvrij-

heid. Tegen deze interpretatie kunnen een aantal bezwaren worden ingebracht. Een eerste bezwaar is dat deze interpretatie het gevaar met zich brengt dat de belangen van ouders en leerlingen onvoldoende gewicht krijgen bij de regulering van de onderwijsvrijheid. Daarom wordt in de onderwijsrechtelijke literatuur wel erkend dat de vrijheid van onderwijs een dubbele grondslag heeft. Die dubbele grondslag uit zich in het bijzonder in de vooronderstelling, dat de belangen van ouders en leerlingen worden gediend doordat aan de onderwijsverstrekker de vrijheid van onderwijs toekomt. In de uitoefening van de vrijheid van onderwijs zouden de belangen van onderwijsverstrekker, ouders en leerlingen parallel lopen. Deze interpretatie veronderstelt een zekere homogeniteit binnen de samenleving die vandaag de dag vaak niet meer opgaat.

In hoofdstuk 4 is betoogd dat het veel beter zou zijn om het dragerschap van de vrijheid van onderwijs toe te kennen aan de schoolgemeenschap. De idee van de schoolgemeenschap sluit ook beter aan bij het sui generis-karakter van artikel 23 Grondwet, omdat het tot uitdrukking brengt dat er binnen een school verschillende belanghebbenden zijn die conflicterende visies op goed onderwijs kunnen hebben. De idee van een gemeenschap als drager past ook beter bij de aan artikel 23 lid 2 Grondwet ten grondslag liggende definitie van het begrip onderwijs. Het geven van onderwijs is naar zijn aard tweezijdig. Het onderwijsproces vooronderstelt altijd een gemeenschap van ten minste een onderwijsverstrekker en een onderwijsontvanger. De waarde van de bescherming van de vrijheid van onderwijs schuilt in het bijzonder in de bescherming van die band. Daarnaast ging ook de grondwetgever uit van een zekere gemeenschappelijke afstemming tussen aanbieder en vrager bij de totstandkoming van het onderwijsaanbod. Dat idee van een gemeenschap ligt immers ook ten grondslag aan de hiervoor aangehaalde dubbele grondslag van de vrijheid van onderwijs, maar anders dan bij de aanvaarding van die dubbele grondslag brengt het dragerschap van de schoolgemeenschap niet met zich mee dat alle belanghebbenden bij die gemeenschap eenzelfde visie op goed onderwijs moeten hebben. Daarnaast wordt ook in andere onderwijswetten van het idee van een schoolgemeenschap uitgegaan.

Op welke wijze waarborgt artikel 23 Grondwet de mogelijkheid om de vrijheid van stichting te kunnen verwezenlijken?

In hoofdstuk 6 werd uitgebreid ingegaan op de wettelijke bekostigingssystematiek en de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs. Het kader waarbinnen de bekostigingsregelgeving vorm moet krijgen, wordt bepaald door artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet. De kern van deze bepalingen wordt gevormd door de verplichting om openbaar en bijzonder onderwijs naar dezelfde maatstaf te bekostigen.

Uit artikel 23 lid 7 en lid 6 Grondwet vloeien een aantal door de wetgever te respecteren positieve verplichtingen voort. Die verplichtingen hebben betrekking op de hoogte en de duur van de bekostigingsaanspraak en op (de totstandkoming van) het onderwijsaanbod.

Ten aanzien van de hoogte bepaalt artikel 23 lid 7 Grondwet dat er een regeling moet bestaan die voorziet in de volledige bekostiging van het bijzonder onderwijs. Tezamen met de verplichting uit artikel 23 lid 6 Grondwet concretiseert de eis van volledige bekostiging zich in een aanvullende eis van adequate bekostiging. Het (volledig bekostigd) bijzonder onderwijs moet met de beschikbaar gestelde middelen kunnen voldoen aan de wettelijk vastgestelde deugdelijkheidseisen. Ook dient de bekostiging op grond van artikel 23 lid 7, gelezen in combinatie met artikel 23 lid 4 Grondwet, voor onbepaalde tijd te geschieden. De Grondwet schrijft voor dat er altijd een voldoende dekkend en stabiel aanbod aan openbaar onderwijs moet bestaan. Artikel 23 lid 4 Grondwet staat in de weg aan de tijdelijke bekostiging van het openbaar onderwijs. Op grond van de in artikel 23 lid 7 Grondwet vervatte gelijke behandeling tussen openbaar en bijzonder onderwijs kan ook het bijzonder onderwijs aanspraak maken op voortdurende bekostiging.

Ten aanzien van het aanbod volgt uit artikel 23 Grondwet dat de wetgever gehouden is de basale pluriformiteit van het onderwijsaanbod te garanderen. Bij de inrichting van het bekostigingsstelsel dient de wetgever te waarborgen dat alle ouders binnen een redelijke afstand toegang kunnen hebben tot openbaar en bijzonder onderwijs. Dat betekent niet dat de overheid ervoor moet zorgen dat overal een bijzondere school staat, maar wel dat die school er zou kunnen zijn. Los daarvan is de wetgever ook verplicht het bekostigingsstelsel zodanig vorm te geven, dat recht wordt gedaan aan de uitgangspunten die aan de grondwettelijk verankering van de vrijheid van onderwijs ten grondslag lagen en liggen. Tot die uitgangspunten behoorde de wens recht te doen aan de opvoedkundige vrijheid van ouders. Dat vereist een zekere diversiteit in het aanbod.

Bij de inrichting van het bekostigingsstelsel zal de wetgever enerzijds recht moeten doen aan deze kaders en uitgangspunten, en anderzijds ervoor moeten zorgen dat de kosten van bijzondere schoolstichtingen in de hand worden gehouden. In hoofdstuk 7 bleek dat het zeer waarschijnlijk is dat daar, ook ten aanzien van de aanvang van de bekostiging, in de toekomst een derde doelstelling bijkomt, namelijk het beschermen van de kwaliteit of deugdelijkheid van het onderwijs. Deze laatste doelstelling ligt natuurlijk wel aan het stelsel van deugdelijkheidseisen als zodanig ten grondslag, maar speelt tot op heden bij de beslissing omtrent de aanvang van de bekostiging slechts een marginale rol.

Welk constitutioneel toetsingskader moet de wetgever hanteren bij het reguleren van de vrijheid van stichting?

