

‘VRIJHEID VAN’ EN ‘RECHT OP’ ONDERWIJS

[gepubliceerd in: Migratie en Integratie, losbladige bundel SDU, Den Haag 2003]

P.J.J. Zoontjens¹

1. Inleiding

Elke in Nederland woonachtige jongere tussen 5 en 16 jaar moet in beginsel naar school. Daarbij geldt - zoals we nog zullen zien - geen onderscheid naar etnische afkomst of nationaliteit, naar reden en titel van verblijf of naar innerlijke overtuiging.² Onderwijs is er voor alle kinderen. Zij mogen verwachten, zoals het in 2001 in een beleidsstuk werd geformuleerd, “dat hun scholen en opleidingen er alles aan doen om hen in staat te stellen de prestaties te leveren die in overeenstemming zijn met hun talenten en vaardigheden én in overeenstemming met hun toekomstige maatschappelijke taken en verantwoordelijkheden”.³ Het onderwijs heeft een belangrijke functie voor de huidige en toekomstige samenleving. Het biedt kansen voor jongeren en bereidt hen voor op hun toekomstige rol. Dat de Nederlandse samenleving multicultureel is laat het onderwijs uiteraard niet onberoerd. Scholen worden gezien als een bepalende factor bij het streven naar de individuele en maatschappelijke ontplooiing van leden van minderheidsgroepen en de integratie tussen autochtonen en allochtonen. Dit besef is wijdverbreid en vindt naast de Nederlandse Grondwet en de onderwijswetgeving ook uitdrukking in internationale verdragen, waaraan Nederland zich gebonden acht.

Algemeen wordt erkend dat de overheid in belangrijke mate verantwoordelijk is voor het onderwijs, door onder meer de instandhouding van instellingen en door eisen te stellen aan de inhoud van het curriculum. Ook voor ouders, leerlingen en leerkrachten - al of niet lid van een minderheidsgroep - zijn bepaalde doelstellingen rechtstreeks en op fundamentele wijze relevant: de vorming en maatschappelijke voorbereiding van kinderen, de bevordering van waarden en normen die door ‘thuis’ worden onderschreven, het geven van verantwoord onderwijs en van specifieke vakken. Er rijst daarbij al snel de vraag wie van de hier betrokken ‘partijen’ het uiteindelijk voor het zeggen heeft. Als de overheid ongestoord haar gang mag gaan, kan dit stuiten op de gerechtvaardigde verlangens van ouders en leerkrachten. Als de laatsten zonder noemenswaardige belemmering de vrije hand zouden hebben krijgen daardoor onderlinge belangentegenstellingen de ruimte en kunnen belangen die de afzonderlijke school of instelling overstijgen al snel in het gedrang komen.

Een afweging is dus vereist. Een belangenafweging op het meest fundamentele niveau vindt plaats in de grond- en mensenrechten. Deze zijn in de regel geformuleerd als verplichtingen van de overheid, waar tegenover in sommige gevallen een afdwingbaar recht van burgers, van particulieren staat. In het navolgende zullen de voornaamste grond- en mensenrechten op het terrein van het onderwijs worden behandeld. Gezien de bijzondere positie in verband met de leeftijdsfase van de betreffende leerlingen, en de leerplicht, zullen we de aandacht vrijwel uitsluitend richten op het primair en voortgezet onderwijs. Aan de orde komen de Grondwet

¹ Paul Zoontjens is bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.

² De wet kent alleen betekenis toe aan innerlijke overtuigingen van religieuze aard: indien degenen die het gezag uitoefenen over een jongere overwegende bezwaren hebben tegen de richting van alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen is er vrijstelling van de leerplicht. Vgl. art. 5 Leerplichtwet 1969.

³ Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (2001), *Grenzeloos leren: een verkenning naar onderwijs en onderzoek in 2010*, Zoetermeer.

en - voor zover relevant - de onderwijswetgeving (§ 3), alsmede internationale verdragsbepalingen (§ 2). Met de laatste wordt hier thans aangevangen.

2. *Het recht op onderwijs in internationaal perspectief*

2.1 *Algemeen*

In de internationale verdragen en het Europese recht zijn verschillende bepalingen aan te wijzen die rechtstreeks van belang zijn voor het recht op onderwijs in een multiculturele samenleving. Daarbij zijn globaal drie benaderingen te onderscheiden. In de eerste plaats is er een reeks van bepalingen die een *algemeen recht op onderwijs* definieert dat aan eenieder, op voet van gelijkheid, toekomt. Voorbeelden daarvan zijn artikel 2, Eerste Protocol, Europees Verdrag voor de rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)⁴, artikel 13, eerste en derde lid, Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESC)⁵ en de artikelen 28 en onderdelen van 29 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (VRK).⁶ Een tweede type verdragsrecht heeft expliciet betrekking op het *recht op onderwijs van nationale minderheden*. Dit recht is verbonden met de positie van groepen met een specifieke gemeenschappelijke identiteit op het terrein van cultuur, geloof, taal en/of traditie,⁷ welke afwijkt van andere groepen in de samenleving. Voorbeelden zijn artikel 29, eerste lid, onder c, VRK en de artikelen 12, 13 en 14 van het Kaderverdrag voor de bescherming van nationale minderheden (KVNMM).⁸ Een laatste groep van voor ons onderwerp relevante bepalingen biedt *bescherming tegen ongelijke behandeling en discriminatie in het onderwijs*. Deze vinden we onder andere in het Verdrag nopens de Bestrijding van Discriminatie in het Onderwijs (VBDO),⁹ artikelen 2 en 5 van het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (IVUR)¹⁰ en artikelen 1 en 2 van de Richtlijn van de Raad van de Europese Unie, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (Richtlijn).¹¹ Voor het onderstaande is een selectie gemaakt van relevante bepalingen. Daarbij komen zelfstandig aan bod het EVRM, het IVESC, het VRK, het IVUR, de Richtlijn, en het EG-Verdragsrecht. Afgezien wordt van bespreking van het nog redelijk jonge, internationaal beschermde recht van nationale minderheden. Uit de artikelen 12 tot en met 14 van het KVNMM valt af te leiden dat de overheid tot taak heeft de kennis te bevorderen van de cultuur, de geschiedenis, de taal en het geloof van nationale minderheden. Ook dient zij te bevorderen dat eenieder gelijke kansen heeft bij de toegang tot onderwijsvoorzieningen en dient zij de vrijheid van nationale minderheden om eigen privé-scholen op te richten en te beheren te respecteren. Voorts geldt dat ieder lid van een nationale minderheid recht heeft op het leren van zijn of haar eigen taal. De overheid dient onder bepaalde voorwaarden daarvoor voorzieningen beschikbaar te stellen. Volgens de officiële toelichting bij het KVNMM bevat het verdrag vermoedelijk (want uiteindelijk maakt de rechter dit zelf uit) geen rechtstreekse werkende bepalingen waarop bij de rechter een beroep kan worden gedaan. Het verdrag bevat

⁴ Trb 1952, 80; laatstelijk gewijzigd in Trb 1994, 165.

⁵ Trb 1969, 100; herziene vertaling in Trb 1978, 178.

⁶ Trb 1990, 170; opnieuw gepubliceerd in Trb 1997, 81.

⁷ Zie voor deze definitie van 'identiteit': artikel 5, eerste lid, Kaderverdrag voor de bescherming van nationale minderheden (KVNMM).

⁸ Trb 1995, 197.

⁹ Trb 1964, 69.

¹⁰ Trb 1966, 237.

¹¹ Publicatieblad nr. L 180 van 19 juli 2000.

verder geen definitie van nationale minderheden.¹² Juist vanwege onenigheid met de Eerste Kamer over deze voor de Nederlandse situatie te hanteren definitie is de behandeling van de goedkeuringswet van het KVNМ opgeschort.¹³ Of ooit ratificatie zal plaatsvinden, en zo ja wanneer, is anno 2002 niet duidelijk.

2.2 Artikel 2, Eerste Protocol, EVRM:

“Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd. Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.”

De eerste volzin van dit artikel garandeert het recht op onderwijs. Volgens de tweede volzin moet de staat het recht op schoolkeuze van ouders eerbiedigen. Uit het recht op onderwijs van de eerste volzin valt af te leiden dat voor een ieder het recht op toegang tot het onderwijs dient open te staan.¹⁴ ‘Een ieder’ omvat naar nationaal recht rechtmatig in Nederland verblijf houdende vreemdelingen in de zin van artikel 8 Vreemdelingenwet 2000, maar ook hen die hier niet rechtmatig verblijf houden (‘illegale’ vreemdelingen), voor zover zij nog in de leerplichtige leeftijd verkeren.¹⁵

Het Europese Hof voor Rechten van de Mens (EHRM) heeft in de Belgische Taalzaak uitgesproken dat uit het recht op onderwijs niet volgt dat de staat in zijn algemeenheid is verplicht tot het oprichten en instandhouden van een bepaald type onderwijsinstelling of tot het aanbieden van onderwijs in een bepaalde taal. Wel volgt eruit dat een ieder een gelijk recht heeft op toegang tot *bestaande* onderwijsvoorzieningen. Het betekent ook dat het onderwijs in al zijn fases en geledingen open moet staan voor die personen die daartoe de bekwaamheid bezitten. Zij dienen bovendien het recht te hebben dat onderwijs te voltooien, mits aan een aantal door de staat gestelde vereisten is voldaan. Hieruit volgt verder het recht op erkenning van behaalde resultaten, c.q. diploma’s.¹⁶

De verplichting van de staat tot eerbiediging van het recht tot schoolkeuze gaat niet zover dat ouders zich met een beroep op hun overtuigingen kunnen onttrekken aan de leerplicht.¹⁷ Wel moeten principiële, respectabele bezwaren tegen lijfstraffen worden geëerbiedigd.¹⁸

Bovendien moet het door de overheid aangeboden onderwijs pluralistisch zijn en mag het niet indoctrinerend zijn. De overheid mag met inachtneming van de randvoorwaarden van

¹² Zie Explanatory report of the Framework Convention, <http://arts.uwaterloo.ca/MINELRES/coe/FC_exr.htm> en de Nederlandse vertaling ervan in Kamerstukken II 1998/99, 26 389, nr. 3, p. 17-32.

¹³ Zie Handelingen I, 29 mei 2001, in het bijzonder p. 31-1390 en p. 31-1408.

¹⁴ D. Mentink en B.P. Vermeulen (2001), *Artikel 23 Grondwet. Tekst en toelichting op het onderwijsartikel in de Grondwet*, Den Haag, p. 43.

¹⁵ Mentink/Vermeulen, idem. Zie artikel 10, tweede lid, Vw2000, j^o: artikelen 40, eerste lid, tweede volzin, Wet op het primair onderwijs (Wpo) en artikel 27, lid 1a, onder b, Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo).

¹⁶ EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak).

¹⁷ ECRM 6 maart 1984, zaak 10233/83, Decisions and Reports 37 (H. v. Verenigd Koninkrijk). De strekking van HR 30 oktober 2001, LJN-nummer: AB2946, zaaknr: 01770/00 (www.rechtspraak.nl) is conform eerdere jurisprudentie vanaf 1980 dan ook dat de in artikel 2 van de Leerplichtwet 1969 neergelegde vrijstellingsgrond wegens richtingsbezwaren zo beperkt mogelijk dient te worden uitgelegd. In casu werden deze bezwaren als ‘niet-overwegend’ aangemerkt.

¹⁸ EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell and Cosans).

pluriformiteit en afwezigheid van indoctrinatie het curriculum regelen.¹⁹ Art. 2, Eerste Protocol, EVRM waarborgt tenslotte ook de vrijheid van oprichting, het recht om een eigen school te stichten; deze bepaling verplicht de staat echter niet tot subsidiëring.²⁰ In het Maimonides-arrest heeft de Hoge Raad uitgesproken dat het recht op vrije schoolkeuze van artikel 2, Eerste Protocol, EVRM de ouders tegenover de Staat een fundamentele aanspraak op respect voor hun keuze voor onderwijs van een bepaalde, met hun godsdienstige en filosofische overeenstemmende richting geeft. Dit recht kan echter niet jegens een instelling van bijzonder onderwijs van een zodanige richting geldend worden gemaakt, in de zin dat op grond daarvan de instelling verplicht wordt een leerling toe te laten.²¹

2.3 Artikel 13 IVESC:

“1. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op onderwijs. Zij zijn van oordeel dat het onderwijs gericht dient te zijn op de volledige ontplooiing van de menselijke persoonlijkheid en van het besef van haar waardigheid en dat het dient bij te dragen tot de eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Zij zijn voorts van oordeel dat het onderwijs een ieder in staat dient te stellen een nuttige rol te vervullen in een vrije samenleving en het begrip, de verdraagzaamheid en de vriendschap onder alle volken en alle rasgemeenschappen, etnische en godsdienstige groeperingen, alsmede de activiteiten van de Verenigde Naties voor de handhaving van de vrede dient te bevorderen.

2. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen dat, ten einde tot een volledige verwezenlijking van dit recht te komen:

- a. Het primaire onderwijs voor allen verplicht en kosteloos beschikbaar dient te zijn;
- b. Het secundair onderwijs in zijn verschillende vormen, waarbij inbegrepen het secundaire technische onderwijs en het beroepsonderwijs, door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs algemeen beschikbaar en voor allen toegankelijk dient te worden gemaakt;
- c. Het hoger onderwijs door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs voor een ieder op basis van bekwaamheid gelijkelijk toegankelijk dient te worden gemaakt;
- d. Het fundamenteel onderricht zoveel mogelijk dient te worden gestimuleerd of geïntensiveerd ten behoeve van personen die geen lager onderwijs hebben genoten of dit niet hebben voltooid;
- e. De ontwikkeling van een stelsel van scholen van alle niveaus met kracht dient te worden nagestreefd, een passend stelsel van studiebeurzen in het leven dient te worden geroepen en materiële omstandigheden van het onderwijzend personeel voortdurend dient te worden verbeterd.

3. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag verbinden zich de vrijheid te eerbiedigen van ouders of wettige voogden om voor hun kinderen of pupillen andere dan door de overheid opgerichte scholen te kiezen, die beantwoorden aan de door de Staat vast te stellen of goed te keuren minimumonderwijsnormen en hun godsdienstige en zedelijke opvoeding te verzekeren overeenkomstig hun eigen overtuiging.

4. Geen onderdeel van dit artikel mag zodanig worden uitgelegd dat het de vrijheid aantast van individuele personen of rechtspersonen inrichtingen voor onderwijs op te richten en

¹⁹ EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen). Zie ook Rb. Den Haag 18 januari 1995, NTOR 1995, 44, m.n. B.P. Vermeulen, alsmede P.J.J. Zoontjens (1995), Wettelijke kerndoelen en de Vrije Scholen, *School en Wet*, april, p. 2-5.

²⁰ EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen).

²¹ HR 22 januari 1988, AB 1988, 96, NJ 1988, 981.

daaraan leiding te geven, met inachtneming evenwel van de in het eerste lid van dit artikel neergelegde beginselen en van de voorwaarde dat het aan deze inrichtingen gegeven onderwijs beantwoordt aan door de Staat vastgestelde minimumnormen.”

Artikel 13 bevat in het eerste en derde lid met art. 2, Eerste Protocol, EVRM vergelijkbare rechten. Afwijkend is evenwel dat in het eerste lid van artikel 13 ook een inhoudelijke doelstelling van het onderwijs is vastgelegd. Het dient gericht te zijn op de volledige ontplooiing van de menselijke persoonlijkheid en op de menselijke waardigheid. Bovendien dient het bij te dragen tot de eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Deze inhoudelijke doelstelling, die ook terugkeert in artikel 29, eerste lid, VRK, heeft geen vertaling gekregen in het nationale onderwijsrecht. Zij zou van betekenis kunnen zijn in de sinds enige jaren lopende discussie over de mate waarin het onderwijs aan sommige islamitische scholen in Nederland beantwoordt aan principes van de democratische rechtsorde.²² Zolang evenwel niet wordt erkend dat artikel 13 IVESC (of 29 VRK) rechtstreeks doorwerkt in onze rechtsorde, kunnen scholen op de naleving van deze doelstelling niet worden aangesproken door de onderwijsinspectie.

Bij de handhaving van het IVESC is, anders dan bij het EVRM zoals we zagen, geen internationale rechter actief. Voor de bepaling van de betekenis van de rechten van dit verdrag zijn we louter aangewezen op de nationale rechtspraak. Volgens de Hoge Raad in het Harmonisatiewet arrest is art. 13, eerste en tweede lid, IVESC niet een ‘ieder verbindende bepaling’ in de zin van art. 93 Grondwet, zodat de Nederlandse rechter nationale wetten en andere maatregelen daaraan niet kan toetsen.²³ Ook andere rechten van het IVESC hebben bij de Hoge Raad en andere rechters totnogtoe hetzelfde lot getroffen, zodat kan worden gesproken van een vaste lijn in de jurisprudentie, waarbij rechtstreekse werking aan het IVESC als zodanig in de Nederlandse rechtsorde wordt onthouden.²⁴

In het tweede lid van artikel 13 IVESC is verder een groot aantal prestatieplichten voor de overheid vastgelegd. Daaruit valt grosso modo af te leiden dat een onderwijsbestel dient te worden in stand gehouden, dat is onderverdeeld in primair, secundair en hoger onderwijs. Voor de toegankelijkheid en kwaliteit ervan dient een groot aantal randvoorwaardelijke voorzieningen te worden getroffen. De norm dat het primair onderwijs voor allen kosteloos beschikbaar moet worden gesteld wordt volgens de Nederlandse wetgever in acht genomen. Het begrip ‘primair onderwijs’ volgens het verdrag is ruim, in ieder geval meeromvattend dan naar nationaal recht, te weten de Wpo en de Wet op de expertisecentra (Wec). Volgens onze onderwijswetgeving is er primair onderwijs voor kinderen vanaf vier jaar en wordt het gedurende acht opeenvolgende jaren gegeven. Volgens een gezaghebbende, maar niet bindende interpretatie van het verdragsartikel omvat het de onderwijsperiode die is benodigd voor het aanleren van essentiële kennis en vaardigheden om mensen onder meer in staat te stellen te overleven, hun volle vermogens te ontwikkelen, te leven en te werken in waardigheid, de kwaliteit van hun leven te verbeteren, verantwoorde beslissingen te nemen en vervolgonderwijs aan te kunnen.²⁵ Deze materiële definitie heeft naar Nederlandse maatstaven

²² Zie daarover Binnenlandse Veiligheidsdienst (2002), *De democratische rechtsorde en islamitisch onderwijs. Buitenlandse inmenging en anti-integratieve tendensen*, Den Haag (BVD-rapport).

²³ HR 14 April 1989, AB 1989, 207, NJ 1989, 469.

²⁴ Vgl. F. Vlemminx (2002), *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag, p. 206. Zie ook C.A.J.M. Kortmann (2001), *Constitutioneel recht*, Deventer, p. 388.

²⁵ Vgl. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 13 (E/C.12/1999/10, CESCR), Geneve 8 december 1999. Verwezen wordt naar de ‘World Declaration on Education for All’ volgens welke ‘primair onderwijs’ omvat “essential learning tools (such as literacy, oral expression,

betrekking op het funderend onderwijs, te weten het basisonderwijs (Wpo, Wec) en de eerste drie jaar van het voortgezet onderwijs, de basisvorming (Wvo). Gedurende deze periode, zo is door de wetgever erkend, is het onderwijs leerplichtig en kosteloos.²⁶

2.4 Artikel 28 VRK:

“1. De Staten die partij zijn, erkennen het recht van het kind op onderwijs, en teneinde dit recht geleidelijk en op basis van gelijke kansen te verwezenlijken, verbinden zij zich er met name toe:

- a. primair onderwijs verplicht te stellen en voor iedereen gratis beschikbaar te stellen;
- b. de ontwikkeling van verschillende vormen van voortgezet onderwijs aan te moedigen, met inbegrip van algemeen onderwijs en beroepsonderwijs, deze vormen voor ieder kind beschikbaar te stellen en toegankelijk te maken, en passende maatregelen te nemen zoals de invoering van gratis onderwijs en het bieden van financiële bijstand indien noodzakelijk;
- c. met behulp van alle passende middelen hoger onderwijs toegankelijk te maken voor een ieder naar gelang zijn capaciteiten;
- d. informatie over en begeleiding bij onderwijs- en beroepskeuze voor alle kinderen beschikbaar te stellen en toegankelijk te maken;
- e. maatregelen te nemen om regelmatig schoolbezoek te bevorderen en het aantal kinderen dat de school vroegtijdig verlaat, te verminderen.

2. De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om te verzekeren dat de wijze van handhaving van de discipline op scholen verenigbaar is met de menselijke waardigheid van het kind en in overeenstemming is met dit Verdrag.

3. De Staten die partij zijn, bevorderen en stimuleren internationale samenwerking in aangelegenheden die verband houden met onderwijs, met name teneinde bij te dragen tot de uitbanning van onwetendheid en analfabetisme in de gehele wereld, en de toegankelijkheid van wetenschappelijke en technische kennis en moderne onderwijsmethoden te vergroten. In dit opzicht wordt met name rekening gehouden met de behoeften van de ontwikkelingslanden.”

Een aantal bepalingen van het Verdrag voor de Rechten van het Kind (VRK) verplicht de staat tot het treffen van maatregelen die het recht op onderwijs van kinderen kunnen verzekeren. Zo dient de Staat ingevolge artikel 23, tweede lid, VRK ‘bijstand’ te verlenen die erop is gericht te waarborgen dat een gehandicapt kind ‘daadwerkelijk toegang heeft tot onderwijs’. De belangrijkste bepaling is zonder twijfel artikel 28 VRK. Deze formuleert een aantal rechten die ook zijn te vinden in artikel 13 IVESC. Daarnaast draagt het staten onder meer op regelmatig schoolbezoek te bevorderen, schoolverzuim tegen te gaan en passende maatregelen te nemen ‘om te verzekeren dat de wijze van handhaving van de discipline op scholen verenigbaar is met de menselijke waardigheid van het kind’. Artikel 29, dat hier niet apart wordt geciteerd, formuleert een aantal doelen van het onderwijs, zoals het bijbrengen van eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het bijbrengen van eerbied voor de ouders en voor de natuurlijke omgeving, en de voorbereiding van het kind op een verantwoord leven in een vrije samenleving.

numeracy, and problem solving) and the basic learning content (such as knowledge, skills, values, and attitudes) required by human beings to be able to survive, to develop their full capacities, to live and work in dignity, to participate fully in development, to improve the quality of their lives, to make informed decisions, and to continue learning”.

²⁶ Zie memorie van toelichting bij de Wet tot wijziging van de Les- en cursusgeldwet en de Wet tegemoetkoming studiekosten, Kamerstukken II 1996/97, 25 321, nr. 3, p. 1.

Over het VRK is in verband met onderwijs geen jurisprudentie van de Nederlandse rechter bekend. Waarschijnlijk zou, indien er een beroep op wordt gedaan, artikel 28 hetzelfde lot treffen als de rechten van het IVESC. Immers, er is sprake van een grote structuurverwantschap met de formulering van artikel 13 van het laatste verdrag.

2.5 Anti-discriminatiebepalingen

Artikel 1, eerste lid, IVUR:

“In dit Verdrag wordt onder “rassendiscriminatie” verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning van het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens of de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft.”

Artikel 5, onder e, sub v, IVUR:

“Overeenkomstig de fundamentele verplichtingen vervat in artikel 2 van dit Verdrag nemen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag de verplichting op zich rassendiscriminatie in al haar vormen te verbieden en uit te bannen en het recht van een ieder, zonder onderscheid naar ras, huidskleur of nationale of etnische afstamming, op gelijkheid voor de wet te verzekeren, in het bijzonder wat het genot van de navolgende rechten betreft: het recht op onderwijs en opleiding.”

