

Het is belangrijk dat het recht op onderwijs wordt opgenomen in artikel 23. Maar plaatsing in het eerste lid roept wel onderwijsrechtelijke vragen op. Ik zou beginnen met: “Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.” (lid 1). Voor de reden verwijs ik naar de MvA van het wetsvoorstel van de wijziging van de Grondwet 1917. Het eerste lid geeft duidelijk aan dat het Rijk de verantwoordelijkheid heeft voor het onderwijsstelsel. De volgende leden geven vervolgens invulling aan en aanvullingen op dit beginsel. Dat heeft de Grondwetgever in 1917 ook bedoeld. Daarna volgen de specifieke bepalingen over de inrichting van dit stelsel (met name openbaar en bijzonder onderwijs) en de randvoorwaarden (deugdelijkheidseisen, bekostiging). Uitgaande van deze systematiek moet het recht op onderwijs in een nieuw lid 2 worden opgenomen. Hiermee wordt duidelijk dat het recht op onderwijs het basisbeginsel is van ons onderwijs.

Lid 2: ‘ieder heeft recht op onderwijs’ is de eerste vertakking van lid 1. Met betrekking tot het recht op onderwijs verwijs ik naar het artikel van Theo Storimans: ‘Advies Onderwijsraad over artikel 23 Grondwet’, opgenomen in *School en Wet*, september 2012, p. 10 e.v. In zijn bijdrage bespreekt hij het Advies van de Onderwijsraad *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief. Nieuwe richtingen aan de vrijheid van onderwijs* (5 april 2012). Op pagina 10 en 11 gaat Storimans in op het “recht op onderwijs”. Op deze pagina’s merkt hij hierover op: “De laatste alinea van de aan het advies toegevoegd epiloog begint met: ‘Maar bovenal hebben leerlingen recht op goed onderwijs’. Met deze uitsmijter brengen de samenstellers van het advies precies tot uitdrukking waar het om draait. Wat de kern is van alles wat in een onderwijsbepaling van een grondwet vastgelegd behoort te worden. Des te merkwaardiger is het dat juist dit recht op onderwijs, dit recht op goed onderwijs, in het onderwijsartikel van onze Grondwet niet is opgenomen. Zeker zo merkwaardig is dat de Onderwijsraad tegen deze door hem zelf benadrukte achtergrond tot de slotsom komt dat artikel 23 Gw ongewijzigd kan blijven.

Toch blijft het recht op onderwijs in het advies niet geheel onbesproken. Het recht op onderwijs dient als leidraad voor het advies en bij het advies behoort een bijlage die onder meer gaat over het recht op onderwijs. In deze bijlage betoogt de raad dat het recht op onderwijs zowel geworteld is in de bedoeling van de grondwetgever als in het internationaal recht. Via de route van het internationaal recht en met name artikel 2, Eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP-EVRM) geldt dit recht bovendien onverkort in de Nederlandse rechtsorde. Omdat het recht op onderwijs krachtens EP-EVRM bovendien een bredere strekking heeft dan het recht op onderwijs dat via interpretatie uit artikel 23 Gw kan worden afgeleid, is het niet benoemen van dit recht in artikel 23 Gw volgens de raad geen ramp. Die redenering overtuigt niet. Het discriminatieverbod in artikel 1 van de Grondwet is in vrijwel elk verdrag opgenomen dat tot de Nederlandse rechtsorde behoort en dat van doen heeft met de grondrechten. Ook de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van godsdienst, de bescherming van de levenssfeer, en alle andere in hoofdstuk van de Nederlandse grondwet opgenomen grondrechten hebben hun equivalenten in talrijke internationale verdragen. Voor geen van deze grondrechten is de verankering in het internationaal recht in 1983 bij de herziening van de grondwet reden geweest om dan maar geen hoofdstuk over grondrechten in de Grondwet op te nemen of om het betrokken recht dan maar uit dat grondrechtenhoofdstuk weg te laten. En dit niet ten onrechte. Expliciete vermelding van een bepaald grondrecht in de grondwet heeft tot effect dat de formele wetgever zich elke keer als hij zich met het via dat

grondrecht geregeld onderwerp bezighoudt moet afvragen of dat recht in acht wordt genomen. Zo fungeert ook artikel 23, lid 2, Gw. Bij elke regeling betreffende het onderwijs moet de formele wetgever (regering, Tweede en Eerste Kamer) zich afvragen of bij datgene wat hij gaat regelen de vrijheid van onderwijs in acht wordt genomen. Dat gebeurt ook. Het ontbreken van een expliciete verwijzing naar ieders recht op onderwijs in de Grondwet heeft aldus tot gevolg dat regering en Staten-Generaal zich wel structureel druk maken over de positie van de onderwijsverstrekker en de mogelijke aantasting van de hem gelaten vrijheid, maar zich niet structureel bezighouden met eventuele beperkingen van de rechten van de onderwijsontvanger of diens wettelijk vertegenwoordiger.