Het constitutionele kader dat de stichting van scholen reguleert, bestaat uit drie onderdelen. Ten eerste is er de vrijheid van schoolstichting. Zoals hiervoor werd opgemerkt, is de vrijheid van stichting als onderdeel van de vrijheid van onderwijs een grondrecht sui generis. Ten tweede is er de vrijheid van richting. De vrijheid van richting is wel een klassiek grondrecht en beschermt het godsdienstige of levensbeschouwelijke karakter van de school(gemeenschap). En tot slot is er het hiervoor besproken sociale grondrecht uit artikel 23 lid 7 Grondwet, dat de kaders

stelt waarbinnen de bekostigingsregelgeving vorm moet krijgen. Naast artikel 23 Grondwet wordt de vrijheid van stichting ook door internationaalrechtelijke normen beschermd. In hoofdstuk 5 bleek echter dat deze bescherming niets toevoegt aan de bescherming die door artikel 23 Grondwet wordt geboden. Voor belangrijke elementen van de door artikel 23 Grondwet geboden bescherming bestaat in het internationale recht geen equivalent. Zo kan een schoolstichter die niet voor bekostiging in aanmerking wordt gebracht geen steun vinden in het internationale recht. Ook moet op deze plaats worden genoemd dat in sommige situaties ook andere grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst, bescherming bieden, die bijdraagt aan het waarborgen van de stichtingsvrijheid.

Beperkingen van de vrijheid van stichting zijn meestal gegoten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden. Voor zover bekostigingsvoorwaarden neerkomen op de beslechting van een conflict tussen visies op goed onderwijs, rusten op de wetgever bijzondere verantwoordelijkheden. Ten eerste brengt het primaat van de wetgever dan met zich mee dat de wetgever dat conflict zelf moet beslechten. Hij kan die bevoegdheid niet aan een ander ambt delegeren. Ten tweede moet de wetgever bij de vormgeving van de bekostigingsvoorwaarden proberen die conflicterende visies op goed onderwijs zo evenwichtig mogelijk te accommoderen. Die noodzaak bestaat veel minder voor zover bekostigingsvoorwaarden vooral een aan het onderwijs extern belang dienen. Dan doet zich immers niet direct een conflict tussen verschillende visies op goed onderwijs voor. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan het belang van een doelmatige besteding van overheidsgeld.

Bij dat proces van accommodatie mag van de wetgever op de eerste plaats worden verwacht, dat hij verantwoording aflegt over de wijze waarop hij de verschillende visies op goed onderwijs die bij het besluit betrokken zijn een plaats in de afweging heeft gegeven. Dit uitgangspunt, dat ervan uitgaat dat de wetgever zijn beslissing voldoende motiveert, brengt ook een bepaalde houding voor de leden van de wetgevende macht met zich mee. Het proces van accommodatie kan alleen succesvol verlopen als de leden van de wetgevende macht een zekere tolerantie opbrengen voor visies op goed onderwijs die strijdig zijn met hun eigen visie. Voor de meerderheid geldt dat de noodzaak daartoe groter wordt naarmate een bepaalde maatregel minder steunt op een visie op de goede samenleving als zodanig, en veel meer samenhangt met visies op het goede leven. Voor zover dergelijke visies op het goede leven vallen binnen de reikwijdte van de vrijheid van richting geldt een zeer hoog beschermingsniveau.

Zodra het conflict tussen visies op goed onderwijs in essentie is terug te voeren op conflicterende visies op het goede leven, rust op de wetgever een verantwoordelijkheid om in de onderwijswetgeving voor beide visies ruimte te maken, bijvoorbeeld door wetgeving zodanig vorm te geven dat deze visies naast elkaar kunnen bestaan. Slechts als zeer zwaarwegende argumenten daartoe aanleiding geven kan dat anders zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval als de visie op goed onderwijs van de overheid steunt op wetenschappelijke inzichten of ervaringsfeiten. Dergelijke objectieveerbare uitgangspunten zullen al snel acceptabel zijn, ook als zij met zich brengen dat voor een bepaalde visie op goed onderwijs geen plaats meer is.

Summary

Article 23 of the Dutch Constitution (hereinafter: Gw) protects the freedom of education. This freedom consists of three intertwined rights of which the right to establish schools is one. In addition article 23 Gw also offers private schools that meet certain minimum quality requirements the right to full government funding. This combination of rights resulted in a unique education system. In the Netherlands two thirds of all primary and secondary education schools are private in nature. The remaining one third consists of public schools.

In the past few decades a lot of questions arose as to the scope of the right to establish schools and the right to government funding. The answers to these questions remained unclear. This is because the scope of the right to establish schools as such had never been at the center of academic research before. This research therefore aims to offer a better understanding of the right to establish schools and the freedom of education by providing an in-depth analysis of the scope of the right to establish schools as well as the right to government funding. With this analyses the research tries to contribute to future parliamentary debates on the regulation of the right to establish schools.

The scope of the right to establish schools is largely determined by the history of Article 23 Gw. The origin of Article 23 Gw lies in the birth of the Netherlands as a unitary state during the time of the Batavian Republic. With the centralization of the authority of government came also a centralization of the education system. Education became a priority of the newly established central government. The education system was used as an instrument to rear national citizens. The future of the new form of government required a people that had a somewhat common ideology to safeguard the stability of the unified country.

The shared morality was provided by a non-doctrinal Protestant morality which formed the foundation of the education system as a whole. To safeguard this morality the government held tight control of both the content of the teaching and the number of schools. A teacher that wanted to establish a school needed to be certified as a teacher and he needed to have a permit for the establishment of the school. In practice both instruments were used to deny the right to establish schools, in particular to Catholics and Orthodox-Protestants.

During the first two decades of the Kingdom of the Netherlands the Catholic resistance grew. Especially after decisions taken by the king to limit the influence and control of the Catholic religion. Later the Catholics were joined by Orthodox-Protestants who thought the views advocated by the government were too moderate. After a political struggle of half a decade the freedom of education was incorporated into the Dutch constitution in 1848. From that moment on every parent was able to give its child the religious upbringing that they felt best suited for the child.

The incorporation of the freedom of education in the Dutch constitution was based on three arguments. Firstly, there were practical reasons such as the public unrest caused by the Catholics and Orthodox-Protestants in their political struggle. Secondly, reference was made to the freedom of conscience which was an acknowledged constitutional principle in our part of the world long before the constitutional amendment of 1848. Thirdly, systematic arguments were used. The claim of necessity to incorporate the freedom of education was substantiated by reference to other constitutional rights. Protecting the freedom of education meant that part of the educational sphere needed to be privatized. Up to 1848 the education system belonged solely to the public domain. By looking for similarities between the freedom of education and other constitutional rights, like the freedom of religion and the freedom of speech, the claim for the protection of the freedom of education was substantiated.

