

Tilburg University

Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling

Zoontjens, P.J.J.

Publication date:
2003

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Zoontjens, P. J. J. (2003). *Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling*. (CvW-reeks). Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Het beweeglijke recht op onderwijs

Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder
hoogleraar in het onderwijsrecht aan de Universiteit van Tilburg op vrijdag 2 mei
2003

door

mr. P.J.J. Zoontjens

Mijnheer de Rector Magnificus,

Dames en Heren,

1. Inleiding

De afgelopen tijd heeft het aan discussiestof over de bestaande juridische wortels van ons onderwijsbestel niet ontbroken. In de eerste plaats pleitte VVD-lijsttrekker Zalm er tijdens de laatste verkiezingscampagne voor om de komst van nieuwe islamitische scholen te “ontmoedigen”.¹

Verder staat in het Verkiezingsmanifest 2003-2007 van de PvdA geschreven dat er een verplichting voor bijzondere scholen moet komen, om kinderen toe te laten waarvan de ouders de grondslag respecteren.² Dit betekent een acceptatieplicht voor bijzondere scholen.

Naar aanleiding van een inspectierapport over “islamitische scholen en sociale cohesie”³ tenslotte, wordt door minister en Tweede Kamer het principe onderschreven dat de onderwijsinspectie tijdens de godsdienstles aanwezig mag zijn. Zij mag daarbij controleren of de les wordt gegeven in overeenstemming met de wettelijke voorschriften en of de daarbij onderwezen opvattingen passen binnen een veilig en leefbaar klimaat op de school.⁴

Deze voorbeelden uit het recente verleden hebben gemeen dat zij het belang van onderwijs voor de maatschappelijke integratie van nieuwkomers in onze samenleving benadrukken. Zij hebben echter ook reacties opgeroepen, vanwege de spanning die er is met de vrijheid van onderwijs van artikel 23 Grondwet. In een open brief van 5 december 2002 aan de leden van de Tweede Kamer doet de Besturenraad voor het protestants-christelijk onderwijs over dit soort initiatieven zijn beklag en komt hij op voor de vrijheid van onderwijs.

“Keer op keer wordt het kennelijke onvermogen om af te rekenen met veronderstelde tekortkomingen van een handvol islamitische scholen afgewenteld op alle orthodoxe

1 Het bericht verscheen op maandag 2 december 2002 in de landelijke dagbladen.

2 Zie de website, www.pvda.nl (inzage 21 April 2003).

3 Utrecht, oktober 2002.

4 Verslag algemeen overleg van de Vaste commissie voor OCenW uit de Tweede Kamer d.d. 11 december 2002, Kamerstukken II 2002/03, 28 600 VIII, nr. 115. Zie ook Aangangsels Handelingen II 2002/03, nr. 831, p. 1745/46

scholen en het liefst het hele bijzonder onderwijs. Ook de Veluwe is Nederland, en Nederland is groter dan de Veluwe. Alsof die scholen bij uitstek de speelplaats van de duivel en het domein van de haat zijn. De weerzin tegen het succes van deze scholen krijgt fundamentalistische trekken”.⁵

De felheid van toon waarmee deze politieke standpunten worden bestreden, kan niet verhelen dat Gerrit Zalm en Wouter Bos hun gelijk kunnen halen in het in internationale verdragen beschermde recht op onderwijs. Hun opvattingen sluiten aan bij empirisch onderzoek waaruit blijkt dat islamitische of zwarte scholen vanwege de eenzijdige allochtone samenstelling van de leerlingenpopulatie en de daarmee gemoeide taalachterstand slechter presteren en mitsdien een hindernis vormen voor integratie.⁶ Als zodanig doen zij impliciet een beroep op het Verdrag nopens de Bestrijding van Discriminatie in het Onderwijs (VBDO). In artikel 4 van dat Verdrag is het recht voor iedereen op gelijke kansen in het onderwijs vastgelegd. In artikel 5, eerste lid, onder c, is vervolgens bepaald dat leden van minderheidsgroepen hun eigen onderwijsfaciliteiten mogen hebben, onder de voorwaarde evenwel dat de kwaliteit van dit onderwijs niet lager mag zijn dan wat algemeen wordt voorgeschreven door de bevoegde autoriteiten.

Met het standpunt van de minister en de Tweede Kamer om via toezicht op het godsdienstonderwijs ontoelaatbare indoctrinatie en het zaaien van haat te voorkomen of te bestrijden, wordt gepoogd recht te doen aan onder andere artikel 13, eerste lid, van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESC) en artikel 29, eerste lid, onder b en d, van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (VRK). Daarin is bepaald dat het onderwijs dient bij te dragen tot respect voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en dient te stimuleren tot vriendschap en verdraagzaamheid onder alle volken en gemeenschappen.

met betrekking tot vragen van het kamerlid Van der Laan.

⁵ Brief van 5 December 2002, kenmerk DI020488. Ook te raadplegen op www.besturenraad.nl (inzage 22 April 2003).

⁶ Vgl. M.T.A.B. Laemers, *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*, Utrecht, Lemma, 2000, p. 261 e.v.; i.h.b. p. 273. Zie ook Inspectie van het Onderwijs, *Onderwijsverslag over het jaar 2001*, Utrecht, 2002, 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 (...).”

2. Een onderbelicht onderwerp

2.1 *De Enveloppebrief van OCenW*

Het recht op onderwijs speelt in het huidige onderwijsbeleid een belangrijke rol. In de zogenaamde Enveloppebrief van 1 november 2002 van de minister van OCenW aan de Tweede Kamer wordt nader op de betekenis hiervan ingegaan.⁷ Volgens deze brief is het een recht van burgers. Het vertaalt zich in overheidszorg voor kwaliteit, voor toegankelijkheid en voor een pluriform onderwijsaanbod. Verder vloeit er verantwoordelijkheid voor de overheid uit voort voor de financiering van het onderwijs. Hiermee wordt reeds duidelijk dat het bij het recht op onderwijs om een uitgebreid, veelvormig complex van rechten gaat dat juridisch soms lastig grijpbaar is. Is het wel een recht of zitten we midden in de sfeer van het beleid?

2.2 *Een beperkte rol voor het recht op onderwijs?*

Feit is dat het recht op onderwijs is vastgelegd in een reeks van mensenrechtenverdragen waarbij Nederland partij is. Gezien ons uitgangspunt van jurisprudentieel monisme brengt dat met zich mee dat het onderdeel uitmaakt van onze nationale, constitutionele rechtsorde.⁸ De aandacht voor dit recht is in juridisch Nederland totnogtoe evenwel beperkt te noemen. Bij de parlementaire voorbereiding van de algehele grondwetsherziening van 1983 met betrekking tot nieuwe grondrechtsartikelen inzake het onderwijs, die er zoals bekend niet zijn gekomen, wordt met geen woord gerept over het recht op onderwijs.⁹ Dat gebeurde wel daarvóór in het Tweede Rapport van de Staatscommissie Cals-Donner. De staatscommissie wijst op het bestaan van artikel 2, Eerste Protocol, van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden. Daarin is vastgelegd dat niemand het recht op onderwijs zal worden ontzegd. Verder is daarin bepaald dat de staat het recht van de ouders zal eerbiedigen om voor hun kinderen zich van die opvoeding en dat onderwijs te verzekeren, welke overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuigingen. De staatscommissie is van mening dat de

⁷ Kamerstukken II 2002/03, 28 600 VIII, nr. 17, p. 3/4.

⁸ Zie F.M.C. Vlemminx en M.G. Boekhorst, Artikel 93, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, derde druk, Deventer 2000, p. 456-457.