Mogelijk onbedoeld, geeft het advies van de Onderwijsraad zelf een voorbeeld van het hier bedoelde effect. In paragraaf 4.3 merkt de raad op het vreemd te vinden dat er voor jongeren die van leerplicht zijn vrijgesteld geen garantie is dat zij onderwijs krijgen en, als zij dat krijgen, of dat onderwijs dat zij (thuis) krijgen aan minimumeisen voldoet. Ook deze groep kinderen – hoe klein die groep ook moge zijn – hebben, zo schrijft de raad, recht op goed onderwijs. Desondanks verklaarde de minister in de Kamer en kennelijk met instemming van de meerderheid van de Kamer het voor deze groep kinderen niet nodig te vinden iets te regelen. Als het recht op onderwijs expliciet in de grondwet was opgenomen, dan had de minister niet - net als nu is voorgekomen - zonder uitgebreide discussie over het recht op onderwijs tot dat standpunt kunnen komen. Als het op enig moment zo ver zal komen dat er in Nederland een constitutioneel hof komt dat wetten aan de grondwet mag toetsen zal het in de grondwet ontbreken van het recht op onderwijs en het wel expliciet in de grondwet opgenomen staan van de vrijheid om onderwijs te geven voor dat hof een beletsel vormen om de toetsing aan het recht op onderwijs op gelijke wijze uit te voeren als de toetsing aan het recht van de onderwijsverstrekker. En voor zolang zo'n hof er niet is of niet wenselijk wordt geacht zal men in Nederland met betrekking tot het recht op onderwijs moeten terugvallen op de rechtsopvatting van Europese rechters en ook die rechters interpreteren de grondrechten mede in relatie tot de lokale rechtsorde.

Als daarin het recht op onderwijs geen basis heeft maar wel het recht om onderwijs te geven dan zal dat zeker meewegen.”

Een fraaie beschouwing van Storimans die duidelijk aangeeft waarom het ‘Recht op onderwijs’ moet worden opgenomen in artikel 23 Grondwet.

Na lezing van de memorie van toelichting dienen de twee artikelleden over het openbaar onderwijs die over de vrijheid van onderwijs te worden geplaatst. De grondwetgever gaat immers uit van het primaat van dit onderwijs als algemene basisvoorziening voor ieder. Het openbaar onderwijs heeft een garantiefunctie in ons onderwijs. De strekking van artikel 23 lid 4 van de Grondwet is dat openbaar onderwijs móet en dat bijzonder onderwijs daarnaast mág bestaan. In het grondwetsartikel uit 1917 ligt het primaat dus duidelijk bij het openbaar onderwijs, dat zo een maatschappelijke garantiefunctie vervult in tegenstelling tot het bijzonder onderwijs. In reactie op vragen uit de Tweede Kamer over het wetsvoorstel *Meer ruimte voor nieuwe scholen* stelt minister Slob echter dat de eerste school in een nieuwbouwwijk helemaal geen openbare school hoeft te zijn. Daarmee negeert hij, zonder enige juridische onderbouwing, het grondwettelijke beginsel dat er in eerste instantie overal openbaar onderwijs voorhanden moet zijn en dat er daarnaast ook bijzonder onderwijs mag bestaan. Kortom de reactie van minister Slob gaat geheel voorbij aan de zorgplicht van de overheid voor het openbaar onderwijs. Zie het artikel van Stefan Philipsen ‘De garantie van voldoende openbaar voortgezet onderwijs: Hoe krimp het duale bestel uitholt’ (School en

Wet 2018-4). Hij schrijft onder meer: 'Het openbaar onderwijs vormt de ruggengraat van het duale bestel. Het biedt een basisstructuur van voor iedereen toegankelijk onderwijs van voldoende kwaliteit waaromheen zich het aanbod aan bijzonder onderwijs kan vormen...Dat het openbaar en bijzonder onderwijs gelijkwaardig zijn, betekent echter niet dat de openbare en bijzondere school ook inwisselbaar zijn. De Grondwet legt in artikel 23 lid 4 aan de overheid een verplichting op om zelfstandig en onafhankelijk van het aanbod aan bijzonder onderwijs een stelsel van openbare scholen in stand te houden. Deze norm is van toepassing op zowel het basis- als het middelbaar onderwijs... De strekking van die laatste opmerking van minister Slob, (*toevoeging FB*) lijkt te zijn dat zich geen probleem voordoet omdat het algemeen-bijzonder onderwijs in uiterlijke verschijningsvorm toch sterk lijkt op het openbaar onderwijs. Toegeven moet worden dat de algemene toegankelijkheid, die een belangrijk kenmerk vormt van het openbaar onderwijs, ook door het algemeen-bijzonder onderwijs wordt gewaarborgd. En hoewel openbaar en bijzonder onderwijs ook anderszins in de afgelopen jaren meer naar elkaar zijn toegegroeid, door bijvoorbeeld het op afstand plaatsen van openbare scholen, kan het bijzonder onderwijs om de redenen hiervoor uiteengezet nooit als openbaar onderwijs gelden. De verplichting om openbaar onderwijs aan te bieden is niet afhankelijk van de vraag of er bijzonder onderwijs aanwezig is dat in uiterlijke verschijningsvorm lijkt op het openbaar onderwijs. De verplichting om te zorgen voor voldoende openbaar onderwijs in een genoegzaam aantal scholen is een zelfstandige op de overheid rustende verplichting.'