Although in 1848 the freedom of education was incorporated in the Dutch constitution, private and public schools were not considered equal by the constitution of 1848. Private education was tolerated but the priority of the government fully focused on public education. Public education was considered a safe haven for parents who rejected private education on religious grounds. The constitution of 1848 guaranteed that public education needed to be neutral when it comes to religion. In addition the constitutional legislator of 1848 expected the public education to compete with private education in order to seduce as many parents as possible to send their children to public schools.

The competition between private and public education was never a fair battle. Public education was funded by government, while private schools gained all their funds from tuition fees. This meant for parents who had a preference for private – often denominational – schools the education of their child was more expensive. When the government took steps to improve the quality of public education the private schools were forced to follow because of the competition. This resulted in even higher tuition fees which forced some parents to send their child to non-religious public schools on financial grounds.

The proponents of the freedom of education however pointed out that this unfair competition harmed the principle that formed the foundation of the freedom of education: every parent should be able to give his or her child the (religious) upbringing he/she sees fit. After the constitutional amendment of 1848 the political struggle focused on the equal financial treatment of public and private education. In 1917 the right to full government funding for private schools that met certain minimum quality standards was incorporated into the constitution.

The right to full government funding came at a price for private schools. Private schools were no longer allowed to only serve private interest. The constitution prescribed that private and public education had to be of the same quality. Only then was the government obliged to fund private schools. The debate over the right to government funding coincided with the introduction of compulsory education. A system of compulsory education could only be successful if children that visited private schools received an education that met minimum standards. By offering

private schools the right to government funding the government received a say in what private schools would teach.

In this study it is argued that since the introduction of the right to full government funding the freedom of education is no longer a fundamental right in the classical sense of the word. Within the rule of law (*rechtsstaat*) tradition, fundamental rights protect a sphere that is in principle free from government interference. The government is only free to enter this sphere if the public interest requires such. This public interest justification however always has to be different from the interest protected by the fundamental right. The freedom of religion can serve as an example. The freedom of religion, as protected by the Dutch constitution, offers everybody the right to practice his or her religion as he or she sees fit. The government is allowed to limit this freedom according to the constitution only if a public interest mentioned in the constitution requires so. These interests are for example the protection of health or to combat or prevent disorder. These interests have nothing to do with the freedom of religion as such. The government is not allowed to limit the freedom of religion by stating that the limitation will lead to a better practice of religion.

With the freedom of education this is different. Since the right to full funding was incorporated in the constitution, the constitution prescribes to government to make sure the quality of private and public education is of the same level. The government needs to actively guarantee its own vision of a good education. The freedom of education is a constitutional right *sui generis*. The school community is the subject of this right.

The right to establish schools shares in this general character of the freedom of education as a fundamental right *sui generis*. The right to establish schools is often considered to entail a prohibition to return to a system in which a permit is needed to establish a school. This view is correct insofar as it says that a system of general permits is not allowed. In such a system a permit is necessary for every act that falls within the scope of the freedom of education. As far as it would also include the position that no limitation on the freedom of education is allowed before the process of teaching started, the position is not substantiated by the legislative history of article 23 Gw.

International law also protects the right to establish schools. The protection offered by the international human rights treaties doesn't reach the standard of Article 23 Gw. International law for example doesn't offer the right to government funding but does give the government a lot of freedom to regulate the right to establish schools.

Literatuurlijst

Akkermans 1980

P.W.C. Akkermans, *Onderwijs als constitutioneel probleem*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980.

Akkermans 1983

P.W.C. Akkermans, *Vrijheid van richting: een interpretatie*, IJmuiden: Koninklijke Vermande 1983.

Akkermans en Mentink 1986

P.W.C. Akkermans en D. Mentink, *Deugdelijk onderwijsbeleid*, Den Haag: Stichting voor Onderzoek van het Onderwijs 1986.

Arntzenius 1888

A.R. Arntzenius, *Handelingen over de herziening van de Grondwet. Deel IX*, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1888.

Alexy 2002

R. Alexy, *Theory of constitutional rights*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Alexy 2010

R. Alexy, 'The dual nature of law', in: *Ratio Juris 2010-2*, New Jersey: John Wiley & Sons Inc. 2010.

Allen e.a. 2016

J. Allen, I. Bijlsma, L. Borghans en D. Poulissen, *Schoolkeuzemotieven van ouders en leerlingen in het primair onderwijs*, Maastricht University 2016.

Backx 1994

H.A.M. Backx, *Het particulier onderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Bakker, Noordman en Rietveld-van Wingerden 2010

N. Bakker, J. Noordman en M. Rietveld-van Wingerden, *Vijf eeuwen opvoeden in Nederland*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2010.

Beiter 2006

K.D. Beiter, *The protection of the right to education by international law*, Leiden: Nijhoff 2006.

Belinfante 1840a

J. Belinfante, *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet. Eerste deel*, 's-Gravenhage: Belinfante 1840.

Belinfante 1840b

J. Belinfante, *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet. Tweede deel*, 's-Gravenhage: Belinfante 1840.

Belinfante 1841

J. Belinfante, *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet. Derde deel*, 's-Gravenhage: Belinfante 1841.

Belinfante 1842

J. Belinfante, *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet. Vierde deel*, 's-Gravenhage: Belinfante 1842.

Belinfante 1848

Gebroeders Belinfante, *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet. 1847-1848. Eerste deel*, 's-Gravenhage: Belinfante 1848.

Belinfante 1849a

Gebroeders Belinfante, *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet. 1847-1848. Tweede deel*, 's-Gravenhage: Belinfante 1849.

Belinfante 1849b

Gebroeders Belinfante, *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet. 1847-1848. Derde deel*, 's-Gravenhage: Belinfante 1849.

Bergamin 1995

R.J.B. Bergamin, *Rechten jegens de overheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

Beurskens 1991

W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer: Kluwer 1991.

Blaupot ten Cate 1868

S. Blaupot ten Cate, *De Wet op het lager onderwijs*, Groningen: Wolters 1868.

Blaupot ten Cate en Moens 1879

S. Blaupot ten Cate en A. Moens, *De Wet op het Lager onderwijs*, Groningen: Wolters 1879.

Boekholt en De Booy 1987

P.Th.F.M. Boekholt en E.P. de Booy, *Geschiedenis van de school in Nederland*, Assen: Van Gorcum 1987.