⁹ Vgl. Kamerstukken II 1975/76, 13 873 en 13 874.

vrijheid van de ouders zich van passend onderwijs voor hun kinderen te verzekeren besloten ligt in de grondwettelijke garantie van de vrijheid van onderwijs. In de passage dat niemand het recht op onderwijs zal worden ontzegd leest zij een sociaal grondrecht, dat onder meer de overheid verplicht om te zorgen dat overal voldoende gelegenheid bestaat tot het ontvangen van onderwijs. De staatscommissie gaat niet in op een suggestie van de De Savornin Lohmanstichting om het recht op onderwijs uitdrukkelijk in de Grondwet te waarborgen.¹⁰ In haar Eindrapport, waarin zij apart adviseert over het sociaal grondrecht inzake het onderwijs komt zij op de kwestie niet meer terug. Het door haar voorgestelde artikel 83 bevat dan ook een bepaling die de overheid verplicht tot het zorgen voor voldoende gelegenheid tot het ontvangen van openbaar onderwijs.¹¹

Naar ik meen moet de visie van de Staatscommissie en later de regering tijdens de grondwetsherziening zo worden begrepen dat aan het recht op onderwijs hooguit een beperkte zelfstandige betekenis toekomt buiten de grondwettelijke onderwijsvrijheid. Indien men de handboeken op het terrein van het staatsrecht en het onderwijsrecht erop naslaat, kan men vaststellen dat deze visie nog steeds geldend is. In zijn studie van vorig jaar over de betekenis van de onderwijsvrijheid concludeert de Onderwijsraad geheel in lijn hiermee dat - behoudens de gevallen waarin ongeoorloofd onderscheid wordt gemaakt inzake de vrijheid van schoolkeuze - uit de rechtspraak momenteel geen belangrijke, bepalende rol van het internationale recht kan worden afgeleid.¹²

2.3 *Drie stellingen*

Toch is er voldoende reden om zelfstandig aandacht te schenken aan het internationale recht op onderwijs. In rechtspraak, beleid en wetgeving speelt het een rol van toenemende betekenis. Het recht op onderwijs behelst uitgangspunten die niet in de Grondwet hun basis vinden maar wel worden erkend in onze rechtsorde. Daarnaast blijkt in toenemende mate dat vanuit concepties van recht op onderwijs ons grondwetsartikel onder kritiek wordt gesteld. Op deze punten kom ik

10 Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, Den Haag 1969, p. 69.

11 Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, Den Haag 1971, p. 229 e.v.

12 Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet*, advies nr. 20020284/674, juli 2002, Den Haag 2002, p. 37.

nog afzonderlijk terug. Een en ander brengt mij tot de formulering van drie stellingen met betrekking tot de relatie tussen de grondwettelijk beschermde vrijheid van onderwijs en het internationale recht op onderwijs, die de aanzet en de rechtvaardiging vormen voor dit betoog.

Stelling 1

Verbreding van het constitutioneelrechtelijke perspectief op onderwijs is noodzakelijk. Een aantal vraagstukken van nationaal onderwijs die constitutionele relevantie hebben, onderhouden inhoudelijk gezien geen of slechts een beperkte relatie tot de onderwijsvrijheid van artikel 23 Grondwet. Ik wijs onder meer op leerplicht en leerrecht,¹³ op de verantwoordelijkheid van de overheid voor bekostiging van het speciaal onderwijs, beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.¹⁴ Verder wijs ik op de medezeggenschap van ouders en leerlingen¹⁵ in de school¹⁶ en op de afwezigheid van staatspedagogiek ten aanzien van het openbaar onderwijs.¹⁷

Stelling 2

Afzonderlijke scholen belanden in toenemende mate in de publieke ruimte waar open communicatie plaatsvindt. Het belang van de individuele burger, als onderwijsvrager, weegt zwaar, nu hem via de rechtspraak, informatierechten, marktwerking en een reeks van concrete wettelijke maatregelen meer greep wordt verschaft op wat er in de school of instelling gebeurt. Docenten, schoolleiders en schoolbesturen ondervinden daarvan de gevolgen, doordat zij meer gedwongen worden tegenover de omgeving verantwoording af te leggen. Bij deze ontwikkeling blijken argumenten in verband met het internationaal beschermde recht op onderwijs vaak een overwegende rol te spelen.

Stelling 3

13 Zie bijvoorbeeld memorie van toelichting bij de Regeling leerlinggebonden financiering, Kamerstukken II 2001/02, 27 728, nr. 3, p. 12 e.v. over het leerrecht voor kinderen met verstandelijke of meervoudige handicaps.

14 In de Grondwet is slechts de zorg voor gelijke deugdelijkheid en gelijke bekostiging van openbaar en bijzonder algemeen vormend lager onderwijs vastgelegd.

15 Waaronder mede begrepen deelnemers (BVE) en studenten (HO).

16 De eerste Wet medezeggenschap onderwijs van 1981 was constitutioneel problematisch. Zij werd niet beschouwd te zijn een door de Grondwet bedoelde eis van deugdelijkheid, maar een door het algemeen belang ingegeven bekostigingsvoorwaarde; zie P.J.J. Zoontjens, *Inleiding tot de onderwijswetgeving*, Den Haag 1999, p. 110.

De Nederlandse samenleving ondergaat in toenemende mate de invloed van Europeanisering en globalisering. Ook of misschien *juist* in het onderwijs - en dan met name het hoger onderwijs - zijn die invloeden goed merkbaar, zoals we nog zullen zien. Dit stelt ons voor de vraag in welke mate internationale normen mede richtinggevend zouden kunnen zijn voor de verdere ontwikkeling van ons onderwijsbestel.

2.4 *Plan van behandeling*

In het navolgende ga ik nader in op de betekenis van het in verdragsrecht neergelegde recht op onderwijs voor onze rechtsorde. Na een kort overzicht van dit verdragsrecht en enkele concluderende opmerkingen (par. 3), besteed ik aandacht aan een beperkt aantal onderwerpen, waarbij van het verdragsrecht een structuurbepalende of richtinggevende werking uitgaat (par. 4). Vervolgens ga ik na of, en in welke mate het recht op onderwijs van betekenis is in verband met de ontwikkelingen inzake marktwerking in het hoger onderwijs (par. 5). Vervolgens rond ik af (par. 6).

3. Het recht op onderwijs in internationale verdragen

3.1 *Algemeen*

In het kielzog van art. 26 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens is het recht op onderwijs na de Tweede Wereldoorlog in verschillende verdragen vastgelegd. Te wijzen valt op art. 2, Eerste Protocol, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Verder op art. 13 en 14 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESC), art. 28 en 29 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (VRK) en art. 12 tot en met 14 van het Kaderverdrag inzake de bescherming van Nationale Minderheden (KVNMM).¹⁸ Tenslotte zijn relevant de anti-discriminatiebepalingen in het Verdrag nopens de Bestrijding van Discriminatie in het Onderwijs (VBDO),¹⁹ het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van

¹⁷ Zie hierover P.W.C. Akkermans, *Onderwijs als constitutioneel probleem*, Alphen aan den Rijn 1980, p. 119.

¹⁸ Trb 1995, 197.

¹⁹ Trb 1964, 69.

Rassendiscriminatie (IVUR),²⁰ het Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (VUDV)²¹ en de EG-richtlijn 2000/43/EG, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (Richtlijn).²² Ook in artikel 14 van het niet-bindende Handvest van de grondrechten van de Europese Unie komt het recht op onderwijs voor.

De bepalingen inzake het recht op onderwijs bestrijken grofweg een drietal domeinen. In de eerste plaats wordt er op verschillende plaatsen een algemeen recht op onderwijs geformuleerd dat aan eenieder op voet van gelijkheid toekomt. Voorbeelden daarvan zijn artikel 2, Eerste Protocol, EVRM, artikel 13 IVESC en de artikelen 28 en 29 VRK. Een tweede type verdragsrecht heeft betrekking op het recht op onderwijs van nationale minderheden. Dit recht is verbonden met de positie van minderheidsgroepen met een specifieke gemeenschappelijke identiteit op het terrein van cultuur, geloof, taal en/of traditie,²³ die afwijkt van andere groepen in de staatsgemeenschap. Voorbeelden zijn artikel 29, eerste lid, onder c, VRK en de artikelen 12, 13 en 14 KVMN. Een laatste groep van voor ons onderwerp relevante bepalingen biedt tenslotte bescherming tegen ongelijke behandeling en discriminatie in het onderwijs. Deze vinden we onder andere in het VBDO, artikelen 2 en 5 IVUR, artikel 4 VUDV en artikelen 1 en 2 Richtlijn.