Er is een verspreid geheel van bepalingen in het internationale en het Europese recht dat ziet op het verbod van discriminatie met betrekking tot de toegang tot onderwijsvoorzieningen en het genot van onderwijs. Geciteerd zijn slechts bepalingen uit het IVUR. Eveneens relevant zijn bepalingen uit het Verdrag inzake de Bestrijding van Discriminatie in het Onderwijs (VBDO, 1960) en de recente Richtlijn van 29 juni 2000 (Richtlijn).²⁷ De verschillende bepalingen zijn rechtstreeks van betekenis voor de waardering van mogelijkheden tot het bevorderen van integratie en het tegengaan van segregatie in het onderwijs, zoals met betrekking tot het verschijnsel van witte en zwarte scholen. De algemene lijn die eruit spreekt is dat een eventueel beleid tot spreiding van leerlingen over scholen niet mag zijn gebaseerd op onderscheid naar nationaliteit, ras, huidskleur of etnische afstamming.²⁸ Artikel 2, onder b, VBDO, artikel 5, onder e, IVUR en artikel 3 van de Richtlijn verbieden in ieder geval discriminatie naar ras of etnische afstamming bij de toegang tot het onderwijs en tot onderwijsvoorzieningen. Ook in artikel 1 jo. 7, eerste lid, Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) is deze norm vastgelegd, voor zover daaruit volgt dat het onderscheid naar ras en nationaliteit bij de toelating tot een school direct onderscheid in de zin van de Awgb oplevert. Niet elk onderscheid is evenwel ontoelaatbaar. Uit artikel 2, onder b, en artikel 5, eerste lid, onder b, VBDO (niet geciteerd) valt af te leiden dat er bij het in Nederland geldende onderscheid tussen bekostigd openbaar en bijzonder onderwijs geen sprake is van discriminatie in de zin van het Verdrag. Artikel 7, tweede lid, Awgb sluit daarop aan, voor zover daarbij de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs wordt gerespecteerd om bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor verwezenlijking van haar grondslag. Volgens dezelfde bepaling mogen deze eisen evenwel niet leiden tot onderscheid op grond van het

²⁷ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming; PB L 180 van 19 juli 2000, blz. 22).

²⁸ Zie hierover B.P. Vermeulen (2001), *Witte en zwarte scholen. Over spreidingsbeleid, onderwijsvrijheid en sociale cohesie*, Den Haag, p. 23 e.v.

enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Van toetsing aan het IVUR bevat de Nederlandse jurisprudentie een voorbeeld. Het in de jaren zeventig door de gemeente Rotterdam geformuleerde beleid om nieuwkomers te spreiden over de verschillende stadswijken om de integratie met autochtonen te bevorderen kon geen genade vinden bij de Kroon wegens strijd met o.a. artikel 5, onder d, IVUR dat discriminatie naar – onder meer - ras, huidskleur of nationale of etnische afstamming verbiedt betreffende het genot van het recht zich vrijelijk te verplaatsen en te verblijven binnen de grenzen van een Staat.²⁹

2.6 Artikel 149 Europese Gemeenschapsverdrag:

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

2. Het optreden van de Gemeenschap is erop gericht:

- de Europese dimensie in het onderwijs tot ontwikkeling te brengen, met name door onderricht in en verspreiding van de talen der lidstaten;
- de mobiliteit van studenten en docenten te bevorderen, mede door de academische erkenning van diploma's en studietijdvakken aan te moedigen;
- de samenwerking tussen onderwijsinstellingen te bevorderen;
- uitwisseling te bevorderen van informatie en ervaring omtrent de gemeenschappelijke vraagstukken waarmee de onderwijsstelsels van de lidstaten worden geconfronteerd;
- de ontwikkeling van uitwisselingsprogramma's voor jongeren en jongerenwerkers te bevorderen;
- de ontwikkeling van het onderwijs op afstand te stimuleren.

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

4. Om bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel neemt de Raad:- volgens de procedure van artikel 251 en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, stimuleringsmaatregelen aan, met uitsluiting van harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten, met gekwalificeerde meerderheid van stemmen, op voorstel van de Commissie, aanbevelingen aan.”

Volgens artikel 149 EG-Verdrag, en het soortgelijke artikel 150 dat betrekking heeft op beroepsonderwijs, berust de verantwoordelijkheid voor de inhoud en opzet van het onderwijs bij de lidstaten. De gemeenschap heeft een ondersteunende taak die er voornamelijk uit bestaat de samenwerking tussen lidstaten en tussen onderwijsinstellingen te bevorderen en voorwaarden te verschaffen voor verbetering van de mobiliteit van studenten en docenten. De waarborg die van deze bepaling uitgaat is niet absoluut. Het EG-Verdrag biedt een zelfstandige basis voor Europees beleid op het terrein van onderlinge diploma-erkenning (artikel 47 EG-Verdrag). De Europese dimensie is verder van groot belang voor subsidieprogramma's die de uitwisseling bevorderen van docenten en studenten en voor de problematiek van toelating aan instellingen die beroepsopleidingen verzorgen. Over de verschillende aspecten bestaat uitgebreide jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG.

²⁹ Kb 19 juli 1974, Stb. 496 en Kb 10 september 1974, Stb. 556.

Daarbij spelen de anti-discriminatiebeginselen van artikelen 12 en 13 EG-Verdrag en van het vrij verkeer volgens artikelen 39 e.v. EG-Verdrag een belangrijke rol.³⁰ De bescherming van het Europese recht komt in beginsel alleen ten goede aan EU-burgers, personen die de nationaliteit bezitten van een der lid-staten.³¹ Of, en zo ja de mate waarin “derde-landers”, dat wil zeggen burgers met de nationaliteit van landen buiten de EU, onder het Europese recht vallen is grotendeels afhankelijk van nationaal en, op termijn ook, Europees migratierecht.³²

2.7 *Afsluitende opmerkingen: de invloed van het internationale en Europese recht*

De invloed van de internationale bepalingen inzake het recht op onderwijs op de Nederlandse situatie is moeilijk aan te geven, zeker als het om de toekomst gaat. Daarvoor kunnen twee redenen worden genoemd:

In de eerste plaats kan uit de rechtspraak momenteel geen belangrijke, bepalende rol van het internationale recht worden afgeleid. Uit het Harmonisatiewet arrest, maar ook het Maimonidesarrest³³ blijkt dat de praktische consequenties van vigerende verdragsbepalingen voor burgers die hun recht op onderwijs willen geldend maken, beperkt zijn. Dat hoeft echter niet zo te blijven. De interpretatie van artikel 2, Eerste Protocol, EVRM heeft de Nederlandse rechter niet volledig zelf in de hand. Hij kan zich koesteren in het gegeven dat de jurisprudentie van het EHRM over dit verdragsartikel schaars en al min of meer op jaren is. Indien het EHRM hierover een nieuwe uitspraak zou doen die fundamentele consequenties heeft voor de constitutionele uitgangspunten van ons onderwijsbestel is deze ingevolge artikel 46 van het EVRM en artikel 94 Grondwet direct bindend voor de Nederlandse wetgever, het bestuur en de rechtspraak. Daarmee wordt dan eventueel ook zonder problemen artikel 23 Grondwet opzij gezet.

Een voorbeeld. Volgens de Hoge Raad in het Maimonidesarrest is artikel 2, Eerste Protocol, EVRM niet geschreven voor de relatie met een ‘particuliere’ instelling van door de overheid bekostigd bijzonder onderwijs. Het beginsel van algemene toegankelijkheid geldt alleen tegenover de staat, dus blijft beperkt tot het ‘publieke’ openbaar onderwijs. Indien met internationale ogen naar het Nederlandse onderwijsbestel wordt gekeken valt op dat - althans in de leerplichtige fase - zowel openbaar als bijzonder onderwijs volledig uit publieke middelen worden bekostigd. Verder valt ons bijzonder onderwijs in praktisch dezelfde zin als het openbaar onderwijs onder geldende publiekrechtelijke regelgeving. Het is theoretisch niet uit te sluiten dat op enig moment het EHRM hieruit zal concluderen dat elke Nederlandse volledig bekostigde onderwijsinstelling als een ‘publieke’ instelling moet worden aangemerkt, waarbij op de staat de positieve verplichting rust om op grond van artikel 2, Eerste Protocol, EVRM, in samenhang met artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) de gelijke toegang voor individuele burgers te verzekeren. Naar de mate dat het bijzonder onderwijs in Nederland toelatingseisen kan stellen vanwege de richting is de kans minder theoretisch. Vooral snog moet worden vastgesteld dat de overgrote meerderheid van de bijzondere scholen een open toelatingsbeleid voert en dus niet leerlingen selecteert of kan selecteren op richting. Zie daarvoor de bespreking verderop van het vijfde en zesde lid van artikel 23 Grondwet.

Volgens Vlemminx vormen in de tegenwoordige tijd “de positieve verplichtingen één van de belangrijkste leerstukken van het EVRM”.³⁴ Met name vanaf de jaren zeventig heeft de Hof-

³⁰ Zie voor een overzicht van deze problematiek: B.P. Vermeulen, A. Kuijer (1997), met bijdragen van K.M. Zwaan, *Toegang tot onderwijs binnen de Europese Unie*, Utrecht.

³¹ Vgl. artikelen 17 e.v. EG-Verdrag over het burgerschap van de Unie.

³² Vgl. artikelen 61 e.v. EG-Verdrag over Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen..

³³ HR 14 april 1989, AB 1989, 207, NJ 1989, 469, HR 22 januari 1988, AB 1988, 96, NJ 1988, 981.

³⁴ A.w., p. 43.

jurisprudentie zich dynamisch ontwikkeld op allerlei terreinen. Het Europese Hof ziet in het algemeen zijn rol als die van voortschrijdende rechtsvorming door te stellen dat “the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present days conditions”.³⁵ De aanpassing aan veranderende omstandigheden vereist immers, zoals het Hof het uitdrukt, “progressive development of the (...) law through judicial law-making”.³⁶ Inzake de rechten van IVESC is niet uit te sluiten dat op een bepaald moment de Nederlandse rechter voor artikel 13, of onderdelen daarvan, rechtstreekse werking zal aannemen zodat burgers tegenover hem daarop een beroep kunnen doen en de rechter daaraan wetgeving kan toetsen. Enige dwang van bovenaf, zoals mogelijk bij het EVRM, is hier evenwel niet aanwezig. *In de tweede plaats* zijn internationale verdragsbepalingen niet alleen van belang voor de toetsingsactiviteit van de rechter, maar scheppen die evenzeer verplichtingen voor bestuur en wetgever. De daadwerkelijke invloed hiervan is dan wellicht moeilijker zichtbaar en meetbaar, maar moet niettemin - al is het slechts als latent instrument voor de argumentatie van nieuwe maatregelen - aanwezig worden geacht. Internationale verdragsbepalingen kan men zien als een samenstel van overheidsverplichtingen die het beleid en de wetgeving een bepaalde richting in sturen. Uiteraard dient de overheid daarbij binnen de grenzen van artikel 23 Grondwet te blijven, maar waar het grondwetsartikel open normen biedt³⁷ is die ruimte vrij groot, zeker ook gegeven het feit dat door het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht ingevolge artikel 120 Grondwet de wetgever in alle gevallen een bindende interpretatie van de verhouding van het internationale recht tot artikel 23 Grondwet kan geven. Door de nadruk die in het beleid en de wetgeving van de afgelopen jaren is gelegd op de versterking van de rechten van ouders en leerlingen wordt er in de literatuur een duidelijke spanning tussen het ‘aanbiedersrecht’ van artikel 23 Grondwet en het ‘vragersrecht’ van het internationale recht geconstateerd.³⁸

Kan de praktische betekenis van het internationaal beschermde recht op onderwijs voor de (nabije) toekomst ongewis worden genoemd, dit geldt in mindere mate voor de in verschillende verdragen en documenten neergelegde anti-discriminatiebepalingen. De algemene lijn die eruit spreekt is dat een eventueel dwingend spreidingsbeleid van leerlingen over scholen dat is gebaseerd op onderscheid naar nationaliteit, ras, huidskleur of etnische afstamming op gespannen voet staat met deze bepalingen. Bij de bespreking van artikel 23 Grondwet zal hier nog nader op worden ingegaan.

2. *Artikel 23 Grondwet: de onderwijsvrijheid*

3.1 *Algemeen: een lex specialis*

De Nederlandse opvatting van onderwijsvrijheid en recht op onderwijs heeft historisch te maken met de bescherming van religieuze minderheidsgroepen in de samenleving. Als gevolg van de schoolstrijd die een groot deel van de negentiende en de eerste decennia van de

³⁵ EHRM 25 april 1978, Series A, vol. 26 (Tyler case).