De Boer e.a. 2013

J.A. de Boer, A.F.C.M. Michiels, W. den Ouden en P.J.J. Zoontjens, *Anders of toch niet?*, Tilburg: Leiden 2014.

De Boer e.a. 2014

J.A. de Boer, A.F.C.M. Michiels, W. den Ouden en P.J.J. Zoontjes, 'Bekostiging en sancties: een pleidooi voor meer Awb-conforme onderwijswetgeving', in: *NTOR* 2014, p. 59-79.

De Booy 2002

P. de Booy, *Republiek van rivaliteiten: Nederland sinds 1813*, Amsterdam: Mets & Schilt 2002.

Borman 2017

T.C. Borman, T & C bij artikel 4:35 Awb, in: *Awb Tekst en Commentaar*, Kluwer.

Bos 2009

E. Bos, *Soevereiniteit en Religie*, Hilversum: Verloren Uitgeverij 2009.

Boukema 1966

P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse bondsrepubliek en in Nederland*, Amsterdam: Polak en Van Genneep 1966.

Braster 1996

J.F.A. Braster, *De identiteit van het openbaar onderwijs*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1996.

Van den Brink 2002

G. van den Brink, *Mondiger of moeilijker*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

De Bruin 1985

A.A. de Bruin, *Het ontstaan van de schoolstrijd*, Amsterdam: Bolland 1985.

Buijs 1887

J.T. Buijs, *De Grondwet*, Arnhem: Gouda Quint 1887.

Van der Burg 1991

W. van der Burg, *Het democratisch perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

Van der Burg 2009

W. van der Burg, *Het ideaal van de neutrale staat*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Burkens 1971

M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971.

Burkens 1989

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Burkens e.a. 2017

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017.

Castermans en Van den Brink 2009

A.G. Castermans en M. van den Brink, 'De vrijheid van vereniging en uitsluiting', in: T. Barkhuysen, M.L. Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht*, Deventer: Kluwer 2009.

Coomans 1992

A.P.M. Coomans, *De internationale bescherming van het recht op onderwijs*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1992.

Diephuis 1859

G. Diephuis, *Handleiding tot de kennis der wetgeving op het lager onderwijs in Nederland*, Groningen: Wolters 1959.

Dodde 1968

N.L. Dodde, *Het rijkschooltoezicht in de Bataafse Republiek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1968.

Dodde 1983

N.L. Dodde, *Het Nederlandse onderwijs verandert*, Muiderberg: Coutinho 1983.

Dodde 2001

N.L. Dodde, *Een speurtocht naar samenhang*, Utrecht: Inspectie van Onderwijs 2001.

Donner 1973

A.M. Donner, 'Grondrechten als constitutionele rechten', in: J.F. van Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte en J.M. Polak, *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

Donner 1978

J. Donner, *De vrijheid van het bijzonder wetenschappelijk onderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

Drahmann 2015

A. Drahmann, *Transparante verdeling en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Leiden 2015.

Dworkin 1978

R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard university press.

Drop 1985

H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985.

Elzinga 1996

D.J. Elzinga, 'Vier vuistregels voor grondwetsinterpretatie', *Regelmaat* 1996, afl. 3, p. 107-119.

Van den Ende 1846

A. van den Ende, *Geschiedkundige schets van Neêrlands schoolwetgeving*, Deventer: De Lange 1846.

Eskes 1988

J.A.O. Eskes, *Repressie van politieke bewegingen in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Evans 2001

C. Evans, *Freedom of religion under the European convention on human rights*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Feikema 1929

R.W. Feikema, *De totstandkoming van de schoolwet van Kappeyne*, Amsterdam: Paris 1929.

Gallie 1956

W.B. Gallie, 'Essentially contested concepts', in: *Proceedings of the Aristotelian Society 1956-1*.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards 2015

J.H. Gerards, 'Commentaar op Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden art. 2', Sdu online 2015.

Van der Giezen 1937

A.M. van der Giezen, *De eerste fase van de schoolstrijd in Nederland (1795-1806)*, Assen: Van Gorcum 1937.

Groen 2012

J. Groen, 'De betekenis van de vrijheid van richting', in: *NTOR* 2012, p. 219-231.

Groen 2017

J.R. Groen, *Academische Vrijheid. Een juridische verkenning*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2017.

Groen van Prinsterer 1857

G. Groen van Prinsterer, *Adviezen in de Tweede Kamer der Staten-Generaal II*, Utrecht: Kemink en Zoon 1857.

De Groof en Lauwers 2004

J. de Groof en G. Lauwers, 'Case -Law analyses on the right to education and rights in education under the European Convention on Human Rights, in: J. de Groof en G. Lauwers (red.), *No person shall be denied the right to education*, Nijmegen: Wolf Legal publishers 2004.

Hemkes 1858

H. Hemkes, *Wet op het lager onderwijs*, Groningen: Oomkens 1858.

Hentzen 1920

C. Hentzen, *De politieke geschiedenis van het lager onderwijs in Nederland*, Nijmegen: Malmberg 1920.

Den Hertog 2007

J. den Hertog, *Cort van der Linden. Minister-president in oorlogstijd*, Amsterdam: Boom 2007.

Herweijer en Vogels 2004

L. Herweijer en R. Vogels, *Ouders over opvoeding en onderwijs*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2004.

Hesse 1993

K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: Müller 1993.

Hins 2005

A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout, *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Hoorn 1907

I. van Hoorn, *De Nederlandsche schoolwetgeving voor het lager onderwijs 1796-1907*, Groningen: Noordhoff 1907.

Van Houten 1995

M.L.P. van Houten, 'Verboden toetsing. Over de reikwijdte van het verbod te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten', in: J.B.J.M. ten Berge, P.J.J. van Buuren, H.R.B.M. Kummeling en B.P. Vermeulen, *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Deventer: Kluwer 1995.

Huart 1925

F.J.A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922*, Arnhem: Gouda Quint 1925.

Hubrecht 1880

P.F. Hubrecht, *De onderwijswetten in Nederland en hare uitvoering CI*, Den Haag: Henri. J. Stenberg 1880-1882.

Huisman 2002

P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool*, Den Haag: Elsevier 2002.