3.2 *Vier aspecten van het mondiale recht op onderwijs*

Datgene wat wordt aangeduid met recht op onderwijs betreft een tamelijk heterogeen en - in ieder geval - uitgebreid complex van normen. Vanuit VN-optiek, en met name hun speciale rapporteur Katarina Tomaševski, kunnen bij de analyse van het recht op onderwijs van art. 13 IVESC en van art. 28 en 29 VRK vier thematische aspecten worden onderscheiden, die nauw met elkaar samenhangen en tezamen het totaal vormen. Deze aspecten betreffen respectievelijk availability, accessibility, acceptability en adaptability.²⁴ Een soortgelijke vierslag heeft als

20 Trb 1966, 237.

21 Trb 1981, 61.

22 Publicatieblad nr. L 180 van 19 juli 2000.

23 Zie voor deze definitie van "identiteit": artikel 5, eerste lid, KVMN.

24 Commission on human rights of the ESC, Preliminary report of the Special Rapporteur on the right to education, Ms. Katarina Tomaševski, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1998/33, E/CN.4/1999/49, 13 January 1999. Zie ook Committee on economic, social and cultural rights of the ESC, The right to education (Art. 13). *General Comment 13*, E/C.12/1999/10, CESCR, 8 December 1999 (voortaan *General*

analysekader ook bij andere mensenrechten dienst gedaan, zoals bij het recht op toereikende voeding en huisvesting van art. 11 IVESC.²⁵

Met *availability* (beschikbaarheid) wordt aangeduid de groep van overheidsverplichtingen tot het beschikbaar stellen en financieren van onderwijsvoorzieningen, in het bijzonder voldoende scholen, instellingen en curricula. Volgens art. 13, tweede lid, IVESC bijvoorbeeld, moet de overheid de ontwikkeling van een stelsel van scholen van alle niveaus nastreven. De verdragsbepaling geeft ook de bouwstenen van zo'n stelsel aan door primair, secundair en hoger onderwijs als onderscheiden sectoren aan te merken en verder aandacht te vragen voor de zorg voor volwasseneducatie en de materiële omstandigheden van het onderwijzend personeel.

Accessibility (toegankelijkheid) heeft betrekking op ieders recht op toegang tot onderwijsinstellingen en curricula. Hierbij worden drie elkaar overlappende dimensies onderscheiden:²⁶

1. Afwezigheid van discriminatie: het onderwijs moet voor eenieder, in het bijzonder voor leden uit de meest kwetsbare groepen, de facto en de jure toegankelijk zijn.
2. Fysieke toegankelijkheid: onderwijs moet op veilige wijze bereikbaar zijn, hetzij reëel, doordat een school zich op redelijke afstand en op een redelijke locatie bevindt, hetzij virtueel, via toegang tot en met behulp van moderne technologie;
3. Economische toegankelijkheid: onderwijs moet voor iedereen betaalbaar zijn.

Tot het thema van *accessability* rekent men onder meer de leerplicht ten aanzien van het primair onderwijs,²⁷ de eis van kosteloos primair onderwijs²⁸ en de eis tot het in toenemende mate kosteloos maken van secundair onderwijs²⁹ en hoger onderwijs.³⁰ Interessant voor Nederland is

Comment 13).

²⁵ *General Comment 13*, p. 13.

²⁶ The right to education (Art. 13), a.w., p. 3.

²⁷ Art. 26, eerste lid, UVRM, art. 13, tweede lid, onder a, IVESC, art. 28, eerste lid, onder a, VRK, art. 4, onder a, VBDO.

²⁸ Art. 26, eerste lid, UVRM, art. 13, tweede lid, onder a, IVESC, art. 14 IVESC, art. 28, eerste lid, onder a, VRK en art. 4, onder a, VBDO.

²⁹ Art. 26, eerste lid, UVRM, art. 13, tweede lid, onder b, IVESC, art. 28, eerste lid, onder b, VRK en art. 4, onder

dat is bepaald dat de selectie van leerlingen voor de toegang tot een particuliere school op grond van haar godsdienstige grondslag geen discriminatie oplevert naar levensovertuiging of godsdienst.³¹

Met *acceptability* (aanvaardbaarheid) wordt bedoeld op overheidsverplichtingen, waarbij wordt zorg gedragen voor het recht van studerenden (of hun ouders) op een aanvaardbare vorm en inhoud van curricula en leermethoden. Het gaat hier om het recht op relevant, pluriform en kwalitatief goed onderwijs. Men denke aan het recht van ouders tot de keuze voor onderwijs aan particuliere scholen die voldoen aan statelijke minimumnormen en die beantwoorden aan de eigen zedelijke of godsdienstige overtuiging.³² Ook kan men denken aan de vrijheid om zodanige particuliere onderwijsinstellingen op te richten en te beheren.³³

De term *adaptability* (geschiktheid) tenslotte, duidt op verplichtingen van de overheid om het onderwijs flexibel te laten zijn en zoveel mogelijk aan te passen aan de behoeften van de tijd en van studenten met een diverse sociale en culturele achtergrond. De norm in het IVESC bijvoorbeeld dat de overheid “met alle passende maatregelen” het secundair onderwijs voor iedereen beschikbaar en toegankelijk moet maken, impliceert dat zij bij het aanbod daarvan moet aansluiten op de sociale en culturele verscheidenheid in de samenleving.³⁴

3.3 *Algemene betekenis voor de Nederlandse verhoudingen*

De hierboven besproken aspecten zouden wellicht ook als analysekader kunnen dienen voor het in het EVRM beschermde recht op onderwijs, maar er wordt verder niet op teruggekomen. Ik heb ze slechts voor de ordening van mijn betoog ter sprake gebracht. Nadere aandacht voor het EVRM is intussen van belang, want de bepalingen van de VN-verdragen hebben een zwakke status in de Nederlandse rechtsorde. Volgens de Hoge Raad is art. 13, eerste en tweede lid,

a, VBDO.

30 Art. 13, tweede lid, onder c, IVESC.

31 Art. 2, onder b, j^o. 5, eerste lid, onder b, VBDO.

32 Art. 26, derde lid, UVRM, art. 13, derde lid, IVESC en art. 5, onder b, VBDO.

33 Art. 13, vierde lid, IVESC, art. 29, tweede lid, VRK, art. 13, eerste lid, KVNMM.

34 Vgl. *General Comment 13*, p. 4.

IVESC niet een “ieder verbindende bepaling” in de zin van art. 93 Grondwet, zodat individuele burgers daarop geen beroep kunnen doen en de Nederlandse rechter nationale wetten en andere maatregelen daaraan niet kan toetsen.³⁵ Andere rechters hebben zich aan deze jurisprudentie van de Hoge Raad geconformeerd.³⁶ Met Vlemminx kan zelfs met enige voorzichtigheid worden gesproken van een lijn in de jurisprudentie om rechtstreekse werking aan het IVESC als zodanig te ontzeggen.³⁷ Ook aan de artikelen 28 en 29 VRK toetst de Nederlandse rechter niet.³⁸

Op deze rechterlijke benadering is uiteraard kritiek mogelijk. Zo is erop gewezen dat ten aanzien van het in art. 13 IVESC beschermde recht op verplicht en kosteloos primair onderwijs rechtstreekse werking zou moeten worden aangenomen.³⁹ Nu in art. 28 VRK een vrijwel identieke bepaling is opgenomen, zou hiervoor hetzelfde moeten gelden. Verder is het natuurlijk heel vreemd om - zoals in het Maimonidesarrest⁴⁰ gebeurt - wel de rechtstreekse werking van het tegenover de staat inroepbare recht op vrije schoolkeuze ingevolge het EVRM te erkennen en zulks aan nagenoeg gelijklopende bepalingen van art. 13, derde lid, IVESC en art. 29, tweede lid, VRK te moeten ontzeggen.⁴¹

Bij een schets van de betekenis van het in de rechtspraak erkende recht op onderwijs voor de Nederlandse verhoudingen moeten we ons naar huidig recht dus vooral verlaten op het EVRM. Daarbij blijken vooral de aspecten van toegankelijkheid (accessability) en aanvaardbaarheid (acceptability) een rol te spelen. Ik spreek hier verder van het recht op toegang en het ouderlijk keuzerecht.