³⁶ Een soortgelijke overweging is reeds te vinden in de Belgische Taalzaak. Zie ook EHRM 22 november 1995, Series A, vol. 335-8 (S.W. v. Verenigd Koninkrijk). Zie in het algemeen over de groeiende en moeilijk te voorspellen importantie van de jurisprudentie van het EHRM voor de Nederlandse rechtsorde: S.K. Martens, de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 7 april 2000, p. 747-758 en F. Vlemminx, a.w., p. 39-45.

³⁷ Zie ook Mentink/Vermeulen, a.w., p. 14 e.v.

³⁸ Zie o.a. B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, a.w., p. 80 e.v.

twintigste eeuw heeft gewoed is achtereenvolgens ten behoeve van deze groepen de vrijheid erkend tot het oprichten van particuliere oftewel bijzondere scholen (1848), het recht op subsidie van deze bijzondere scholen (1887) en het recht op subsidie van deze bijzondere scholen naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs (1917). Behalve in 1887 ging het daarbij steeds om een wijziging - meestal een uitbreiding - van de grondwetsbepaling. Het onderwijsartikel is door zijn uitvoerigheid en zijn structuur een complexe bepaling. Het bleef in 1983 als enige grondrechtsbepaling buiten de grondwetsherziening. Dit betekent onder meer dat de voor de overige grondwettelijke grondrechten ingevoerde beperkings- en delegatiesystematiek *niet* op artikel 23 van toepassing is.³⁹ Artikel 23 Grondwet verenigt meer functies in zich. Er is in de eerste plaats een juridische basis geregeld voor prestatieplichten van de overheid. Deze hebben een algemeen (zie lid 1) of minder algemeen karakter (zie leden 3,4, 5 en 7). Daarnaast bevat het onderwijsartikel onthoudingsplichten voor de overheid en daarmee corresponderende rechten van personen. Te wijzen valt op de algemene onderwijsvrijheid (zie lid 2) en op de vrijheid van richting en inrichting van het bekostigd bijzonder onderwijs (zie leden 5 en 6). De complexiteit van de bepaling vloeit in belangrijke mate voort uit de spanning die er bestaat tussen overheidsprestatie en overheidsonthouding. Door de financiële gelijkstelling in 1917 van het bijzonder met het openbaar onderwijs is er een stelsel ontstaan, waarin is vastgelegd dat de vrijheid van het bijzonder onderwijs niet alleen overheidsonthouding, maar principieel ook -prestaties vergt. Verder heeft deze complexiteit te maken met de verwijzing in het grondrecht naar verschillende betekenissen van 'onderwijs': het bestel (bv. lid 1), de onderwijsorganisatie (bv. lid 5), de sector (bv. lid 3) of de onderwijsactiviteit (bv. lid 2).⁴⁰

Het belang van het grondwettelijke onderwijsartikel voor de multiculturele samenleving is groot. Geschreven, zoals we reeds zagen, voor de bescherming van vooral in Nederland gewortelde religieuze minderheidsgroepen die hun eigen onderwijs verlangden, is het artikel ook zonder veel moeite toepasbaar te achten op de bescherming van geloofsgemeenschappen binnen de hier verblijvende etnische minderheden. De vraag is natuurlijk of we dat moeten willen. Begin april 2002 verkondigde de toenmalige minister Van Boxtel van Grote Steden- en Integratiebeleid in een regionaal dagblad dat artikel 23 Grondwet zou moeten worden geschrapt omdat het integratie van de etnische minderheden in de weg zou staan. In de bespreking hieronder in paragraaf 3.3 zal deze opvatting nader aan de orde komen.

Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan de zorg van de overheid voor onderwijs (lid 1), de vrijheid om scholen op te richten en deze voor bekostiging door de overheid in aanmerking te brengen (lid 2 en lid 7), het openbaar onderwijs (lid 3 en 4) en de vrijheden van het bijzonder onderwijs (lid 5 en lid 6).

3.2 *Zorg voor onderwijs*

“1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.”

Het eerste lid van artikel 23 gaat terug tot 1814, toen het voor het eerst als artikel 140 in de Grondwet werd opgenomen. Met deze bepaling werd gemarkeerd dat het onderwijs als een taak van de (centrale) overheid moest worden gezien. Voorheen bestond er een lappendeken

³⁹ De discussie omtrent de vraag of, en zo ja, in hoeverre bevoegdheden die het grondrecht aan de wetgever toekent door deze kunnen worden overgedragen aan een lagere regelgever - de problematiek van delegatie - heeft in het onderwijs dus zijn eigen weg genomen. Zie Mentink/ Vermeulen, a.w., p. 14.

⁴⁰ Zie Mentink/Vermeulen, a.w., p. 16/17.

van scholen, in handen van particulieren, kerken en gemeenten.⁴¹ De zorg van de overheid strekt zich naar huidig inzicht uit over het stelsel van openbare en bijzondere scholen, over de doelstellingen en onderlinge afstemming van onderwijstypen, over de kwaliteit van het onderwijs en over de doelmatigheid ervan.⁴² Een belangrijke doelstelling die is neergelegd in artikel 8 Wpo luidt dat “het onderwijs er mede van uit (gaat) dat de leerlingen opgroeien in een multiculturele samenleving.”⁴³

Het eerste lid staat er niet aan in de weg dat taken van onderwijsbeleid worden toebedeeld aan decentrale overheden. Vanouds fungeren de gemeentebesturen als bevoegd gezag van de openbare scholen. Tijdens het eerste kabinet Kok zijn bevoegdheden op het terrein van huisvesting, onderwijsachterstandenbeleid, onderwijs in allochtone levende talen en schoolbegeleiding van de minister naar de gemeentebesturen gegaan. Decentraal onderwijsbeleid op gemeentelijk niveau wordt toelaatbaar geacht, mits de formele wetgever op genoegzame wijze de materiële normen van de te regelen materie bevat.⁴⁴

3.3 *Vrijheid tot het stichten van scholen*

“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.

(..)

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.”

Procedurele aspecten van schoolstichting

Het tweede lid is samen met het derde en vierde lid bij de herziening van 1848 in de Grondwet opgenomen. De vrijheid van onderwijs van het tweede lid is de vrijheid om onderwijs te geven. Zij omvat de vrijheid om zelf onderwijs te geven, alsmede de vrijheid om scholen te stichten zonder voorafgaande vergunning. De vrijheid komt toe aan individuen en collectiviteiten (rechtspersonen).⁴⁵ De vrijheid van het tweede lid omvat (activiteiten van of binnen) bekostigd en niet-bekostigd onderwijs. Volgens deze algemene strekking wordt een ruim begrip van onderwijs bestreken, dat naast de bij de wet aangewezen vormen ook uiteenlopende andere wijzen van overdracht van kennis, inzicht of vaardigheden kan omvatten, zoals dansles⁴⁶, autorijles⁴⁷ of les in de Koran.

Volgens het zevende lid, dat bij de wijziging van 1917 in de Grondwet is terechtgekomen en dat het einde van de schoolstrijd markeert, kan een particuliere of bijzondere school na oprichting in aanmerking worden gebracht voor overheidsbekostiging. Dan moet wel zijn

⁴¹ C.E. Schelfhout (1976), 175 jaar nationale wetgeving op het lager onderwijs, *Pedagogische Studiën*, p. 297 e.v.

⁴² Vgl. Over de ‘kerntaken’ van de overheid voor het onderwijs, de notitie Kwaliteit aan de basis, een actieprogramma voor het primair en voortgezet onderwijs, Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VIII, nr. 92, p. 5.

⁴³ Zie ook art. 17 Wvo.

⁴⁴ Mentink/Vermeulen, a.w., p. 19.

⁴⁵ Idem, p. 20.

⁴⁶ HR 5 mei 1959, NJ 1959, 361 (Sittardse danslessen).

⁴⁷ HR 10 December 1957, NJ 1958, 176 (Goudse rijkschool); HR 8 December 1961, NJ 1962, 56 (VAMOR).

voldaan aan de wettelijke voorwaarden omtrent de stichting van scholen. Die zijn per sector, per onderwijswet verschillend. Om voor bekostiging in aanmerking te komen moet de bijzondere school worden bestuurd door een rechtspersoon zonder winstoogmerk: een vereniging of een stichting.⁴⁸ Verder spelen bij schoolstichting twee uitgangspunten een belangrijke rol. In de eerste plaats is van belang het te verwachten aantal personen dat de school of instelling zal bezoeken. Daarnaast dient steeds een evenwichtige verdeling of spreiding van onderwijsvoorzieningen over het land te worden nagestreefd. De getalscriteria liggen sinds het begin van de jaren negentig in het primair onderwijs hoog. Ook in het voortgezet onderwijs zijn de normen voor stichting van een school hoog. De huidige regels komen er praktisch op neer dat er naast de bestaande nauwelijks nieuwe scholen kunnen bijkomen. Dat ligt alleen anders in de situatie dat een nieuwbouwwijk verrijst en daarin een (basis)school wordt gepland. Dat zal vanzelfsprekend een 'blanke' school zijn. In een pas opgeleverde nieuwbouwwijk zal men geen levensvatbare belangstelling mogen verwachten voor islamitisch of hindoeïstisch onderwijs, om maar wat te noemen. Immers, het is inmiddels een feit van algemene bekendheid dat de eerste voorkeur bij ouders voor de keuze van een school wordt bepaald door de wens van een zo gering mogelijke afstand tot de woning. Er is dus nagenoeg alleen ruimte voor nieuwe groepen in de samenleving om eigen scholen te stichten en bekostigd te krijgen als ze kunnen aantonen dat deze scholen door grote groepen leerlingen zullen worden bezocht, en niet binnen redelijke afstand een soortgelijke school van dezelfde richting aanwezig is. Dat blijkt in de praktijk niet eenvoudig. Als nieuwkomers een nieuwe school willen stichten voor kinderen van hun groep, zijn er altijd wel andere (katholieke, openbare of protestants-christelijke) scholen binnen redelijke afstand te vinden die het belangstellingspercentage voor de nieuwe school aanzienlijk afromen.⁴⁹ De stichtingsnormen voor basisscholen liggen in de grote steden, waar de nieuwkomers zich vanouds het meest ophouden, het hoogst. In Amsterdam moet het daarbij gaan om 322, in 's-Gravenhage 337 en in Rotterdam 307 leerlingen. In Tilburg is het al minder: 262 leerlingen, en in een plattelandsgemeente als St. Oedenrode geldt het wettelijke minimum: 200 leerlingen. Het islamitische onderwijs omvat eind 2001 32 basisscholen waarop in totaal ruim 6000 leerlingen zijn ingeschreven.⁵⁰ Dit aantal blijft aanzienlijk achter bij het aantal in Nederland verblijvende moslims. Alleen de Turkse gemeenschap in Nederland omvat reeds ruim 300.000 personen. In het primair en voortgezet onderwijs is ook nog van belang dat de te bekostigen school van een 'erkende' richting moet zijn. Zie daarvoor nader paragraaf 3.5.

Islamitische scholen

Is het principe van de vrijheid van groepen nieuwkomers tot het stichten van eigen scholen in het belang van integratie en gelijke kansen? Volgens onderzoek uit 1999 doen leerlingen van Turkse of Marokkaanse afkomst op islamitische scholen het niet slechter dan leerlingen op andere scholen met een vergelijkbare sociaal-etnische achtergrond. De vergelijking valt echter negatief uit voor islamitische scholen wanneer de leerresultaten worden vergeleken met die van leerlingen op scholen waar ook autochtone leerlingen zitten. In het algemeen blijkt voor alle onderwijstypen te gelden dat hoe hoger de concentratie kansarmen op een school of in een klas is, hetgeen vooral wordt gedefinieerd naar de mate van taalachterstand, hoe lager de prestaties uitvallen.⁵¹ De stichting van islamitische scholen kan naar blijkt moeilijk worden

⁴⁸ Zie artikelen 55 Wpo en 49 Wvo.

⁴⁹ Een belangrijk deel van de leerlingenpopulatie aan de traditionele openbare en bijzondere scholen is allochtoon. Zie voor cijfers, paragraaf 3.5.