Huisman 2008

P.W.A. Huisman, 'Een genoegzaam aantal openbare scholen. De alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs in verleden en heden', in: L.J.J. Rogier en R. de Lange (red.), *Onderwijs en onderwijsrecht in een pluriforme samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 79-97.

Huisman 2009

Huisman, P.W.A. 'Van wie is de Nederlandse onderwijsvrijheid? Een grensverkenning in een tijd van botsende (grond)rechten', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, 2009-2010, p. 401-424.

Huisman 2011a

P.W.A. Huisman, *Onderwijsrecht in meervoud*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Huisman 2011b

P.W.A. Huisman, *Richting als pluriform begrip in de onderwijswetgeving*, Den Haag 2011.

Huisman e.a. 2011

P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting*, Den Haag: OCW 2011.

Huisman 2012

P.W.A. Huisman, 'Onderwijs voor driejarigen, een eerste verkenning naar integrale kindcentra', in: *School en wet 2012-3*, Deventer: Kluwer 2012.

Huisman en De Wit 2013

P.W.A. Huisman en J.C. de Wit, 'Hoe ver reikt het recht op onderwijs voor illegalen', in: *NJCM-Bulletin* 2013-1.

Huisman e.a. 2014

P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Leamers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Regeling van de samenwerkingsschool in krimpgebieden*, Den Haag: Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap 2014.

Huisman en Mevis 2015

P.W.A. Huisman en P.A.M. Mevis, 'Toepassing en interpretatie van de Leerplichtwet door de strafrechter', *DD* 2015/63, afl. 8, p. 646-672.

Huisman en Vermeulen 2007

P.W.A. Huisman en B.P. Vermeulen, 'De juridische positie van de leraar in balans', in: F.H.J.G. Brekelmans, M.A.J.M. Buijsen, M. van Es, P.W.A. Huisman, B.P. Vermeulen, *De docent: onderdaan of autoriteit?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Imandt, Bisschop en Klein 2015

M. Imandt, P. Bisschop en T. Klein, *Meer ruimte voor nieuwe scholen?*, 2015.

IBO 2013

Interdepartementaal Beleidsonderzoek (IBO) bekostiging funderend onderwijs bij dalende leerlingaantallen, Den Haag 2013.

Inspectie 2006

Inspectie van het Onderwijs, *Ontstaan en ontwikkeling zeer zwakke scholen in het basisonderwijs*, Utrecht 2006.

Inspectie 2016

Inspectie van het Onderwijs, *De staat van het onderwijs 2014/2015*, Utrecht 2016.

Kan 1916

J.B. Kan, *Handelingen over de herziening der Grondwet. Deel 1*, Den Haag: Belinfante 1916.

Kan 1917

J.B. Kan, *Handelingen over de herziening der Grondwet. Deel 2*, Den Haag: Belinfante 1917.

Van Kessel 1988

N. van Kessel, 'De gemeenten en de directe meting binnen de planning van het onderwijs', in: A.M.L. van Wieringen, S. Karsten en J. Ax, *Gemeenten en onderwijs*, Lisse: Swets & Zeitlinger 1988.

Kloek en Mijnhardt 2002

J. Kloek en W. Mijnhardt, 'De verlichte burger', in: J. Kloek en K. Tilmans (red.), *Burger. Een geschiedenis van het begrip 'burger' in de Nederlanden van de Middeleeuwen tot de 21^{ste} eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2002.

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.

Kortmann 1994

C.A.J.M. Kortmann, 'Grondwetsinterpretatie', in: *RM Themis* 1994, afl. 8, p. 363-370.

Kortmann e.a. 2016

P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, B.P. Vermeulen en C.J.N. Kortmann, C.A.J.M. Kortmann. *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016.

Kummeling 2001

H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren en H.R.B.M. Kummeling, *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Laemers 1999

M.T.A.B. Laemers, *Schoolkeuzevrijheid*, Nijmegen: ITS 1999.

Laemers 2008

M.T.A.B. Laemers, 'Richtingvrije planning: een zachte dood gestorven', in: L.J.J. Rogier en R. de Lange (red.), *Onderwijs en onderwijsrecht in een pluriforme samenleving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Laemers, Philipsen en Zoontjens 2016

M.T.A.B. Laemers, S. Philipsen en P.J.J. Zoontjens, *Het concept-wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' in het licht van artikel 23 Grondwet*, Amsterdam/Rotterdam/Tilburg 2016.

Laemers en Zoontjens 2016

M.T.A.B. Laemers en P.J.J. Zoontjens, *Magnificently unprepared for the long littleness of life*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

De Lange 1991

R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

De Lange 2005

R. de Lange, 'Conforme interpretatie en rechterlijke rechtsvorming', in: A.W. Hins, A. Nieuwenhuis en J.H. Reestman, *Recht en Reede*, Deventer: Kluwer 2005.

De Lange 2006

R. de Lange, 'Constitutionele toetsing in Nederland', in: *Regelmaat 2006-4-5*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

De Lange, Tolsma en Wolbers 2016

M. de Lange, J. Tolsma en M.H.J. Wolbers, 'Opleiding als sociale scheidslijn', in: *Beleid en maatschappij 2016-1*, Den Haag: Boom Bestuurskundige tijdschriften 2016.

Lathouwers en Veny 2004

J. Lathouwers en L. Veny, 'Artikel 2 Eerste Protocol. Recht op onderwijs', in: J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM deel II*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Lenders 1988

J. Lenders, *De burger en de volksschool*, Nijmegen: SUN 1988.

Lenders 2005

J. Lenders, 'Van kind tot burger. Basisonderwijs en burgerschap in de negentiende eeuw', in: *Leidingschrift* 2005-2.

De Meij 1984

J.M. de Meij, *Van zender naar ontvanger*, Den Haag: VUGA 1984.

De Meij e.a. 2000

J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis en G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid: de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000.

Mentink 1989

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

Mentink 1996a

D. Mentink, 'Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de vrijheid van onderwijs', in: Onderwijsraad, *Preadviezen bij het advies 'Richtingvrij en richtingbepalend'*, Den Haag: Onderwijsraad 1996.