35 HR 14 april 1989, AB 1989, 207, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet).

36 Zie bv. ABRS 6 maart 2002, *J.O. - School en Wet*, nr. 3, maart 2003, p. 112 e.v., en ABRS 24 april 2002, zaaknr. 200102849/1, LJN-nr AE1814.

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

38 Zie onder meer ABRS 6 maart 2002, *J.O. - School en Wet*, nr. 3, maart 2003, p. 112 e.v.; Rb. Den Haag 6 september 2000, zaaknr. 99/1628, LJN-nr. AA7019 en Rb. Den Haag 4 maart 2003, zaaknr. AWB 01/1053 ABW, LJN-nr. AE2489.

39 Zie Committee on economic, social and cultural rights of the ESC, *General Comment 3, The nature of states parties obligations (Art. 2, para 1 of the Covenant)*, Geneva 14 April 1990, randnr. 5. F. Coomans, Identifying violations of the right to education, in: Th. Van Boven e.a. (Eds.), *The Maastricht guidelines on violations of economic, social and cultural rights*, SIM-special, nr. 20, Utrecht 1998, p. 132.

40 HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 m.n. FHvdB (Maimonides).

41 Zie voor meer uitgebreide kritiek F.M.C. Vlemminx, *De autonome rechtstreekse werking van het EVRM. De Belgische en Nederlandse rechtspraak over verzekeringsplichten ingevolge het EVRM*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2002, nr. 62, Deventer 2002, p. 19-58 (voortaan: preadvies).

Ik besteed geen aandacht aan het voor leden van minderheidsgroepen beschermde recht op onderwijs in het KVMN. Dat zou naar mijn mening een zelfstandig betoog rechtvaardigen, waarvoor hier de ruimte ontbreekt.

3.4 *Recht op onderwijs in de Europese context*

3.4.1 *Het recht op toegang*

Het recht op toegang wordt afgeleid uit de eerste volzin van artikel 2, Eerste Protocol, EVRM, die luidt: “Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd”. Volgens het Hof omvat dit het recht van ieder kind⁴² om, met afwezigheid van discriminatie, te kiezen uit het bestaande, door de staat beschikbaar gestelde stelsel van schoolonderwijs.⁴³ Het kind kan daarnaast ook kiezen voor particulier onderwijs.⁴⁴ Maar het laatste recht geldt volgens Nederlandse opvatting alleen tegenover de staat, tegenover een bestaande bijzondere school kan het niet te gelde worden gemaakt.⁴⁵ Toegang impliceert deelname aan het onderwijs in de verschillende fasen van het schoolsysteem en het recht een officiële diploma-erkenning te krijgen wanneer de studie of opleiding is voltooid. Een en ander is mede afhankelijk van regels door de staat te stellen.⁴⁶ Het recht op toegang is tevens het recht onderwezen te worden in de nationale taal of in één van de nationale talen binnen de staat.⁴⁷ Volgens nationale rechtspraak vormt het recht op onderwijs, in de betekenis van recht op toegang, de grondslag voor de leerplicht, zoals neergelegd in de Leerplichtwet 1969.⁴⁸

3.4.2 *Ouderlijk keuzerecht*

42 Zie EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans): hoewel nauw aan elkaar gerelateerd is er een inhoudelijk verschil tussen de eerste en tweede volzin van art. 2 aan te nemen, nu de één een recht van het kind (eerste volzin) en de ander een recht van de ouder (tweede volzin) betreft.

43 EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak). Het verbod van discriminatie heeft zowel betrekking op toegang tot als verwijdering van de school.

44 EHRM 7 December 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen). Zie ook art. 13, derde lid, IVESC.

45 HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 m.n. FHvdB (Maimonides). Zie de uitleg van dit arrest in Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet*, advies nr. 20020284/674, juli 2002, Den Haag 2002, p. 59.

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

47 EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak). Met “nationale taal” wordt bedoeld de officiële taal binnen de staat. Zie ook EHRM 11 september 1999 (Cyprus v. Turkije).

Het ouderlijk keuzerecht omvat ingevolge de tweede volzin van art. 2, Eerste Protocol, EVRM het recht van ouders om zich voor hun kinderen “van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen”. Dit recht omvat - naast het recht op toegang - mede het recht om particuliere instellingen op te richten en daaraan leiding te geven.⁴⁹ De staat is evenwel niet verplicht om deze particuliere instellingen te subsidiëren.⁵⁰ Het ouderlijk keuzerecht gaat voorts niet zover dat ouders zich met een beroep op hun overtuigingen aan de leerplicht zouden kunnen onttrekken.⁵¹ Uit het ouderlijk keuzerecht volgen verder ook nadere eisen te stellen aan de inhoud van het onderwijs. Het onderwijs en, ingeval de Staat het curriculum regelt, ook het curriculum mogen niet indoctrinerend zijn en moeten pluralistisch zijn.⁵² Lijfstraffen tenslotte, zijn op een (staats)school verboden.⁵³

3.5 Kern van het recht op onderwijs

Wat houdt het recht op onderwijs naar internationaal recht nu in? In de kern betreft het het recht van elk individu om zo onbelemmerd mogelijk het onderwijs te genieten dat bij hem of haar past. Hij of zij heeft met andere woorden het recht zich aan de hand van de systematisch gestuurde kennisneming van gezaghebbende opvattingen, open leerinhouden en beproefde praktijken nieuwe kennis, vaardigheden en attitudes eigen te maken.⁵⁴ In algemene beschouwingen over het recht op onderwijs wordt vaak gewezen op het grote belang van het onderwijs voor iemands staatsburgerschap of sociaal-economische positie, zijn of haar kansen in het bestaan of zijn of haar levensgeluk. Zoals in een officieel stuk van de Verenigde Naties hierover wordt vermeld

48 HR 30 mei 1989, NJ 1989, 883.

49 ECRM 6 maart 1987, Decisions and reports 51, p. 128 (Ingrid Jordebo Foundation).

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

51 ECRM 6 maart 1984, zaak 10233/83, Decisions and Reports 37 (H. v. Verenigd Koninkrijk).

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

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

54 Zie ook de poging tot definiëring van het grondwettelijke begrip onderwijs door staatssecretaris Grosheide in 1971: “(..) een proces dat zich afspeelt tussen een of meer leermeesters en een of meer leerlingen, waarbij opzettelijk, systematisch en doelgericht hetzij kennis wordt overgedragen, hetzij een vaardigheid wordt bijgebracht, hetzij hulp bij het doen verwerven van inzicht wordt geboden”, geciteerd bij P.W.C. Akkermans, Artikel 208 van de Grondwet: een labyrint?, in: L. Box e.a. (red.), *Vrijheid van onderwijs*, Nijmegen 1977, p. 64. Deze definitie behandelt het geven van onderwijs, terwijl het bij het recht op onderwijs vooral om het ontvangen gaat. Daarnaast lijkt zij moeilijk toepasbaar op vormen van schriftelijk of digitaal afstandsonderwijs, waar het contact met een

door iemand met onbetwist literaire aspiraties:

“A well-educated, enlightened and active mind, able to wander freely and widely, is one of the joys and rewards of human existence”.⁵⁵

Het is een recht tot het doen van inspanningen en het zich getroosten van opofferingen met het oog op het bereiken van een in de tijd verwijderd doel. De effecten van onderwijs realiseren zich immers pas substantieel in de toekomst. De kern van de rechten die met het recht op onderwijs gemoeid zijn, bepalen de marsroute naar die toekomst: keuze van, toegang tot, deelname aan en gekwalificeerde afronding van onderwijs.