⁵⁰ BVD-rapport, p. 12.

⁵¹ Vgl. M.T.A.B. Laemers (2000), Onderwijsvrijheid en selectie naar maatschappelijke achtergrond, in: T.J. van der Ploeg e.a. (red.), *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*,

gerechtvaardigd vanuit het motief betere onderwijskansen te scheppen. Zoals Laemers concludeert: “(d)uidelijk is dat onderwijsvrijheid in casu de vrijheid om een school te stichten isolement kan veroorzaken en integratie kan verhinderen.”⁵² Het aspect van onwenselijk isolement en anti-integratieve tendensen stond centraal in herhaald terugkerende berichten in de media vanaf medio jaren negentig, dat op bepaalde islamitische scholen de ‘westerse’ waarden van non-discriminatie en tolerantie met voeten zouden worden getreden en dat er vanuit radicale buitenlandse organisaties, gevestigd in o.a. Saoedi-Arabië en Turkije, pogingen zouden worden ondernomen om invloed te krijgen op deze scholen. Deze berichten vormden aanleiding tot onderzoek door de Binnenlandse Veiligheidsdienst. In haar in februari 2002 gepubliceerd rapport formuleert de BVD evenwel als algemene conclusie dat “in en en rond een ruime meerderheid van de islamitische schoolinstellingen in Nederland zich weinig zaken voordoen die schadelijk zijn voor de democratische rechtsorde”.⁵³ Problemen doen zich voor op ongeveer 20% van de scholen, waar blijkt van radicaal-islamitische overtuigingen onder leden van het bestuur. Verder zijn verschillende buitenlandse organisaties in vooral financierende zin actief, die handelen vanuit nationaal-politieke of politiek-religieuze overwegingen. Tegelijkertijd echter wordt een matigende invloed geconstateerd vanuit het gegeven dat de scholen overheidsbekostiging ontvangen. Daardoor zijn ze niet sterk afhankelijk van deze organisaties.

Tegenover de argumenten contra het bestaan van zelfstandige islamitische scholen wordt wel gesteld dat het principe van de stichtingsvrijheid juist integratiebevorderend kan werken voor groepen van nieuwkomers, omdat het de weg opent naar emancipatie en naar vergroting van het zelfbewustzijn.⁵⁴ Het hoeft nauwelijks betoog dat bij dit laatste argument zwaar wordt geleund op de historische ervaringen van de katholieke en protestantse geloofsgemeenschappen in onze samenleving. Getuige de afwijzende reacties op de hartenkreet van minister Van Boxtel tot schrapping van de stichtingsvrijheid lijkt aan dit laatste argument anno 2002 vooralsnog overwegende betekenis te worden toegekend. Daarbij is van groot belang dat zich in de sfeer van het inspectietoezicht en de openbaarheid van schoolprestaties - door publicatie van het inspectieoordeel over een afzonderlijke school en door jaarlijkse ‘rankings’ van scholen in o.a. het dagblad Trouw - belangrijke ontwikkelingen hebben voorgedaan, die het mogelijk maken dat eerder kan voorheen kan worden ingegrepen bij zwak presterende scholen.⁵⁵

Toezicht

Het tweede lid vormt de basis voor wettelijk te regelen toezicht van de overheid op instellingen van bekostigd en niet-bekostigd onderwijs. Toezicht is een ruim begrip. Dit kan betrekking hebben op vanuit doelmatigheidsbelangen, openbare orde-belangen of

Utrecht, p. 261 e.v.; i.h.b. p. 273. Zie ook Inspectie van het Onderwijs (2002) *Onderwijsverslag over het jaar 2001*, Utrecht, p. 46: “De kans dat een school zwak is, neemt toe als er overwegend 1,25- of 1,90-leerlingen (leerlingen met een bepaald ‘gewicht’ aan taalachterstand, gebaseerd op etnische afkomst, PZ) op zitten (...). Het is niet toevallig dat scholen met veel achterstandsleerlingen en scholen in de grote steden ook de meeste vacatures tellen.”

⁵² Idem.

⁵³ BVD-rapport, p. 25.

⁵⁴ Zie bijv. J. Wallage in Trouw van 9 april 2002.

⁵⁵ Zie over deze ontwikkelingen: P.J.J. Zoontjens (2001), Bint in beeld. Juridische opmerkingen over openbaarheid in het onderwijs, in: A.B. Dijkstra, A. Karsten, R. Veenstra, A. Visscher (red.), *Het oog der natie: scholen op rapport; standaarden voor de publicatie van schoolprestaties*, Assen 2001, ISBN 90-232-3723-4, p. 175-189.

zedelijkheidsbelangen geregeld bestuurlijk toezicht,⁵⁶ maar ook en vooral op kwaliteitstoezicht van de inspectie van het onderwijs.

Het inspectietoezicht is thans geregeld in de Wet op het Onderwijstoezicht van juni 2002. Het tweede lid vormt tevens de basis voor bij wet te stellen bekwaamheids- en betrouwbaarheidseisen ten aanzien van het onderwijzend personeel. Bij de eerste categorie denke men aan eisen omtrent de vooropleiding van leerkrachten. Volgens de onderwijswetten kunnen diploma's van relevante opleidingen in het buitenland met Nederlandse diploma's worden gelijk gesteld. Bij de tweede categorie denke men aan onderzoek naar de justitiële antecedenten van een aspirant-leerkracht.

3.4 Openbaar onderwijs en dualiteit

“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 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.”

Algemene karakteristiek openbaar onderwijs

Het derde en vierde lid constitueren het tweeledige karakter van het openbaar onderwijs. Het derde lid stelt de eis van neutraliteit aan de inhoud van openbaar onderwijs. Het openbaar onderwijs dient ieders godsdienst of levensovertuiging te eerbiedigen. Tevens dient de openbare school toegankelijk te zijn zonder onderscheid naar godsdienst of levensovertuiging.⁵⁷ In het vierde lid is bepaald dat openbaar onderwijs uitgaat van de overheid. Zulks verhindert niet dat het bestuur van de openbare school een (overheids)stichting kan zijn.⁵⁸ Evenzeer wordt openbaar onderwijs geacht uit te gaan van de overheid, als een openbare school onder het bestuur staat van een stichting die tevens bijzondere scholen onder zich heeft.⁵⁹

Neutraliteit: hoofddoek en bidden in de openbare school?

De karakteristiek en inrichting van het openbaar onderwijs zijn een uitdrukking van het beginsel van scheiding van kerk en staat. Omdat het openbaar onderwijs uitgaat van de overheid mag hierin geen keuze doorklinken voor een bepaalde geloofsrichting, noch mag er worden getreden in kwesties die onderwerp zijn van een geloofsdispuut.⁶⁰ Bij de vormgeving van neutraliteit kan men evenwel nog verschillende kanten uit, variërend tussen de uitersten van positief en negatief. Negatieve neutraliteit veronderstelt dat in het openbaar onderwijs het uitgangspunt wordt gehanteerd van volledige afwezigheid van enige verwijzing naar een geloofsstelsel of -kenmerk. Dit is het geval in bijvoorbeeld Frankrijk waar het grondwettelijke

⁵⁶ Zie bijv. HR 5 mei 1959, NJ 1959, 361 (Sittardse danslessen) en de verschillende ministeriële toestemmings- of goedkeuringsfiguren in de onderwijswetten.

⁵⁷ Zie art. 46 Wpo, art. 42 Wvo en - op een onderdeel afwijkend - art 1.3.7 Web.

⁵⁸ Zie art. 48 Wpo en 42b Wvo.

⁵⁹ Zie art. 17 Wpo en 53c Wvo.

⁶⁰ Maatgevend voor het laatste is het arrest Kok en de Herstelde Apostolische Zendgemeente, HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201. Uiteraard heeft hetzelfde te gelden ten aanzien van niet-religieuze, levensbeschouwelijke opvattingen. Zie artikel 6 Grondwet.

begrip van ‘laïcité’ (lekendom) leidraad is.⁶¹ In Nederland geldt overwegend positieve neutraliteit. Het openbaar onderwijs vindt plaats, zoals het derde lid van artikel 23 Grondwet zegt, “met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging”. In de wetgeving is de neutraliteitseis zodanig uitgewerkt dat in het openbaar onderwijs aandacht moet worden besteed aan de verscheidenheid van levensbeschouwelijke en religieuze overtuigingen.⁶² Dit komt onder andere tot uitdrukking in de regel in het primair onderwijs dat het bevoegd gezag de leerlingen op de school in de gelegenheid moet stellen godsdienstonderwijs of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs te ontvangen. Die verplichting bestaat in het voortgezet onderwijs niet. Daar moet op verzoek van externe organisaties die dit onderwijs verzorgen, ruimte in de school door het bevoegd gezag beschikbaar worden gesteld. Voor het godsdienstonderwijs of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs draagt het bevoegd gezag geen verantwoordelijkheid. Het bevoegd gezag kan derhalve niet treden in de inhoud ervan, de wijze waarop het wordt gegeven en de leermiddelen die worden gekozen.⁶³ Toetsing vóóraf van de geschiktheid van de betreffende leerkracht of het bijwonen van een les door of namens het bevoegd gezag ligt dan ook niet in de rede. Indien echter het bevoegd gezag of de schoolleiding (directie), als beheersverantwoordelijke voor de school, ter ore komt dat in de les strafbare uitlatingen worden gedaan of handelingen verricht,⁶⁴ moet de mogelijkheid tot het van hogerhand onderbreken en stopzetten van de les aanwezig worden geacht. Tevens kan dan de justitiële weg, te weten inschakeling van de politie, worden bewandeld. De leraren die godsdienst- of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs geven worden daartoe aangewezen door onder andere kerkelijke gemeenten, plaatselijke kerken of rechtspersoonlijkheid bezittende organisaties die zich het geven van dit soort onderwijs ten doel stellen.⁶⁵ In het primair onderwijs vindt het godsdienst- of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs tot een maximum van 120 uren op jaarbasis plaats binnen de reguliere schooltijden.⁶⁶ In het voortgezet onderwijs dienen daarvoor slechts schoollokalen beschikbaar te worden gesteld.⁶⁷ Door de verschillende wettelijke bepalingen is aldus verzekerd dat bijvoorbeeld islamitisch of hindoeïstisch godsdienstonderwijs kan worden genoten in de openbare school. Impliceert een en ander ook dat binnen de openbare school gelegenheid moet worden gegeven tot het verrichten van godsdienstige activiteiten, zoals het bidden door islamitische leerlingen? Deze kwestie kwam in 1999 aan de orde bij de Commissie gelijke behandeling. Volgens de Commissie verzet het neutraliteitskarakter van het openbaar onderwijs zich niet tegen het toestaan van bidden door leerlingen tijdens de pauze in een leeg lokaal. De Commissie meent echter dat het bevoegd gezag in zo’n geval beleidsvrijheid toekomt. Noch uit de onderwijswetgeving, noch uit de discriminatieverboden van de Algemene wet gelijke behandeling vloeit een positieve verplichting voort voor het bevoegd gezag om gelegenheid tot bidden in de openbare school te bieden door een lokaal beschikbaar te stellen.⁶⁸

⁶¹ Artikel 1 van de Franse grondwet bepaalt: “La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances”.

⁶² Zie art. 46, derde lid, Wpo en art. 42, eerste lid, Wvo.

⁶³ D. Mentink (2001), Meer zicht op de neutraliteit van het openbaar onderwijs, *School en Wet*, maart 2001, p. 41.

⁶⁴ Men denke aan het strafbaar beledigen van een groep mensen, het aanzetten tot discriminatie of het verspreiden van discriminatoir materiaal volgens art. 137c tot en met 137e Wetboek van Strafrecht.

⁶⁵ Art. 51 Wpo, art. 54 Wec en art. 46 en 47 Wvo.

⁶⁶ Art. 50 Wpo; art. 59 Wec.

⁶⁷ Art. 46 en 47 Wvo.

⁶⁸ Cgb 3 augustus 2000, Oordeel 00-51. Zie ook Mentink, a.w.