Mentink 1996b

D. Mentink, *Recht op voldoende openbaar onderwijs*, Schoonhoven 1996.

Mentink 2004

D. Mentink, *Omstreden gemeentelijk onderwijsbeleid*, Den Haag: Elsevier 2004.

Mentink en Vermeulen 2011

D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet: de basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Mentink 2012

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

Van der Meulen 2000

B.M.J. van der Meulen, 'Artikel 8', in: A.K. Koekkoek, *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Mikkelsen 1977

A. Mikkelsen, *Wet op het basisonderwijs*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 1977.

De Morree 2016

P.E. de Morree, *Rights and wrongs under the ECHR*, Intersentia 2016.

Nota toerusting en bereikbaarheid, 1991

Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen, *3x akkoord*, Zoetermeer: Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen 1991.

OCW 2013

Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, *Kerncijfers 2008-2012*, Zoetermeer: Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, 2013

Moon 1995

R. Moon, 'The Supreme Court of Canada on the structure of freedom of expression adjudication', *University of Toronto Law Journal*, 1995.

Müller 1995

F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlijn: Duncker und Humblot 1995.

MRvNS 2016

Memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel Meer ruimte voor nieuwe scholen zoals ter consultatie op internet gepubliceerd.

Nehmelman 2014

R. Nehmelman, 'De aankomende decentralisaties zijn bedenkelijk vanuit het beginsel van decentralisatie', *TvCR* 2014, p. 324-331

Nieuwenhuis 2015

A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015.

Nieuwenhuis, Den Heijer en Hins 2017

A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer en A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Nolen 2017

M. Nolen, *De bestuurder in het onderwijs*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2017.

De Nooij 1939

J. de Nooij, *Eenheid en vrijheid in het nationale onderwijs onder Koning Willem I*, Utrecht: Libertas-Drukkerijen 1939.

Noorlander 2005

C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Noorlander en Zoontjens 2011a

C.W. Noorlander en P.J.J. Zoontjens, 'Bekostiging van scholen binnen het regulier primair en voortgezet onderwijs deel 1', in: *School en Wet 2011-10*, Deventer: Kluwer 2011.

Noorlander en Zoontjens 2011b

C.W. Noorlander en P.J.J. Zoontjens, 'Gemeentelijke bekostiging: onderwijshuisvesting', in: *School en Wet 2012-1*, p. 5-10.

Onderwijsraad 1967

Onderwijsraad, *Grondwetsherziening*, Den Haag 1967.

Onderwijsraad 1987

Onderwijsraad, *Wijziging van de Wet op het basisonderwijs i.v.m. de verhoging van de stichtingsnormen voor basisscholen*, Den Haag 1987.

Onderwijsraad 1990

Onderwijsraad, *Evangelische basisschool*, Den Haag 1990.

Onderwijsraad 1991

Onderwijsraad, *Toerusting en bereikbaarheid van basisscholen*, Den Haag 1991.

Onderwijsraad 1992

Onderwijsraad, *Wijziging van het stelsel van stichtings- en opheffingsnormen en van het huisvestingsstelsel in de Wet op het basisonderwijs*, Den Haag 1992.

Onderwijsraad 1993

Onderwijsraad, *Integrale Yogaschool*, Den Haag 1993.

Onderwijsraad 1996

Onderwijsraad, *Richtingvrij of richtingbepalend*, Den Haag 1996.

Onderwijsraad 2002

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

Onderwijsraad 2005

Onderwijsraad, *Bakens voor spreiding en integratie*, Den Haag 2005.

Onderwijsraad 2006

Onderwijsraad, *Doortastend onderwijstoezicht*, Den Haag 2006.

Onderwijsraad 2009

Onderwijsraad, *Minimum leerresultaten, interventie en intern toezicht*, Den Haag 2010.

Onderwijsraad 2010

Onderwijsraad, *Toezicht en bekostiging bij nieuwe schoolstichting*, Den Haag 2010.

Onderwijsraad 2010

Onderwijsraad, *Verzelfstandiging in het onderwijs I*, Den Haag 2010.

Onderwijsraad 2012a

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

Onderwijsraad 2012b

Onderwijsraad, *Meervoudige richtingen*, Den Haag 2012.

Onderwijsraad 2013a

Onderwijsraad, *Adviesaanvraag afwijzing huisvestingsaanvraag SIO*, Den Haag 2013.

Onderwijsraad 2013b

Onderwijsraad, *Grenzen aan kleine scholen*, Den Haag 2013.

Onderwijsraad 2016

Onderwijsraad, *Nieuwe scholen*, Den Haag 2016.

Oud en Bosmans 1997

P.J. Oud en J. Bosmans, *Staatkundige vormgeving in Nederland*, Assen: Van Gorcum 1997.

Den Ouden, Jacobs en Verheij 2011

W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Philipsen 2013a

S. Philipsen, 'Enkele grondwettelijke aspecten van krimp in het primair onderwijs', in: M.T.A.B. Laemers, *Krimp in het onderwijs*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Philipsen 2013b

S. Philipsen, 'De vrijheid van stichting in het licht van artikel 2 Eerste protocol EVRM', in: *NTOR* 2013, p. 208-222.

Philipsen 2017

S. Philipsen, 'Perikelen rondom de stichting van scholen op basis van meerdere richtingen', *School en Wet* 2017, p. 5-8.

Philipsen en Vermeulen 2014

S. Philipsen en B.P. Vermeulen, 'De spanning tussen subjectieve interpretatie en objectieve rechtsorde bij de uitleg van de vrijheid van godsdienst in artikel 9 EVRM', in: Henk Post en Gerard van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: WLP 2014, p. 15-48.

Philipsen en De Wit 2014

S. Philipsen en J.C. de Wit, 'Het Spoorwegstakingsarrest: achterhaald of actueel', *TvCR* 2014, p. 4-26.

Polak e.a. 1985

Commissie wetgevingsvraagstukken, *Orde in regelgeving*, Den Haag 1985.

Postma 1995

A. Postma, *Handboek van het Nederlandse onderwijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Van der Pot 2014

D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, C.W. van der Pot. *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Raalte 1939

E. van Raalte, *Het recht van vereniging en vergadering in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1939.

Raijmakers 2014

L.M. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie*, Deventer: Kluwer 2014.

Rutjes 2012

M. Rutjes, *Door gelijkheid gegrepen: democratie, burgerschap en staat in Nederland 1795-1801*, Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2012.

Van Schilfgaarde, Winter en Wezeman 2013

P. van Schilfgaarde, J.W. Winter en J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

Schlössels en Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Scholten 1928

L.W.G. Scholten, *Thorbecke en de vrijheid van onderwijs tot 1848*, Utrecht: Schotanus & Jens 1928.