3.6 Een onaf en beweeglijk recht

Fundamenteel voor het recht op onderwijs is dat het weliswaar een recht is dat het belang van het “onderwijsvragende” individu vooropstelt, maar dat het niet verwezenlijkt kan worden zonder feitelijke, veelal positieve inspanningen en prestaties van anderen. Ik denk bij die anderen aan de ouders die een gezagsrol vervullen in het kader van de leerplicht, de docenten en scholen voor het geven van onderwijs, en de overheid die voor de kwaliteit, de voorzieningen, de financiering en de erkenning van diploma’s verantwoordelijk is.

Behoudens bepaalde “harde” onderdelen heeft het recht op onderwijs dus bij uitstek een beginselkarakter. Het daarbij beschermde belang van het individu komt in de meeste gevallen pas tot zijn recht door de aanwezigheid en verzekering van een *structuur*, welke de noodzaak met zich meebrengt om het puur eigenbelang van het individu af te wegen tegen andere belangen die daarbij niet kunnen worden gemist.

Een casus kan misschien verduidelijken wat ik hier bedoel. Laten we ons de situatie voorstellen dat op grond van het ouderlijk keuzerecht niet het *bestuur* van de bijzondere school maar de *ouders* het recht hebben om de grondslag, de richting van de school te bepalen.⁵⁶ We nemen dus aan dat artikel 23 Grondwet niet bestaat.

leermeester veelal volledig ontbreekt.

⁵⁵ *General Comment 13*, p. 1/2.

⁵⁶ Deze casus werd aangesneden door oud-staatssecretaris Netelenbos in de Nota “De identiteit van de school in een pluriforme samenleving”. Zie daarover P.J.J. Zoontjens, *Inleiding tot de onderwijswetgeving*, a.w., p. 53/54.

Het zou als volgt kunnen gaan. De ouders besluiten in meerderheid de katholieke basisschool om te zetten in een islamitische basisschool. Het gevolg zal dan wellicht zijn dat het bestuur zijn biezen pakt. Daar valt mee te leven. Nederland is vergeven van mensen die graag willen regelen en bedisselen, een nieuw bestuur is zo gevormd. Een ander gevolg zal wellicht zijn dat leerkrachten zich niet meer thuisvoelen op de school en vertrekken. Dat wordt ernstig. Zeker ook in het geval hun vertrek zou worden bevolen door het nieuwe bestuur. Nieuwe leerkrachten kunnen vandaag de dag moeilijk gevonden worden. Hoe zit het vervolgens met de minderheid van de ouders die het niet eens zijn met het besluit? Hun ouderlijk keuzerecht komt in het gedrang. Of ze blijven op een school waar ze zichzelf of hun kind niet meer thuisvoelen, of ze moeten zoeken naar een nieuwe school, vaak verder van huis. Op zichzelf wordt het niet geaccepteerd in onze rechtsstaat dat het genot van een grondrechtelijk beschermd recht bij elk willekeurig meerderheidsbesluit kan worden beperkt of afgenomen. Ik zie verder nog even af van de situatie dat ouders slaags met elkaar raken. De echte dupe worden de school en de leerlingen. Het in jaren gevormde pedagogische klimaat, de opgebouwde ervaring en kennis, en het beeld en de positie van de school in de wijk kunnen onder vuur komen te liggen. En dan is het met de zo noodzakelijke rust voor het geven van goed onderwijs gedaan.

Natuurlijk zullen ouders zoiets niet doen, zou de tegenwerping kunnen luiden. Ouders zijn zeer wel in staat evenwichtige belangenafwegingen te maken. Prima. De principiële vraag blijft toch uiteindelijk of bij ouders de afweging van hun belang met belangen die het overstijgen in goede handen is, en of zij er niet verstandig aan zouden doen die meer algemene belangenafweging in handen te leggen van een overkoepelende instantie, bijvoorbeeld een schoolbestuur.

Uit deze casus blijkt al dat de regel van artikel 23 Grondwet dat het bestuur de baas is, en dus ook exclusieve beslissingsmacht heeft over de grondslag van de school, niet per se in strijd is met het recht op onderwijs. Onze conceptie van de onderwijsvrijheid kan integendeel worden beschouwd als een naar tijd en plaats bepaalde, concrete uitwerking daarvan. Vanuit het recht op onderwijs - opgevat als beginsel - kan de grondwettelijke uitwerking met argumenten worden geschraagd, maar - zo voeg ik eraan toe - ook bevraagd als de omstandigheden daarom vragen. Aansluitend op de casus verdient bijvoorbeeld vermelding dat er inzake de positie van ouders bij

de bepaling van de grondslag van de school in de loop der tijd enige voortuitgang is geboekt. Vorig jaar heeft de Onderwijsraad geadviseerd om een initiatiefrecht toe te kennen aan de medezeggenschapsraad inhoudende dat hij voorstellen kan doen tot wijziging van de grondslag van de school en van de pedagogische, didactische en organisatorische inrichting. In de medezeggenschapsraad zijn ouders en personeel vertegenwoordigd.⁵⁷ In het navolgende zullen we een aantal voorbeelden van “doorwerking” van het recht op onderwijs in rechtspraak, beleid en wetgeving aan de orde stellen.

4. Toegankelijkheid en keuzevrijheid in het Nederlandse onderwijsbestel

4.1 Algemeen

Ik breng een selectie van onderwerpen ter sprake die door hun aard en actualiteit als typerende en belangrijke uitwerkingen kunnen worden gezien van het recht op onderwijs. Er wordt geen volledigheid nagestreefd. Ik besteed eerst in het kort aandacht aan problemen in verband met toegang, zoals (leerplicht en) kosteloosheid, leerplicht en illegale vreemdelingen, het leerrecht voor gehandicapten en de mogelijk beperkende werking die uitgaat van pedagogische autonomie. Verder zal ik een aparte beschouwing wijden aan het thema marktwerking in het onderwijs, waarbij ik vooral zal ingaan op de in het verband van de Wereldhandelsorganisatie gevoerde besprekingen inzake de General Agreement on Trade in Services, “GATS” voor de ingewijden, en de gevolgen die die *kunnen* hebben voor het recht op hoger onderwijs.

4.2 (Leerplicht en) kosteloosheid onderwijs

Kan uit het recht op onderwijs een leerplicht worden afgeleid? Dat is inderdaad het geval.⁵⁸ In het IVESC en het VRK is bepaald dat het primair onderwijs voor allen verplicht en kosteloos

⁵⁷ Onderwijsraad, *Wat scholen vermogen*, Den Haag 2002. Zie ook Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*, a.w., p. 71.

⁵⁸ Zie over een kritische benadering van dit verband: J.H. de Graaf, *Leerplicht en Recht op onderwijs. Een onderzoek naar de legitimatie van de leerplicht- en aanverwante onderwijswetgeving*, (diss. UvA), Nijmegen 2000, p. 9-18. Zie ook Rb. Rotterdam 18 December 2000, zaaknr. DIV 99/1559-SIMO, LJN-nr. AB1710 en ABRIS 24 April 2002, zaaknr. 200102849/1, LJN-nr. AE1814: het opleggen van opleidingsverplichtingen ter verzekering van

beschikbaar dient te zijn. Volgens de Hoge Raad moet de rechtsgrond voor de leerplicht als geregeld in de Leerplichtwet 1969 evenwel worden gevonden in artikel 2, Eerste Protocol, EVRM, hoewel dit artikel het er niet met zoveel woorden over heeft.⁵⁹ De leerplicht verplicht de ouders⁶⁰ om hun kind voor onderwijs op een school in te schrijven en te zorgen dat het regelmatig de school bezoekt.⁶¹ De essentie van de betekenis van de relatie van de leerplicht tot het recht op onderwijs is gelegen in het feit dat noch de ouders, noch de overheid gerechtigd zijn om uit te maken of het kind toegang zou mogen hebben tot het onderwijs.⁶²