Van de leerkracht in het openbaar onderwijs wordt geëist dat deze onderwijs geeft met eerbiediging van ieders geloofs- of levensovertuiging.⁶⁹ Er mag met andere woorden worden verwacht dat deze een open instelling inneemt en uitdraagt tegenover de te onderscheiden religieuze en levensbeschouwelijke waarden. Eventueel gedrag waarbij de leerkracht zich in het onderwijs expliciet manifesteert als belijder van een bepaald geloof of aanhanger van een bepaalde levensbeschouwelijke opvatting levert in beginsel plichtsverzuim op.⁷⁰ Sluit dat het dragen van een hoofddoek uit? Volgens de Commissie gelijke behandeling is dat in aanleg niet het geval. In twee zaken waarbij het dragen van een hoofddoek door een islamitische stagiaire op een basisschool door de schoolleiding als ongewenst werd beoordeeld, werd de laatste in het ongelijk gesteld. Illustratief is de volgende overweging:

“De wederpartij heeft een beroep gedaan op het karakter van het openbaar onderwijs en betoogd dat van het onderwijzend personeel een open instelling tegenover de te onderscheiden levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden geëist mag worden. Deze eis is niet op voorhand in strijd met de AWGB. Echter het feit dat verzoekster een bepaalde godsdienst belijdt en deze door het dragen van een hoofddoek uit, sluit niet uit dat zij deze open instelling heeft en in staat is onderwijs te geven in overeenstemming met het karakter van de school als openbare onderwijsinstelling.”⁷¹

Algemene toegankelijkheid

Aan kinderen van de islamitische of enige andere geloofsrichting kan de toegang tot de openbare school niet worden ontzegd. Openbare scholen zijn, zoals reeds hierboven is opgemerkt, toegankelijk voor alle kinderen zonder onderscheid van godsdienst of levensovertuiging. Deze regel is essentieel in het licht van de onderwijsvrijheid. Het openbaar onderwijs behoort opvang te bieden aan allen die overtuigd daarvoor kiezen én aan hen die om wat voor reden dan ook geen bijzonder onderwijs volgen. De algemene toegankelijkheid van het openbaar onderwijs is wat betreft het laatste aspect de noodzakelijke correctie op de organisatie van naar richting bepaald bijzonder onderwijs, waarbij in beginsel selectie naar godsdienst of levensbeschouwing bij de toegang voorop staat. Het vormt daarbij het (in theorie) onmisbare sluitstuk van het in internationale verdragen beschermde recht op onderwijs, in het bijzonder de vrijheid van schoolkeuze. Vandaar ook dat volgens het vierde lid van artikel 23 eisen worden gesteld aan de goede bereikbaarheid van openbare scholen in het funderend, leerplichtig onderwijs in het hele land. De toegankelijkheid van het openbaar onderwijs is intussen niet zo algemeen dat daaraan niet beperkingen kunnen worden gesteld op andere gronden dan godsdienst of levensovertuiging. In de jurisprudentie wordt erkend dat de weigering van toelating aan of verwijdering van een openbare school wegens structurele, in de schoolsfeer ingrijpende gedragsproblemen van de leerling of diens ouders gerechtvaardigd kan zijn. Tevens kan voor het openbaar basisonderwijs op gemeentelijk niveau een schoolwijkenbeleid worden vastgesteld.⁷² Zowel in de situatie van gedragsproblemen, als bij de selectie van leerlingen voor een school op basis van de verdeling van het grondgebied van de gemeente in wijken staat voorop dat het recht op toelating tot openbaar onderwijs naar

⁶⁹ Aldus letterlijk art. 44, eerste lid, Wvo. Zie ook art. 46, derde lid, Wpo.

⁷⁰ Zie omtrent plichtsverzuim in deze: art. 44, tweede lid, Wvo.

⁷¹ Cgb 9 februari 1999, Oordeel 99-18. In gelijke zin Cgb, Oordeel 99-103.

⁷² Zie voor een overzicht: H.J. Nijkamp (1999), De rechtspositie van ouders in het primair onderwijs bij toelating, verwijzing en verwijdering, Dossier School en Wet, *Tijdschrift voor de Onderwijspraktijk*, maart 1999, p. 1-11.

redelijkheid blijvend moet worden verzekerd.⁷³ Verwijdering wegens gedragsproblemen wordt in de regel alleen aanvaardbaar geacht als er een alternatieve bestemming in het openbare onderwijs voorhanden is. Bij het schoolwijkenbeleid heeft de jurisprudentie geleid tot de formulering van een wettelijke regel in de Wpo. Artikel 65 bepaalt:

“1. De gemeenteraad is bevoegd uitsluitend in het belang van een doelmatige spreiding van de leerlingen over de openbare scholen, het grondgebied van de gemeente in schoolwijken te verdelen.

2. Een besluit als bedoeld in het eerste lid, geldt voor ten minste 3 schooljaren, met dien verstande dat tussentijdse wijziging mogelijk is in geval van veranderingen in het scholenbestand. Burgemeester en wethouders zenden binnen 4 weken nadat het besluit is genomen afschrift daarvan aan gedeputeerde staten.

3. De toelating tot een openbare school geschiedt in overeenstemming met de vastgestelde schoolwijken, tenzij de ouders van een leerling schriftelijk aan het bevoegd gezag te kennen geven toelating tot een school in een andere schoolwijk te wensen.”

Bij schoolwijkenbeleid in het openbaar onderwijs hebben individuele ouders die zich daarmee niet kunnen verenigen dus het laatste woord. Verderop zullen we zien dat bij schoolwijkenbeleid in het bijzonder onderwijs de ouders een zwakkere positie innemen. Leerlingen met een hoofddoek kan de toegang tot het openbaar onderwijs niet worden geweigerd. Dit is inherent aan het beginsel van positieve neutraliteit. Wel kunnen zij van bepaalde lessen worden uitgesloten. Zo mag de school eisen dat vanwege de veiligheidsrisico's het dragen van een hoofddoek tijdens de gymles is verboden.⁷⁴ Ook kan een verbod ten behoeve van het inacht nemen van hygiënische voorschriften in het gezondheidsonderwijs gerechtvaardigd zijn.⁷⁵ Een verbod van het dragen van een chador, een sluier waarbij alleen de ogen onbedekt zijn, is echter niet toelaatbaar wanneer dit enkel wordt gemotiveerd met overwegingen van onderwijskundige en sociale aard.⁷⁶

Dualiteit

Het tweeledige karakter van het openbaar onderwijs doet het scherp onderscheiden van het bijzonder onderwijs, zoals bedoeld in het vijfde en zesde lid. Bijzonder onderwijs is juist niet neutraal, voor zover daarin op grond van de vrijheid van richting aan een bepaalde godsdienst of levensovertuiging met uitsluiting van andere aandacht kan worden besteed. Verder gaat het niet uit van de overheid, maar van een privaatrechtelijke organisatie.⁷⁷ Een belangrijk en opvallend structuurkenmerk van het onderwijsartikel is daarmee het uitgangspunt van een duaal bestel, het strikte onderscheid tussen openbare en bijzondere scholen binnen één omvattend geheel. Openbaar onderwijs is geregeld volgens het publiekrecht, bijzonder onderwijs volgens het privaatrecht. Een belangrijk gevolg van dit onderscheid is dat grond- en mensenrechten in het openbaar onderwijs rechtstreeks werken en inroepbaar zijn, en in het bijzonder onderwijs slechts indirect via het leerstuk van horizontale werking, hetgeen een ruime beoordelingsmarge aan de rechter laat bij de behandeling van een beroep op een grond-

⁷³ Aldus wordt uitwerking gegeven aan de overweging van de Hoge Raad in het Maimonidesarrest dat het recht op onderwijs bij toelating tot een school rechtstreeks werkt in de verhouding tussen burger en overheid (=bestuur openbare school). Zie paragraaf 2.2 hierboven.

⁷⁴ Cgb 24 december 1997, Oordeel 97-149; Cgb, Oordeel 99-106.

⁷⁵ Aldus impliciet Cgb, Oordeel 2000-63.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Een ‘rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen’; zie art. 55 Wpo, 49 Wvo, 9.1.1 Web en 9.51 Whw.

of mensenrecht. In het openbaar onderwijs is volgens artikel 3 Grondwet elke Nederlander op gelijke voet benoembaar. Dit recht is niet van toepassing ten aanzien van het bijzonder onderwijs. Zie ook de volgende paragraaf. De term ‘Nederlander’ in dit grondrecht moet overigens beperkt worden opgevat. Naar huidige opvatting zijn zowel Nederlanders als vreemdelingen die rechtmatig verblijf houden in Nederland tot de openbare dienst benoembaar, tenzij voor een bepaalde functie bij wettelijke regeling de eis van het Nederlanderschap is vastgelegd.⁷⁸ In de onderwijswetgeving geldt ten aanzien van de benoembaarheid van vreemdelingen geen restrictie, zodat zij op gelijke voet als Nederlanders als leerkracht of anderszins in het openbaar onderwijs kunnen worden benoemd.

3.5 *Vrijheid van richting en inrichting*

“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.”

Richting en stichting

De vrijheid van richting is de vrijheid van de bijzondere instelling, om in het onderwijs een eigen religieuze of levensbeschouwelijke visie op mens en maatschappij tot uitdrukking te brengen. Het begrip richting speelt een rol bij de leerplicht,⁷⁹ het leerlingenvervoer⁸⁰ en de stichting en opheffing van scholen.⁸¹ Het begrip ‘richting’ ziet op een godsdienstige of levensbeschouwelijke signatuur: katholiek, protestants-christelijk, joods, islamitisch, hindoe, evangelisch, bijzonder-neutraal, etc. De pedagogisch-didactische identiteit van een onderwijsinstelling (Montessori, Jenaplan o.i.d.) valt naar huidig recht buiten dit begrip. De stichting van een school, die men voor overheidsbekostiging in aanmerking beoogt te brengen, is dus alleen mogelijk als men zich in een rechtspersoon heeft verenigd rond een religieuze of levensbeschouwelijke doelstelling. De stichting van onder andere islamitische en hindoeïstische scholen is in de loop der tijd mogelijk gemaakt, doordat deze stromingen van overheidswege werden beschouwd te behoren tot een ‘afzonderlijke’ richting en als zodanig werden erkend. In 1997 formuleerde de administratieve rechter daarvoor de thans geldende criteria.⁸² Kortmann vat deze als volgt samen. Van een afzonderlijke richting is sprake als

- a. de doelstelling, vervat in de statuten, (duidelijk) afwijkt van die in andere statuten,
- b. het gaat om een 'waarneembare' beweging, en
- c. de 'gemeten belangstelling' voldoet aan de wettelijke stichtingsnorm.⁸³

⁷⁸ Vgl. P.J.J. Zoontjens (2000), Artikel 3, in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet; een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer, p. 80.

⁷⁹ Zie art. 5, onder b, j^o 8 Leerplichtwet 1969.

⁸⁰ Zie art. 4 Wpo.

⁸¹ Zie art. 76 en 153, vierde lid, Wpo.

⁸² Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 11 februari 1997, AB 1998, 28, m.nt. B.P. Vermeulen; *Ars Aequi* 1998, p. 607-612, m.nt. C.A.J.M. Kortmann.

⁸³ Kortmann, a.w., p. 612.