SCP en WRR 2014

Sociaal en Cultureel Planbureau en Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Gescheiden werelden?*, Den Haag 2014.

Sperling 2007

J. Sperling, 'Het geven van thuisonderwijs is vrij', in: *NTOR* 2007-1, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Sperling 2010

J. Sperling, *Moet jij niet naar school?*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2010.

Storimans 1984

Th.A.L.M. Storimans, 'De betekenis van de toezichtsbepaling in het onderwijsartikel van de Grondwet van 1848', in: *De geschiedenis van het rijksschooltoezicht tot 1930*, Lelystad: Vermande 1984.

Storimans 2001

Th. Storimans, 'Spreidingsbeleid, vrijheid van onderwijs en sociale cohesie', in: *School en Wet*.

Thorbecke 1829

J.R. Thorbecke, *Over het bestuur van het onderwijs in betrekking tot eene aanstaande wetgeving*, Zutphen: W.C. Wansleven 1829.

Thorbecke 1843

Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet. Tweede Deel*, Amsterdam: Johannes Müller 1843.

Travaux préparatoires 1985

Council of Europe, *Collected edition of the Travaux préparatoires of the European Convention on Human Rights*, Dordrecht: Nijhoff 1985.

Verhey 2003

L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijke beperkingssysteem: handhaving of herbezinning', in: *NJCM-Bulletin 2003-3a*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2003.

Vermeulen 1989

B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Vermeulen 1992

B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten', in: *R&R* 1992, p. 16-46.

Vermeulen 1994

B.P. Vermeulen, *De Tijdelijke Wet Arbeidsbemiddeling Onderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Vermeulen 1997

B.P. Vermeulen, 'Deregulering' en 'zelfregulering' in het onderwijs. Over bezuinigingen en aantasting van het onderwijsgrondrecht', In: H.R.M.B. Kummeling en S.C. van Bijsterveld, *Grondrechten en zelfregulering*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Vermeulen 1996

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

Vermeulen 1999

B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie 1999.

Vermeulen 2001

B.P. Vermeulen, *Witte en zwarte scholen*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 2001.

Vermeulen 2002

B.P. Vermeulen, 'Maar de overheid mag toch geen zedenmeester zijn?', in: M. Reuling e.a. (red.), *Opvoeding, Onderwijs & Overheid. Thema's uit de wijsgerige en historische pedagogiek*, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2002.

Vermeulen 2003

B.P. Vermeulen, 'De vrijheid van onderwijs in artikel 23 Grondwet: niet meer van deze tijd?', in: P.Th.F.M. Boekholt, J.G.L. Thijssen en B.P. Vermeulen, *Onderwijs en integratie: leren van het verleden*, Utrecht: Faculteit der Sociale Wetenschappen 2003.

Vermeulen 2005

B.P. Vermeulen, 'Het recht op onderwijs in het kinderrechtenverdrag', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 775-784.

Vermeulen 2006

B.P. Vermeulen, 'The right to education', in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Vermeulen 2007

B.P. Vermeulen, 'Islamitische scholen; feiten, kritieken, uitdagingen', in: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Justitiële verkenningen* 2007/01, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Vermeulen 2008

B.P. Vermeulen, *De Onderwijsraad en het onderwijsrecht*, Den Haag: Onderwijsraad 2008.

Vermeulen en Zoontjens 2005

B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, 'Artikel 23 Grondwet op de tocht?', in: F.H. van der Burg en A.K. Koekkoek, *Getuigend staatsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Versluys 1879

J. Versluys, *Geschiedenis van de opvoeding en het onderwijs, vooral in Nederland*, Groningen: W. Versluys 1879.

Vlemminx 2010

F. Vlemminx, 'Het inlezen van economische, sociale en culturele rechten in het EVRM door het EHRM', in: *NJCM-Bulletin* 2010, p. 813-826.

Vonk 2016

G.J. Vonk, *Rechtsstatelijke aspecten van decentralisaties in het publieke domein*, Groningen: 2016.

Vos 1891

G.J. Vos, *Groen van Prinsterer en zijn tijd II*, Dordrecht: Revers 1891.

De Vries 2004

G.E. de Vries, *De opleiding van de christelijke onderwijzer*, Leeuwarden: Fryske Akademy 2004.

Van Welderen Rengers 1948

W.J. van Welderen Rengers, *Schets eener parlementaire geschiedenis van Nederland 1849-1891*, Den Haag: Nijhof 1948.

Van Wezel 1989

M.F.J. van Wezel, *Nieuwe wegen voor de vrijheid van richting*, Deventer: Kluwer 1989.

Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2014

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Wildhaber 1996

M. Wildhaber, 'Artikel 2', in: J.A. Frowein en W. Peukert (red.), *Europäische Menschenrechtskonvention EMRK-Kommentar*, Kehl: Engel 1996.

De Wit 2012

J.C. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012.

Wolswinkel 2011

C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 177-202.

Zeldenrijk 2010

D. Zeldenrijk, *Je voelt het gewoon*, Den Haag: Raad voor maatschappelijke ontwikkeling 2010.

Zijlstra 1989

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

Zoontjens 2003

P.J.J. Zoontjens, *Het beweeglijke recht op onderwijs*, Tilburg 2003.

Jurisprudentie

EHRM

- EHRM (GK) 23 juli 1968, nr. 1474/62 (Belgische taalzaken)
- EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken)
- EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 (Campbell en Cosans t. Verenigd Koninkrijk)
- EHRM 30 juni 1993, nr. 17687 (S.N. t. Zweden)
- EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93 (Valsamis t. Griekenland)
- EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (Dahlab t. Zwitserland)
- EHRM 10 mei 2001, nr. 25781/94 (Cyprus t. Turkije)
- EHRM (GK) 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Öcalan t. Turkije)
- EHRM (GK) 12 april 2006, nr. 65731/01 (Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk)
- EHRM (GK) 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen)
- EHRM (GK) 13 november 2007, nr. 57325/00 (D.H. e.a. t. Tsjechië)
- EHRM 9 maart 2011, nr. 7798/08 (Savez crkava "Riječ života" e.a. t. Kroatië)
- EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi e.a. t. Italië)
- EHRM 22 november 2011, nr. 8314/10 (Soukromá základní škola Cesta k úspěchu v Praze, s.r.o en Občanské sdružení Škola dětem t. Tsjechië)
- EHRM 21 februari 2012, nr. 31017/05 (Groza t. Roemenië)
- EHRM (GK) 15 maart 2012, nr. 39692/09 (Austin e.a. t. Verenigd Koninkrijk)
- EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04 (Catan e.a. t. Moldavië)