De overheid verkeert op grond van dit uitgangspunt in een bijzondere positie. Zij dient zich niet alleen te onthouden van beslissingen over toegang in individuele gevallen zonder dat daarvoor een objectiefrechtelijke grondslag bestaat, maar zij dient ook in het algemeen de voorwaarden te scheppen voor ouders om hen in staat te stellen aan hun verplichtingen inzake de leerplicht te voldoen. Dit laatste betekent in ieder geval het aanbieden van kosteloos onderwijs gedurende de leerplichtige periode.⁶³ Aan de eis van kosteloosheid wordt niet enkel voldaan als de overheid het onderwijs “volledig” zou bekostigen, hoe men dat ook definieert. De overheid moet ook garanderen dat de toegang niet wordt belemmerd door verplichte bijdragen die door de school worden opgelegd.⁶⁴

In het Nederlandse onderwijsrecht wordt op verschillende wijzen aan de eis van kosteloosheid tegemoetgekomen. In de eerste plaats kan uit artikel 23 Grondwet een eis van voldoende bekostiging worden afgeleid, nu het zesde lid spreekt van “het geheel uit de openbare kas bekostigd (algemeen vormend lager, PZ) onderwijs”. Deze bepaling heeft naar algemene opvatting betrekking op het leerplichtig onderwijs.⁶⁵ Verder wordt door de Nederlandse overheid erkend dat uit het internationale verdragsrecht een speciale verantwoordelijkheid volgt voor het

een professionele beroepsuitoefening strijdt niet met het recht op onderwijs.

59 HR 30 mei 1989, NJ 1989, 883.

60 Ik gebruik hier de term ouders in ruime zin. De wet spreekt over degenen die het gezag over het kind uitoefenen of die met de feitelijke verzorging van het kind zijn belast.

61 Zie art. 2, eerste lid, Leerplichtwet 1969.

62 Committee on economic, social and cultural rights of the ESC, Plans for action for primary education (art. 14), *General Comment 11*, E/C.12/1999/4, Geneva 10 May 1999, randnr. 6. Zie ook J.H. de Graaf, a.w., p. 16.

63 Hoewel de verdragstekst spreekt van “primaire onderwijs” is daarmee eigenlijk het onderwijs gedurende de leerplicht bedoeld. Zie ook Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*, a.w., p. 33.

64 *General Comment 11*, randnr. 7.

65 Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*, a.w., p. 28 en 30.

wegwerken van financiële drempels die de toegang tot het leerplichtig onderwijs belemmeren.⁶⁶ Zo is het het bestuur van een school verboden om de toelating tot de school afhankelijk te stellen van een geldelijke ouderbijdrage. Overeenkomsten die een zodanige toelatingsvoorwaarde met zich meebrengen zijn nietig.⁶⁷ Voorts wordt voor leerlingen tot 16 jaar geen lesgeld geheven.⁶⁸ Schoolkosten voor boeken en leermiddelen in het voortgezet onderwijs worden tenslotte vergoed via een tegemoetkoming voor minder draagkrachtige groepen.⁶⁹

In Nederland is er vooral discussie over de mate van kosteloosheid van het onderwijs buiten de leerplichtige periode. Uit artikel 13, tweede lid, onder b en c, IVESC kan worden afgeleid dat de overheid de toegankelijkheid van secundair en hoger onderwijs moet bevorderen door een geleidelijk streven naar kosteloosheid van dit onderwijs. Twee vragen staan hierbij voorop. Impliceert deze norm op termijn de eis van kosteloosheid van secundair en hoger onderwijs voor iedereen, zonder onderscheid? En de tweede vraag luidt: kan de overheid het zich permitteren om de eigen bijdragen die thans voor deze vormen van onderwijs worden geheven, tussentijds te verhogen?

Over de betekenis van de term ‘kosteloos’ bij het secundair en hoger onderwijs is men van VN-zijde in de General Comments op artikel 13 IVESC buitengewoon stellig. Kosteloos betekent toegang “without charge to the child, parents or guardians”, zonder de verplichting tot het betalen van eigen bijdragen of andere directe kosten. Daarbij maakt het niet uit of deze worden opgelegd door de centrale overheid, de lokale overheid of de school.⁷⁰ Zich kennelijk bewust van het niet-bindende karakter van deze General Comments neemt de Nederlandse regering voor het secundaire onderwijs buiten de leerplicht een principieel ander standpunt in. Bij de behandeling van de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten in de Eerste Kamer gaf zij aan dat “kosteloosheid” betekent “dat er geen belemmeringen mogen worden opgeworpen om onderwijs te volgen”. Zulks sluit eigen bijdragen niet uit, maar aan ouders die het ontbreekt aan

66 Enveloppebrief, a.w., p. 3.

67 Vgl. art. 40, eerste lid, Wpo; art. 27, tweede lid, Wvo.

68 Art. 3 Les- en cursusgeldwet.

69 Zie de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten, Stb. 2001, 225.

70 Zie General Comment No. 13, randnr. 14, waarbij voor de betekenis van “free” in art. 13, tweede lid, onder b en c, IVESC uitdrukkelijk wordt verwezen naar General Comment No. 11, randnr. 7.

financiële middelen dient dan wel compensatie te worden geboden.⁷¹ Anders dan in VN-verband beziet de regering de term “kosteloosheid” in relatie tot feitelijke toegankelijkheid. Zij kiest voor materiële gelijkheid, gerelateerd aan inkomenspositie, waar men in VN-verband aanstuurt op formele gelijkheid. Het standpunt van de Nederlandse regering lijkt me op voorhand niet onjuist of onredelijk, nu het verdrag spreekt over het “door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs (..) voor allen toegankelijk” maken van secundair en hoger onderwijs. Kosteloosheid wordt in deze formulering - let op het woord “door” - als een middel gezien tot het bereiken van algemene toegankelijkheid, wat de relatieve interpretatie van de Nederlandse regering mogelijk maakt. Zeker gegeven de afwezigheid van leerplicht in de hier besproken onderwijsfasen, lijkt mij bovendien deze relatieve interpretatie niet te strijden met de algemene definitie die in VN-verband van het principe van economische toegankelijkheid wordt gegeven, namelijk dat het onderwijs voor iedereen betaalbaar moet zijn.⁷²

Met de laatste norm inzake betaalbaarheid komen we terecht bij de tweede vraag. Mag de overheid tussentijds de kosten voor het (secundair en hoger) onderwijs verhogen? Naar blijkt wordt door het Belgische Arbitragehof aan de plicht om geleidelijk kosteloos secundair en hoger onderwijs in te voeren een zeker standstill-karakter toegekend. Het Hof oordeelde in 1992 dat art. 13, tweede lid, onder c, IVESC geen rechtstreekse gevolgen in de interne rechtsorde heeft en op zichzelf geen recht doet ontstaan op kosteloze toegang tot het hoger onderwijs:

“Wel verzet die bepaling zich ertegen dat België, na de inwerkingtreding van het Verdrag ten aanzien van België (..) maatregelen zou nemen die tegen de doelstelling van de geleidelijke invoering van gelijke toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor een ieder op basis van bekwaamheid, rekening houdend met de situatie van overheidsfinanciën, ingaan”.

In dit arrest werd artikel 13 IVESC evenwel niet geschonden geacht. De verhoging van de school- en inschrijvingsgelden bleek zich goed te verdragen met het gestegen gemiddelde inkomen per inwoner.⁷³ In een later arrest uit 1994 achtte het Arbitragehof de standstill-

71 Kamerstukken I 2000/01, 27 414, nr. 204b, p. 6/7.

72 *General Comment 13*, randnr. 6.