De overheidspraktijk om alleen schoolstichting toe te staan, wanneer er sprake is van een erkende richting stamt uit de jaren dertig van de vorige eeuw en werd ingegeven door de noodzaak om een doelmatige verdeling van onderwijsvoorzieningen na te streven. Vanaf die tijd tot aan de jaren zeventig/tachtig werd deze praktijk niet als een probleem ervaren, omdat het schoolwezen werd gedomineerd door een overzichtelijk veld van van oudsher in de Nederlandse cultuur gewortelde en ‘verzuilde’ richtingen. Maar de verzuilde samenleving is langzamerhand verdwenen. Religieuze en culturele pluriformiteit trad daarvoor in de plaats. Het vraagstuk van ‘nieuwe’ richtingen diende zich vanaf het begin van de jaren negentig aan. Reeds kort daarvoor was het Vrije Schoolonderwijs (Rudolf Steiner-scholen) door de rechter als een afzonderlijke richting erkend. Bij de beoordeling van de vraag of islamitisch of hindoeïstisch onderwijs als een afzonderlijke richting diende te worden erkend, werd de overheid genoodzaakt zich meer dan marginaal te mengen - via externe advisering - in geloofskwesties en kwam het beginsel van neutraliteit, van scheiding van kerk en staat, onder toenemende druk te staan. Het is niet voor niks dat de gedachten vanaf die periode zich gingen verleggen naar een stelsel van schoolstichting en scholenplanning, waarbij het richtingbegrip geen onderscheidende rol meer zou spelen. In de notitie ‘Naar een flexibeler scholenbestand’⁸⁴

wordt door de bewindslieden van OCenW uitzicht geboden op een systeem van richtingvrije planning. Dit nieuwe stelsel komt erop neer dat het een facultatieve aanvulling vormt op het huidige naar richting bepaalde stelsel. Aanvragers krijgen de keus om in plaats van de huidige systematiek met ouderverklaringen aan te tonen dat zij aan de stichtingsnormen voldoen. In het laatstgenoemde geval is niet vereist dat de aangevraagde school van een erkende richting is. Het is voldoende dat het vereiste aantal ouderverklaringen wordt overgelegd, ongeacht de achterliggende motieven van schoolstichting. Met het nieuwe stelsel, dat nog in wetsvorm moet worden gegoten, heeft de Tweede Kamer instemming betuigd.⁸⁵

Richting en inrichting - algemeen

Uit de vrijheid van richting spruit voort de vrijheid van inrichting. Zij is de vrijheid die de bijzondere school behoeft ter ondersteuning van de richting. Aangenomen wordt evenwel dat de vrijheid van inrichting ook gevallen omvat die niet met de richting te maken hebben, maar bijvoorbeeld zijn gebaseerd op de privaatrechtelijke organisatievorm van het bijzonder onderwijs.⁸⁶ De Grondwet noemt in het zesde lid twee vrijheden die daartoe behoren, maar geeft aan niet uitputtend te willen zijn: de vrijheid betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers. Ook kunnen hiertoe worden gerekend de vrijheid om eisen in verband met de richting te stellen bij de toelating van leerlingen en het schoolwijkenbeleid. De vrijheid van inrichting is ruimer dan de vrijheid van richting. Voor zover zij een meer verwijderde relatie onderhoudt met de richting, wordt wel aangenomen dat zij sterker bij wet kan worden beperkt.⁸⁷ Wachtgeldregels, afspraken in het kader van een samenwerkingsverband, dichtgetimmerde rechtspositiereglementen en feitelijke fusiedwang zijn belangrijke praktische beperkingen ten aanzien van deze vrijheid. De vrijheid betreffende de keuze der leermiddelen wordt in de Grondwet alleen ten aanzien van het bijzonder onderwijs genoemd. Volgens ongeschreven staatsrecht komt zij evenwel ook aan het openbaar onderwijs toe. Het Nederlandse onderwijs wordt immers gekenmerkt

⁸⁴ Kamerstukken II 2000/01, 25 167, nr. 5.

⁸⁵ Kamerstukken II 2000/01, 25 167, nr. 6.

⁸⁶ Mentink/Vermeulen, a.w., p. 24; P.W.A. Huisman (2002), *De samenwerkingschool, conflicterende convergentie. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, Elsevier, Den Haag, p. 52/53.

⁸⁷ Vgl. C.A.J.M. Kortmann (1987), *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer, p. 137.

door afwezigheid van staatspedagogiek, in casu de algehele afwezigheid van dwingende bemoeienis van de overheid met leermiddelen in het onderwijs.

Richting en aanstelling der onderwijzers

Het bestuur van een bijzondere school kan personeel selecteren op basis van richting. Deze vrijheid is nader gewaarborgd in artikel 5, tweede lid, Awgb. Daarin is bepaald dat het in het eerste lid neergelegde verbod van onderscheid onverlet laat de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van de functie, die - gelet op het doel van de instelling - nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

De formulering van artikel 5 is zo gekozen dat een afweging moet worden gemaakt. Van de ene kant de richting van de instelling die in een concreet geval voldoende overwegend moet zijn om het maken van onderscheid aan de andere kant te rechtvaardigen. Niet elke functie binnen de school is even richtinggevoelig. Het bestuur van een streng-orthodoxe christelijke basisschool kan wellicht bij het kiezen van een leerkracht gerechtvaardigd onderscheid maken naar godsdienst, maar dat ligt niet automatisch hetzelfde bij de aanstelling van een tuinman: de functie-eis moet immers nodig zijn gelet op het doel van de instelling en het is de vraag of en zo ja, in welke mate de tuinman bij kan dragen tot of afbreuk kan doen aan de richting van de school. In het andere geval zal het bestuur van een katholieke school dat een zodanig open beleid voert dat ook niet-katholieke leerlingen op de school worden toegelaten niet zomaar leerkrachten kunnen selecteren op richting. Maar dat ligt wellicht anders als het om een functie gaat die dermate nauw met de richting is verbonden dat de daaraan gestelde eis nodig is voor het verwezenlijken van de grondslag. De functie van godsdienstleraar ligt hierbij voor de hand. In een zaak uit 2001 achtte de Commissie gelijke behandeling de weigering van het bestuur van een katholieke school voor voortgezet onderwijs om een islamitische stagiair als godsdienstleraar aan te stellen op grond van artikel 5, tweede lid, Awgb gerechtvaardigd. Daaraan deed niet af dat het schoolbestuur bij andere leraarsfuncties er een ander, minder op de richting gebaseerd selectiebeleid op nahield.⁸⁸

Richting en toelating

De bijzondere school heeft de vrijheid om leerlingen op grond van argumenten ontleend aan de richting de toegang te weigeren. Het moet dan gaan om leerlingen, waarvan de ouders niet een religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging hebben die overeenstemt met de doelstelling van de bijzondere school.⁸⁹ Deze toelatingenvrijheid is echter niet onbeperkt. Uit het Maimonidesarrest wordt wel afgeleid dat een weigering tot toelating door het bestuur van een bijzondere school, wil zij gerechtvaardigd zijn, aan twee voorwaarden moet voldoen. In de eerste plaats moet de grond tot weigering overeenstemmen met de in de statuten van de rechtspersoon die de school in stand houdt neergelegde doelstellingsbepaling. In de tweede plaats moet er ook een toelatingsbeleid zijn gevoerd dat consistent is met de geformuleerde doelstelling. Een schoolbestuur dat aan beide voorwaarden voldoet, mag bij toelating eisen dat de ouders van een leerling de grondslag van de school *onderschrijven*, hetgeen inhoudt dat zij verklaren dat hun religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen overeenstemmen met de statutaire doelstelling van de school. In het andere geval is een toelatingsbeleid van een katholiek schoolbestuur bijvoorbeeld niet consistent met de statutaire doelstelling van het in stand houden van scholen voor katholiek onderwijs als blijkt dat er inmiddels leerlingen zijn

⁸⁸ Cgb 4 december 2001, Oordeel 2001-116.

⁸⁹ HR 9 april 1976, NJ 1976, 409 (Terheijden); HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides).

toegelaten, waarvan de ouders gezien hun achtergrond niet het katholieke geloof aanhangen. Zo bezien, heeft het schoolbestuur dan geen argument op grond van de vrijheid van richting om een islamitische leerling de toegang te weigeren als de school reeds meerdere niet-katholieke leerlingen herbergt. Wel kan worden verlangd dat de ouders van deze islamitische leerling de grondslag van de school *respecteren*, met andere woorden zich onthouden van gedrag door henzelf of door de leerling waarbij daadwerkelijk afstand wordt genomen of onheuse bejegening plaatsvindt van de statutaire uitgangspunten van de school. De onderscheiden voorwaarden zijn ook opgenomen in de Awgb. Vergelijk artikel 1 jo. artikel 7 van de wet, dat het geval van toelating tot de bijzondere school bestrijkt en waarbij in aanleg is bepaald dat hierbij geen onderscheid mag worden gemaakt naar godsdienst. De uitzonderingsgrond om toch gerechtvaardigd onderscheid te maken is restrictief geformuleerd:

“Het eerste lid, onderdeel c, laat onverlet de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. (...)”

Uit de maatstaf dat de eisen bij de toelating ‘nodig’ moeten zijn ‘gelet op het doel van de instelling’ wordt door de Commissie gelijke behandeling afgeleid dat er in de praktijk naar de doelstelling moet worden gehandeld, met andere woorden consistent beleid moet worden gevoerd.⁹⁰

In een aantal gevallen stelt de wet zelf beperkingen aan de vrijheid van bijzondere instellingen om leerlingen te selecteren op grond van richting. Zo is in de Wpo en Wvo bepaald dat indien binnen redelijke afstand van de woning van de leerling geen gelegenheid bestaat tot het volgen van openbaar onderwijs, de toelating van de leerling tot een bijzondere school niet mag worden geweigerd.⁹¹ Verder geldt dat de toelating van een leerling van een basisschool tot een speciale school voor basisonderwijs binnen het samenwerkingsverband waarin de basisschool deelneemt, niet mag worden geweigerd op denominatieve gronden.⁹² Tenslotte kan een deelnemer in het beroepsonderwijs, bij de inschrijving aan een Regionaal Opleidings Centrum, ook niet de toegang op richtingsgronden worden geweigerd.⁹³

Naar blijkt voert de overgrote meerderheid van de bijzondere scholen in het primair en voortgezet onderwijs een ‘open’ toelatingsbeleid. Richtingsargumenten worden niet of kunnen niet worden gebruikt bij de toelating.⁹⁴ Een restrictief toelatingsbeleid in de bedoelde zin komt nog overwegend voor binnen het protestants-christelijke onderwijs op de Veluwe en in delen van Zuid-Holland en Zeeland. Het gaat hier om de streng-orthodoxe richtingen, die naar schatting ten hoogste vijf procent van het totale bijzondere onderwijs uitmaken. Volgens cijfers van het ministerie van OCenW wordt het beeld van een overwegend open toelatingsbeleid binnen het bijzonder onderwijs bevestigd door de deelname van allochtone leerlingen aan dit onderwijs. Het percentage 1,9-leerlingen (allochtone leerlingen met een laagopgeleide ouder) is in het openbaar onderwijs, respectievelijk het bijzonder onderwijs in de grote vier gemeenten (G4) 50,7%, respectievelijk 43,9%, in de G21-gemeenten 20,8%,

⁹⁰ Cgb 6 november 2001, Oordeel 2001-99, overweging 4.7 (Quoteringsbeleid).

⁹¹ Art. 56 Wpo; art. 48 Wvo.

⁹² Art. 40, vierde lid, Wpo.

⁹³ Art. 8.1.1, vijfde lid, Wet educatie en beroepsonderwijs (Web).

⁹⁴ Vgl. staatssecretaris Adelmund in Handelingen II 2000/01, p. 23-1847.

respectievelijk 15,7% en in de overige gemeenten 12,2%, respectievelijk 4,9%. In totaal herbergt het openbaar onderwijs 92.000 1,9-leerlingen en het bijzonder onderwijs 106.000 1,9-leerlingen.⁹⁵ Zowel in het primair als voortgezet onderwijs is 2/3 van het aantal scholen bijzonder en 1/3 openbaar.

Segregatie in het onderwijs

Tijdens het debat in de Tweede Kamer over inburgering op 14 september 2000 werd een relatie gelegd tussen de procentuele oververtegenwoordiging van allochtone leerlingen in het openbaar onderwijs en de grondwettelijke handvaten die het bijzonder onderwijs heeft om een selectief toelatingsbeleid te voeren. Wordt het argument van de vrijheid van richting gebruikt of misbruikt om allochtone leerlingen aan de poort van de bijzondere school te weren?