ABRvS

- ABRvS 16 mei 1990, *NTOR 1991*
- ABRvS 22 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT7964
- ABRvS 11 februari 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5509, E04960133, *AB 1998*, 28
- ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3706, 200506849/1
- ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3216
- ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, *JB 2008*, 184
- ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541
- ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2291, 201009068/1/T1/H2, *AB 2012/23*
- ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694, 201009068/1/A2 (De Koers), *JB 2012/221*, *Gst. 2013/10*
- ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1651, 201205921/1/A2, *AB 2013/109*

ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:859, 201300581/1/A2, *AB 2013*, 344
ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2197, 201409754/1/A2, *AB 2015*, 383
ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3249, *Gst 2016*, 16
ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2542, 201508899/1/A2, *AB 2017*, 79
ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, 201406676/1/A3, *AB 2016*, 426
ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RV:2017:86 *AB 2017*, 253, *Gst 2017*, 85.
ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:145
ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:471
ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1979
ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552

AGRvS

AGRvS 10 november 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN2883, *AB 1993*, 88

Hoge Raad

HR 7 december 1934, ECLI:NL:HR:17121934, *NJ 1935/392*
HR 15 februari 1957, *NJ 1957*, 201
HR 10 december 1957, ECLI:NL:HR:10121957, *NJ 1958/176*
HR 19 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6687 (Beijer/Smit), *NJ 1980/57*
HR 22 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0151 (Maimonides), *NJ 1988/891*
HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6719, *NJ 2010*, 422
HR 17 april 2012, ECLI:NL:XX:1988:AN0066, *NJ 2012*, 270
HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6898, *NJ 2015*, 276
HR 10 oktober 2014, ECLI:NL: HR:2014:2928, *AB 2015*, 21

Arbitragehof

Arbitragehof 1 maart 2005, 48/2005

Rechtbank

Rb. Den Haag 28 november 1984, *NJ 1986*

GS

GS Gelderland 9 juni 1988, ECLI:NL:XX:1988:AN0066, WZ8778942-WZ/CE104,
AB 1988, 471

Bundesverfassungsgericht

Bundesverfassungsgericht 29 april 2003, 1 BvR 436/03

Handelingen

Handelingen II 1877/78

Handelingen II 1885/86

Handelingen I 1888/89

Handelingen II 1888/89

Handelingen I 1970/71, 11101

Kamerstukken

Kamerstukken II 1854/55, III, nr. 1-3

Kamerstukken II 1855/56, LIV, nr. 3 en 4

Kamerstukken II 1855/56, LXXXIV, nr. 5 en 7

Kamerstukken II 1881/82, 135, nr. 3

Kamerstukken II 1886/87, 91, nr. 3, 4 en 10

Kamerstukken II 1877/78, 130, nr. 6

Kamerstukken II 1888/89, 89, nr. 3, 6 en 10

Kamerstukken II 1897/98, 160, nr. 1-3

Kamerstukken II 1900/01, 158, nr. 3 en 5

Kamerstukken II 1903/04, 198, nr. 3

Kamerstukken II 1919/20, 86, nr. 5

Kamerstukken II 1922/23, 201, nr. 4

Kamerstukken II 1955/56, LXXXIV, nr. 5

Kamerstukken II 1970/71, 11101, nr. 3 en 5

Kamerstukken II 1971/72, 11310, nr. 5, 35 en 58

Kamerstukken II 1975/76, 13874, nr. 4

Kamerstukken II 1976/77, 14428, nr. 3

Kamerstukken II 1977/78, 130, nr. 3, 6 en 7

Kamerstukken II 1978/79, 130, nr. 3

Kamerstukken II 1978/79, 14428, nr. 5

Kamerstukken II 1979/80, 14428, nr. 12

Kamerstukken II 1980/81, 14428, nr. 18

Kamerstukken II 1990/91, 22061, nr. 2

Kamerstukken II 1991/92, 22397, nr. 10

Kamerstukken II 1991/92, 22468, nr. 3-5 en 8

Kamerstukken II 1992/93, 23070, nr. 2-3 en 6

Kamerstukken II 1993/94, 23070, nr. 23-24 en 29

Kamerstukken II 1997/98, 25956, nr. 2

Kamerstukken II 2000/01, 27783, nr. 3

Kamerstukken II 2003/04, 29200 VI, nr. 84

Kamerstukken II 2003/04, 29536, nr. 1 en 3

Kamerstukken II 2004/05, 29666, nr. 3
Kamerstukken II 2005/06, 30652, nr. 3
Kamerstukken II 2006/07, 30652, nr. 11
Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3
Kamerstukken II 2009/10, 31571, nr. 4
Kamerstukken II 2009/10, 32007, nr. 6
Kamerstukken II 2011/12, 33000 VIII, nr. 156
Kamerstukken II 2011/12, 33218, nr. 1-2 en 4
Kamerstukken II 2012/13, 31293, nr.167
Kamerstukken II 2013/14, 31293, nr. 203 en 205
Kamerstukken II 2014/15, 31135, nr. 53
Kamerstukken II 2015/16, 31289, nr. 267 en 336
Kamerstukken II 2016/17, 34656, nr. 2

Koninklijke Besluiten

KB van 9 september 1817
KB van 2 oktober 1829
KB van 15 mei 1933, *AB* 1933, 543
KB van 27 oktober 1934, *Stb.* 554
KB van 1 november 1971, *JO nr.* 101
KB van 11 november 1983, *AB* 1984, 109
KB van 26 november 1986, *AB* 1987, 124
KB van 30 september 1987, *AB* 1988, 122

Artikel 23 Grondwet

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

Curriculum vitae

Stefan Philipsen werd op 15 augustus 1986 geboren te Nijmegen. In 2004 behaalde hij aan het Montessori College in diezelfde stad het VWO-diploma. Hij studeerde Nederlands recht aan de Radboud Universiteit. Naast zijn studie was hij actief als basketbalcoach. In 2012 studeerde hij af in het Staats- en Bestuursrecht. Aansluitend was hij als promovendus verbonden aan de sectie staats- en bestuursrecht van de Erasmus universiteit Rotterdam. Sinds 1 november 2017 is hij bij die sectie werkzaam als universitair docent staatsrecht. Tevens is Stefan lid van de redactie van het tijdschrift School en Wet.