Paul Zoontjens benadrukt in zijn handboek *Onderwijsrecht-Eenheid in verscheidenheid* dat artikel 23 het primaat toekent aan het openbaar onderwijs. 'Bijzonder onderwijs mag er weliswaar zijn, maar openbaar onderwijs móet er zijn: in beginsel in elke gemeente en in een genoegzaam aantal scholen. Het betekent dat er bij de overheid een speciale verantwoordelijkheid bestaat voor de komst van nieuwe en het voortbestaan van bestaande openbare scholen'.

Lid 4 in het voorstel bepaalt: "Ten aanzien van het algemeen vormend onderwijs, beroepsonderwijs en hoger onderwijs geeft de wet regels ter bevordering van de gelijke kansen van onderwijsdeelnemers, de ontplooiing van hun persoonlijkheid alsook kennis van en respect voor de basiswaarden van de democratische rechtsstaat." Lid 9 in het voorstel bepaalt: "Het bijzonder algemeen vormend onderwijs, beroepsonderwijs en hoger onderwijs, dat aan de bij of krachtens de wet te stellen voorwaarden voldoet en dat op gelijke voet toegankelijk is voor onderwijsdeelnemers die de grondslag van de onderwijsinstelling respecteren, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend."

De bedoeling van de wijziging met betrekking tot lid 9 begrijp ik wel. In het Maimonides-arrest uit 1988 besliste de Hoge Raad dat een orthodox-joodse school een leerling uit een liberaal-joods gezin kon weigeren, omdat deze weigering was gebaseerd op een consistent beleid dat rechtstreeks voortvloeide uit de religieuze grondslag van de school. In lijn met dit arrest laat de AWGB bijzondere scholen en andere instellingen die uitgaan van een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag dus de vrijheid om criteria te hanteren die zijn afgeleid van hun religieuze 'missie' bij hun beslissing welke leerkrachten en leerlingen zij aannemen, mits deze criteria op een consistente wijze worden toegepast...Het betekent bovendien dat

als dergelijke instellingen hun werknemers of leerlingen niet consequent op basis van de grondslag selecteren, zij zich volgens mij niet kunnen beroepen op de uitzonderingsbepalingen van de AWGB. Wanneer zij dus incidenteel wel op basis van de grondslag selecteren, handelen ze in strijd met de AWGB. In de praktijk betekent dit nu de meerderheid van de confessionele instellingen niet stringent aan de grondslag vasthouden, zich in het algemeen niet op de uitzonderingsbepalingen kunnen beroepen, en volledig gebonden zijn aan de non-discriminatienormen van de AWGB. Met andere woorden, de bijzondere instellingen die volgens de maatstaven van het Maimonides-arrest en de Algemene wet gelijke behandeling feitelijk selecteren aan de poort zijn betrekkelijk gering in aantal. De overgrote meerderheid van de bijzondere scholen van primair en voortgezet onderwijs voert een open toelatingsbeleid voert, waarbij leerlingen niet de toegang kan worden geweigerd, maar slechts kan worden gevraagd de richting van de school te respecteren. Verder wijs ik erop dat het bevoegd gezag van een school voor speciaal onderwijs, hogeschool of (bijzondere) universiteit niet kan selecteren op grond van richting. Het kan slechts verlangen dat de leerling of student, of diens ouders, de religieuze of levensbeschouwelijke grondslag van de school of instelling respecteert; zie artikel 40 WEC, 8.1.1 WEB en 7.37 WHW. Ik verwacht niet dat ouders die niet behoren tot de orthodox-christelijke of islamitische stroming zullen kiezen voor een school van deze stromingen. De vraag is waarom zou lid 9 dan gewijzigd moeten worden. Paul Zoontjens merkt terecht op dat er al een open toelatingsbeleid in Nederland is. De grondwetswijziging (van lid 9) zal het maatschappelijke probleem van segregatie niet oplossen.

Ik zou wel lid 4 handhaven. Het betekent dat de wetgever bij wetgeving moet nagaan of de wetgeving voldoet aan de uitgangspunten van lid 2 en lid 4.

Uit bovenstaande reactie komt duidelijk naar voren dat ik zeer positief sta tegen de voorgestelde wijzigingen. Waarbij ik aantekenen dat de voorgestelde wijziging van lid 9 de discussie waar het om gaat (de voorgestelde leden 1 en 4) kunnen ondersneeuwen en dat zou wel erg jammer zijn.

Frans Brekelmans