73 Arbitragehof nr. 33/92, 7 mei 1992, B.S. 1992. Zie ook F.M.C. Vlemminx, preadvies, a.w., p. 30-31.

verplichting die naar zijn oordeel nu voortvloeyde uit de combinatie van artikel 24 van de Belgische Grondwet en artikel 13 IVESC evenmin geschonden. Het ging hier om de invoering in het jaar 1993/1994, bij decreet van de Franse Gemeenschap, van inschrijvingsgelden voor kunstonderwijs met beperkt leerplan, terwijl dat onderwijs vanaf 1983 zonder onderbreking tot aan de maatregel in kwestie kosteloos was geweest. Het Hof oordeelde dat de inschrijvingsgelden, wegens het bedrag ervan,

“niet als een ernstige en aanzienlijke hinderpaal voor de toegang tot het desbetreffende onderwijs kunnen worden beschouwd. Het aangevochten decreet betekent geen stap achteruit ten opzichte van de situatie die in 1983 bestond, in zoverre het minimum- en maximuminschrijvingsgelden vaststelt en het de Regering van de Franse Gemeenschap belast met het vaststellen van de criteria voor uitzonderingen op de betaling van dat inschrijvingsgeld”.⁷⁴

Volgens Coomans kan uit het IVESC worden afgeleid dat een maatregel die haaks staat op de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs of die tot negatieve effecten leidt voor de toegang van kwetsbare groepen tot het onderwijs, het vermoeden van verdragsschending oplevert. Dat brengt de verplichting voor de betreffende staat met zich mee om aan te tonen dat er een rechtvaardiging voor die maatregel bestaat.⁷⁵ Als de Nederlandse overheid overtuigend kan aantonen dat met een bepaalde maatregel de feitelijke toegang niet wordt belemmerd, blijft zij mijns inziens binnen de termen van het Verdrag. De crux zit hem natuurlijk in wat als overtuigend kan worden aangemerkt. De lijn in de jurisprudentie van het Belgische Arbitragehof komt erop neer dat de invoering of verhoging van les- of collegegeld in een redelijke relatie moet staan tot de (groei van de) gemiddelde inkomenspositie. Daarnaast moet er voor kwetsbare groepen voldoende compensatie worden geboden.

De redelijkheid en het belang van deze Belgische criteria kunnen goed worden geïllustreerd aan

74 Arbitragehof nr. 40/94, 19 mei 1994, B.S. 1994. Ook in het Duitse recht is jurisprudentie waarbij de invoering van cursusgeld aan het IVESC is getoetst. Vgl. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg 6 april 2000, 2S 1860/99 “ DVBl. 2000, 1783: de wettelijke introductie van een cursusgeldverplichting voor langstuderenden is niet in strijd met art. 13 IVESC, nu deze krachtens de algemene beperkingsgrondslag van art. 4 IVESC kan worden gerechtvaardigd.

75 Coomans, *Identifying Violations of the Right to Education*, a.w., p. 137.

de hand van de casus van het door onze regering gepropageerd stelsel van “gedifferentieerd” collegegeld in het hoger onderwijs. Met de differentiatie van collegegelden wordt beoogd om universiteiten toe te staan voor bepaalde masteropleidingen, die een “evidente meerwaarde”⁷⁶ vertegenwoordigen en waarvoor hoge kosten moeten worden gemaakt, een hoger collegegeld te vragen van studenten. Het gaat hier om een vrije bevoegdheid van de universiteit. Deze zal het bedrag van het hoger collegegeld moeten verantwoorden op grond van de extra onderwijsfaciliteiten die geboden worden. Alleen wanneer de instelling extra kwaliteit levert, kan een hoger collegegeld worden gevraagd. Dit zal door de instelling aan de student inzichtelijk moeten worden gemaakt. Volgens de regering kunnen met deze mogelijkheid de kwaliteit en de diversiteit van het geboden onderwijs worden verhoogd.⁷⁷ Het gedifferentieerd collegegeld moet extra middelen opleveren in aanvulling op de bekostiging door de overheid.⁷⁸ De regering acht de algemene toegankelijkheid voldoende gewaarborgd door te bepalen dat de instelling zelf compenserende voorzieningen moet treffen voor studenten die dat behoeven. Minister Hermans merkte dienaangaande op:

“Ik ben niet bevreesd voor willekeur bij de toekenning. De instelling zal regels moeten opstellen op grond waarvan studenten recht hebben op ondersteuning. Na vaststelling ervan, met instemming van de medezeggenschapsorganen, kunnen studenten die voldoen aan de in de regels opgenomen criteria een beroep doen op de regeling. Tegen een besluit van de instelling op grond van de regeling staat beroep bij het college van beroep voor het hoger onderwijs open. (..) De universiteit zal zelf aanvullende financiering voor de financiële ondersteuning moeten zoeken. Bij de bepaling van de hoogte van het collegegeld zal de instelling zich rekenschap moeten geven van het feit dat een gedeelte ervan als financiële vergoeding voor niet-draagkrachtige studenten zal wegvloeien”.⁷⁹

Naar blijkt was een grote meerderheid van de Tweede Kamer evenwel tegen de

76 Vgl. Kamerstukken II 2002/03, 28 600 VIII, nr. 2, p. 8 e.v.

77 Nota naar aanleiding van het Verslag bij wetsvoorstel bachelor- en masterstructuur, Kamerstukken II 2001/02, 28 024, nr. 6, p. 32/33.

78 A.w., p. 36.

79 A.w., p. 35.

regeringsvoornemens⁸⁰ en mijns inziens terecht. De norm van gelijke toegankelijkheid voor eenieder van het door de staat aangeboden, publieke hoger onderwijs komt hierdoor in ontoelaatbare mate onder druk te staan. Naar mijn mening moet art. 13, tweede lid, onder c, IVESC immers zo worden gelezen, het is reeds opgemerkt, dat de norm van toenemende kosteloosheid van hoger onderwijs *dienstig* is aan het principe van algemene toegankelijkheid. Het geschetste voornemen om bepaalde opleidingen duurder te maken, lijkt juist de andere richting uit te gaan. Afgezien nog van de met vele onzekerheden - en mijns inziens volstrekt onvoldoende waarborgen - omgeven uitwerking van het compensatieprincipe, welke welhaast blanco aan de afzonderlijke instellingen wordt overgelaten, is het enkel stilstaan bij het belang van compensatie van niet-draagkrachtige studenten niet genoeg. Een groot deel van de bestaande groep studenten die thans geen (volledige) compensatie wordt geboden, zal die ook in de toekomst niet krijgen. Zou dat wel zo zijn, dan zou er van enige “winst” bij deze maatregel geen sprake zijn. Daarmee wordt voor deze groep van studenten dus een hogere barrière opgeworpen voor toegang tot hoger onderwijs dan thans het geval is. Wellicht zou deze verdere beperking van het toegangsrecht kunnen worden gerechtvaardigd voor zover zij spoort met positieve inkomensontwikkelingen bij bepaalde groepen in de samenleving.

Aldus ondergaat de mate van betaalbaarheid van het hoger onderwijs *grosso modo* geen verandering. Maar dat is niet het argument voor de collegegelddifferentiatie. Door de regering is slechts aangegeven dat deze dient om een meerwaarde aan kwaliteit en om betere onderwijsfaciliteiten te realiseren. Hier lijkt sprake van strijd met de eis van toegankelijkheid van artikel 13, tweede lid, onder c, IVESC. Het gaat niet aan dat de overheid beperkingen op de toegankelijkheid tot een opleiding van (een meerwaarde van) kwaliteit afhankelijk stelt. De enige beperking die het betreffende onderdeel van artikel 13 IVESC op de toegankelijkheid van het hoger onderwijs toestaat is de eis van bekwaamheid van het individu. Deze moet worden vastgesteld naar de mate van relevante deskundigheid en ervaring.⁸¹ Dat de overheid met collegegelddifferentiatie aanstuurt op de erkenning van verschillen in kwaliteit in het publieke bestel van hoger onderwijs is voorts moeilijk in overeenstemming te brengen met artikel 4, onder

80 Bij amendement is de voorgestelde mogelijkheid van differentiatie van collegegelden geschrapt. Kamerstukken II 2001/02, 28 024, nr. 14.