Gegeven het beeld van een - naar de maatstaven van het Maimonides-arrest gemeten - overwegend open toelatingsbeleid binnen het bijzonder onderwijs zou dat niet kunnen. Ook verschillende empirische onderzoeken wijzen niet in die richting. Het verschijnsel van 'witte', 'gemengde' of 'zwarte' scholen, waarmee wordt aangegeven dat er zich met name in de grote steden een ontwikkeling heeft voorgedaan van een (ruimtelijke) opdeling van het onderwijs langs etnische en sociaal-economische scheidslijnen, blijkt niet parallel te lopen met de door de vrijheid van onderwijs getrokken grenzen. Segregatie is een verschijnsel dat zich zowel binnen het openbaar als bijzonder onderwijs voltrekt. Selectiecriteria volgens richting blijken geen bepalende rol te spelen. Een verklaring voor de relatieve oververtegenwoordiging van allochtone leerlingen in het openbaar onderwijs lijkt eerder te moeten worden gezocht in het feit dat het openbaar onderwijs in stedelijke gebieden (en vooral in achterstandswijken) relatief meer voorhanden is en het feit dat allochtonen hun schoolkeuzevrijheid veelal op scholen inzetten, waar reeds allochtonen aanwezig zijn.⁹⁶ Uiteraard heeft segregatie ook met de schoolkeuzevrijheid, het recht op onderwijs van autochtonen te maken. Een belangrijke oorzaak is de 'witte vlucht' van ouders die voor hun kinderen de optimale voorwaarden zoeken voor kwalitatief goed onderwijs. Deze ouders worden overigens gesteund door onderzoek waaruit blijkt, het is reeds in paragraaf 3.3 opgemerkt, dat er een verband bestaat tussen de mate van concentratie van kansarmen in de school en het achterblijven van leerprestaties. Om de laatste reden vooral zoekt men dan ook in het onderwijsbeleid naar middelen om het verschijnsel van 'zwarte' en 'witte' scholen tegen te gaan. Het recht op onderwijs van individuen, in het bijzonder het ideaal van gelijke kansen in het onderwijs, alsmede overwegingen van integratie vormen daarbij een belangrijke drijfveer. Verschillende methoden die daarvoor dienstig kunnen zijn, zijn of worden in de praktijk beproefd:

3. een schoolwijkenbeleid, waarbij door het bevoegd gezag het totale verzorgingsgebied van de onder hem staande scholen heeft opgedeeld in territoriale of naar postcode bepaalde eenheden, waarbinnen de daar woonachtige ouders en leerlingen alleen toegang kunnen krijgen tot een bepaalde school;
4. een 'school is vol'- beleid, inhoudende dat vanuit onderwijskundige of beheersmotieven het aantal leerlingen aan een school tot een bepaald maximum wordt beperkt;
5. een per school te voeren quoteringsbeleid, waarbij het streven voorzit om allochtone leerlingen tot een bepaald maximum aantal toe te laten;

⁹⁵ Kamerstukken II 2000/01, 27 083, nr. 13, p. 3.

⁹⁶ Zie o.a. Laemers, a.w., p. 272/273; P. Jungbluth (1997), *Verzuiling, segregatie en schoolprestaties*, Ubbergen; A.B. Dijkstra, P. Jungbluth en S. Ruiter (2002), *Verzuiling, sociale klasse en etniciteit: segregatie in het Nederlandse basisonderwijs*, *Sociale Wetenschappen*; S. Karsten, J. Roeleveld, G. Ledoux, C. Felix en D. Elshof (2002), *Schoolkeuze in een multi-etnische samenleving*, Amsterdam: SCO-Kohnstamm Instituut.

6. een systeem waarbij scholen via onderlinge, vrijwillige afspraken leerlingen de toegang weigeren en doorverwijzen naar een andere school;
7. een systeem van gedwongen spreiding van leerlingen over de in een gemeente of regio aanwezige scholen.

Ad a. De mogelijkheid van het voeren van een schoolwijkenbeleid in het bijzonder onderwijs is gebaseerd op rechtspraak. Het bijzondere schoolbestuur wordt daartoe bevoegd geacht. Het gaat hier zelfs om een dwingende bevoegdheid, hetgeen een afwijking geeft te zien met het openbaar onderwijs. Zie onder 3.4. Volgens de President van de rechtbank Utrecht in een vonnis uit 2000, kunnen ouders zich niet met succes verzetten tegen de beslissing dat hun kind toegang wordt geweigerd tot de school van hun keuze maar wordt verwezen naar een andere school, tenzij zou blijken dat het bestuur in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen.⁹⁷ In deze zaak werd door de Vereniging van Scholen met de Bijbel te Bunschoten het beleid gevoerd dat leerlingen vanaf 4 jaar worden geplaatst en ingeschreven op een basisschool als zij in het voedingsgebied van de desbetreffende basisschool wonen. Het voedingsgebied van een school bestaat uit het gebied dat omsloten wordt door een aaneengesloten ring van straten of delen van straten. Van dit plaatsingsbeleid zou kunnen worden afgeweken indien een maximum aantal leerlingen van 30 in een groep op een school zou zijn bereikt, terwijl op een school uit het nabijgelegen voedingsgebied dit maximum nog niet is bereikt. Het plaatsingsbeleid en de afwijkingsmogelijkheid werden niet onredelijk geacht door de rechter.

Een schoolwijkenbeleid kan zodanig zijn vormgegeven dat een evenwichtige verdeling van autochtone en allochtone leerlingen over de scholen in het totale verzorgingsgebied daarvan het resultaat is. Door het verschil in bindende werking kan een zodanig door een bijzonder schoolbestuur geformuleerd beleid evenwel ook tot gevolg hebben dat leerlingen tot het openbaar onderwijs worden aangetrokken.

Ad b. Uit de zojuist aangehaalde zaak van de President van de rechtbank Utrecht blijkt dat hij een door een bijzonder schoolbestuur geformuleerd beleid dat (mede) is gericht op de handhaving van een maximum opnamecapaciteit van zijn scholen en schoolklassen (in het basisonderwijs: groepen) in aanleg aanvaardbaar acht. Ook met betrekking tot het openbaar onderwijs bestaat hierover jurisprudentie. Zo is het een gemeente toegestaan om te bepalen dat de klassen van een school uit niet meer dan 32 leerlingen mogen bestaan. De bestuursrechter vindt dat de gemeente deze bevoegdheid mag baseren op de algemene toelatingsbevoegdheid van artikel 40 Wpo. Artikel 65 Wpo, over het schoolwijkenbeleid, is hierop dus niet van toepassing. Wel geldt dat de gemeente moet voorzien in voldoende gelegenheid tot het volgen van openbaar onderwijs.⁹⁸

Ad c. De weigering door een (christelijk) schoolbestuur van de inschrijving van een leerling vanwege een aan de school gehanteerd quoteringsbeleid is aan de orde geweest in een zaak bij de Commissie gelijke behandeling in 2001. Het beleid hield in dat bij de toelating werd gestreefd naar een zodanige samenstelling van de schoolbevolking dat die een afspiegeling zou vormen van de bevolking van de wijk waarin de school gevestigd was. Door het schoolbestuur werd vastgesteld dat de wijk voor 15,6% uit allochtonen bestond. Met inachtneming van een marge besloot men bij de toelating uit te gaan van maximaal 25%

⁹⁷ Pres. Rb. Utrecht 23 november 2000, ELRO-nummer: AA8433, in: < www.rechtspraak.nl >. Zie ook Pres. Rb. Rotterdam 5 januari 1990, JO 1990, 44.

⁹⁸ Afdeling rechtspraak van de Raad van State (AR) 29 juli 1985, JO 4816, AB 1986, 191; zie ook AR. 3 november 1992, JO 1993, 131.

allochtone leerlingen in de school. Toen dat percentage was bereikt en zich een leerling aandiende van allochtone herkomst, werd deze niet direct toegang verleend maar op een wachtlijst geplaatst. De Commissie achtte dit beleid in strijd met de wet, daar allochtone kinderen uitsluitend op grond van hun allochtoon zijn niet werden toegelaten, cq. op een wachtlijst werden geplaatst. Volgens haar werd daarmee door het schoolbestuur ontoelaatbaar onderscheid gemaakt tussen personen op grond van 'afkomst', hetgeen duidt op de in artikel 1 Awgb verboden grond van ras en/of nationaliteit.⁹⁹ Gewezen kan hier ook worden op strijd met internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke anti-discriminatiebepalingen. Zie paragraaf 2.5.

Ad d. In de onder c bedoelde zaak verdedigde het schoolbestuur zich onder meer met het argument dat geen afspraken konden worden gemaakt met het bestuur van de openbare school in de wijk over het zichtbaar maken van het percentage allochtone leerlingen in die school. Dat lukte wel met het bestuur van een andere bijzondere school in die wijk. De vraag doet op: zouden verder gaande afspraken over de verdeling van allochtone leerlingen over elkaars scholen een kans maken? Strijd met de vrijheid van het bijzonder onderwijs ingevolge artikel 23 Grondwet doet zich niet voor, nu er geen sprake is van een dwingend beleid die de toelatingsvrijheid beperkt. Wel wordt een beperking aangebracht op het beginsel van algemene toegankelijkheid van het openbaar onderwijs. Verder wordt over de hoofden van individuele onderwijsvragers een beperking aangebracht op hun vrijheid om de school van hun voorkeur te kiezen, welke door het internationale recht - zoals artikel 2. Eerste Protocol, EVRM - is beschermd. Met name het aspect dat onderscheid wordt gemaakt tussen autochtonen en allochtonen, dus op afkomst of ras, bij de toelating maakt deze variant kwetsbaar. In wezen is hier hetzelfde aan de orde als bij een quoteringsbeleid.

Ad e. Als onder d. Alleen wordt hier nu ook een beperking op de vrijheid van het bijzonder onderwijs aan toegevoegd.

Vlaams decreet inzake gelijke-kansenbeleid

Op 29 maart 2002 heeft de Vlaamse minister voor Onderwijs, Vorming en Wetenschapsbeleid een ontwerp van een decreet (wet) met memorie van toelichting bij het Vlaamse parlement ingediend, dat gaat over de verbetering van gelijke kansen in het onderwijs voor autochtone en allochtone leerlingen.¹⁰⁰ Volgens deze regeling heeft elke leerling een recht op inschrijving bij - naar onze terminologie - openbare en bijzondere scholen. Wel wordt voorafgaande aan de inschrijving van de ouders van de leerling geëist dat zij de pedagogische, religieuze of levensbeschouwelijke uitgangspunten van de school en haar onderwijs onderschrijven. Het bevoegd gezag kan op een aantal gronden de inschrijving weigeren of bij inschrijving de leerling doorverwijzen. Met name het laatste punt is interessant. Het bevoegd gezag kan onder meer een leerling doorverwijzen 'waarvan de thuistaal niet of - afhankelijk van het geval - wél het Nederlands is (...) om de vooropgestelde verhouding tussen beide leerlingengroepen te waarborgen.' Deze bevoegdheid van doorverwijzing van het bevoegd gezag is gekoppeld aan een aantal prestatieplichten op het terrein van taalonderwijs en aan de aanwezigheid van een bepaald percentage niet- (of wel) Nederlands sprekende leerlingen in de school. Als een schoolbestuur niet zelf actief stappen onderneemt bij de bestrijding van taalachterstand, heeft het geen mogelijkheden tot doorverwijzing. Voor wat hoort wat, denkt kennelijk de Vlaamse wetgever. Voor de coördinatie van de doorverwijzingspraktijk, het maken van onderlinge

⁹⁹ Cgb 6 november 2001, Oordeel 2001-99.

¹⁰⁰ Stuk **1143** (2001-2002) - Nr. 1.

afspraken tussen scholen, het opstellen van een omgevingsanalyse over de verdeling van onderwijskansen etc. wordt een lokaal overlegplatform ingesteld.

Het Vlaamse decreet zou wel eens van belang kunnen zijn voor de Nederlandse discussie over spreidingsbeleid. Het is gebaseerd op onderscheid naar taal, een onderscheid dat niet op voorhand ontoelaatbaar moet worden geacht, zeker niet nu het is gekoppeld aan primaire doelstellingen van onderwijs, namelijk het verbeteren van leerprestaties en het bevorderen van gelijke kansen. De bezwaren die voortspruiten uit de waarborgen die voortspruiten uit de internationale ant-discriminatiebepalingen worden hier omzeild. Het onderscheid naar taal levert noch direct, noch indirect een verboden ongelijke behandeling van personen naar ras, etnische afkomst, nationaliteit en huidskleur op. In de Vlaamse situatie immers, kan doorverwijzing ook betrekking hebben op kinderen afkomstig uit traditioneel Belgische families alwaar of het Nederlands niet wordt gesproken of - bv. gezien de opleiding van de ouders - van een taalachterstand sprake is.