81 *General Comment 13*, randnr. 19.

b, VBDO, waarin is vastgelegd dat de verdragsstaten een beleid moeten voeren dat ertoe strekt te verzekeren dat “the standards of education are equivalent in all public institutions of the same level, and that the *conditions relating to the quality of education provided* are also equivalent” (mijn cursivering, PZ).

In het Strategisch Akkoord van het eerste kabinet-Balkenende was het voornemen tot collegegelddifferentiatie nog vastgelegd. Thans komt het niet meer voor in het Hoofdlijnenakkoord van het tweede kabinet-Balkenende.⁸²

4.3 *Leerplicht en illegale vreemdelingen*

De leerplicht geldt voor jongeren die de Nederlandse nationaliteit bezitten en hen die vreemdeling zijn, onafhankelijk van de vraag of de laatsten legaal of illegaal in Nederland verblijven.⁸³ De regering beroept zich voor het recht op toegang tot het onderwijs van illegale vreemdelingen in de leerplichtige leeftijd rechtstreeks op het verdragsrecht, in het bijzonder op de passage in art. 2, Eerste Protocol, EVRM dat *niemand* het recht op onderwijs mag worden ontzegd.⁸⁴ Ook voor hen ontvangen scholen dus gewoon bekostiging.

Met name de laatste tijd is de vraag actueel of illegaal verblijvende kinderen veilig zijn binnen de school, waaraan zij zijn ingeschreven. Artikel 107, vijfde lid, Vw2000 bevat immers een algemene verplichting voor alle onderwijsinstellingen om desgevraagd aan de Minister en de korpschef de gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de uitvoering - lees: handhaving - van de Vreemdelingenwet. Tot hoever strekt de taak van de school als opsporingsinstantie?⁸⁵

82 Zie Strategisch Akkoord, Kamerstukken II 2001/02, 28 375, nr. 5, p. 15. Hoofdlijnenakkoord, Kamerstukken II 2002/03, 28 637, nr. 19.

83 Ingevolge artikel 10, eerste lid, Vreemdelingenwet 2000 (Vw2000) kan de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft geen aanspraak maken op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen. Artikel 10, tweede lid, Vw2000 maakt evenwel een afwijking van deze regel mogelijk indien de aanspraak betrekking heeft op onderwijs. Zie voor afwijkingen van deze strekking artikel 40, eerste lid, tweede volzin, Wpo, artikel 27, lid 1a, onder b, Wvo en art. 8.1.1, eerste lid, onder b, Wet educatie en beroepsonderwijs (Web).

84 Zie laatstelijk de minister van OCenW, Kamerstukken II 2002/03, 25 828 en 19 637, nr. 21, p. 4. Zie ook D. Mentink, B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. Tekst en toelichting op het onderwijsartikel in de Grondwet*, Den Haag 2001, p. 43 en daar aangegeven verwijzingen. Ook in VN-verband wordt uit de combinatie van art. 2 (non-discriminatie), 3 (belang van het kind) en art. 13 IVESC een recht op onderwijs van illegale vreemdelingen afgeleid; zie Coomans, *Identifying Violations of the Right to Education*, a.w., p. 131.

85 Zie ook Simone Bommeljé en Kordula C. Braat, *Tussen recht en realiteit. Een oriënterende studie naar “illegale” kinderen in het Nederlandse onderwijs*, een onderzoek van Defence for Children International Nederland, in samenwerking met de Stichting Cordaid, Amsterdam/Den Haag 2002.

Namens de regering is eind vorig jaar het standpunt ingenomen dat het onderwijs geen opsporingsfunctie in het kader van de Vreemdelingenwet heeft.⁸⁶ Dit lijkt mij wat betreft de bescherming van illegaal verblijvende kinderen volkomen logisch en correct. Als er op goede gronden wordt besloten om inzake de toegang tot het leerplichtige onderwijs geen onderscheid toe te staan naar reden van verblijf, betekent dat tevens dat moet worden voorkomen dat vanwege een bepaalde reden van verblijf verwijdering van de school kan plaatsvinden.

Voor de bescherming van het “illegale” kind wijst de regering op de waarborgen met betrekking tot het gebruik van persoonsnummers. Ingaande het schooljaar 2003-2004 zal ten behoeve van de bekostiging en de gegevensadministratie van onderwijsinstellingen worden voorzien in de invoering van een aan elke leerling toe te kennen persoonsnummer, waaraan zijn of haar persoonlijke gegevens zullen worden gekoppeld.⁸⁷ Dit persoonsnummer zal moeten worden overgelegd bij de inschrijving op een school. Het persoonsnummer zal identificatie van elke leerling naar onder andere verblijfadres, verblijf op school, sociaal-culturele achtergrond, schoolcarrière en leervorderingen mogelijk maken. Aan de ouders van elke jongere die de leerplichtige leeftijd heeft bereikt, zal door de Belastingdienst een persoonsnummer in de vorm van een sofi-nummer⁸⁸ worden verstrekt.⁸⁹ Indien de Belastingdienst niet op de hoogte is van de identiteit van een bepaalde persoon, zoals in het geval van een illegaal verblijvende vreemdeling, kan voor hem uiteraard geen verstrekking van het sofi-nummer plaatsvinden. Via de tussenkomst van het bevoegd gezag van de school waar een illegaal verblijvend kind wordt aangemeld kan dan door de Informatie Beheer Groep ten behoeve van dat kind een zogenaamd onderwijsnummer worden verstrekt.

Zo creëert de wet een identificatiemogelijkheid van elke leerling en maakt zij een beperkte restgroep zichtbaar via de introductie van onderwijsnummers. De groep die niet in aanmerking komt voor een sofi-nummer en dus is aangewezen op een onderwijsnummer, is overigens groter dan alleen de illegaal verblijvende vreemdelingen. Ook kunnen daartoe worden gerekend de hier rechtmatig verblijvende aanvragers voor een verblijfsvergunning en kinderen van ouders in het

86 Tweede Kamer, vragenuur, 29 oktober 2002, TK 13, p. 674.

87 Wet invoering persoonsgebonden nummer in het onderwijs, Stb. 2001, 681.

88 Zie art. 2, derde lid, onder j, Algemene wet rijksbelastingen.

89 Zie nieuw art. 1c Leerplichtwet 1969.

buitenland.⁹⁰ Toch ligt het voor de hand te veronderstellen dat zonder aanvullende maatregelen het verschijnsel van het onderwijsnummer tot gevolg zou hebben dat illegaal verblijvende jongeren in de leerplichtige leeftijd massaal thuis worden gehouden.

Ter bescherming van onder meer hun positie is daarom in de wet verzekerd dat het persoonsnummer alleen voor onderwijsdoeleinden mag worden gebruikt. Er is een uitdrukkelijk verbod geregeld voor de besturen en leiding van scholen, voor de inspectie en voor de minister van Onderwijs om het persoonsnummer te verstrekken aan de vreemdelingrechtelijke autoriteiten. “Gemeenten”, welke aanduiding zowel de verschillende organen als de ambtenaren omvat, mogen daarnaast het persoonsgebonden nummer “uitsluitend” gebruiken voor de registratie van leerplichtige jongeren in het belang van het toezicht op de naleving van de Leerplichtwet 1969.⁹¹

De vraag kan worden gesteld of de geschetste waarborgen voldoende grond geven voor het standpunt dat het onderwijs volstrekt geen opsporingfunctie heeft in het kader van de Vreemdelingenwet. Artikel 107, vijfde lid, Vw2000 bestaat nog onverkort. Overkleeft-Verburg wijst er daarnaast op dat er ten aanzien van de opsporingstaak slechts een beperkte uitzondering voor de scholen is geregeld. Het geregelde verbod heeft immers alleen betrekking op informatieverplichtingen uit hoofde van de Wet persoonsgebonden nummers. Op andere informatieverplichtingen, zoals die bijvoorbeeld volgen uit de onderzoeksbevoegdheden inzake het nalevingstoezicht van titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ziet het niet.⁹²

Mijns inziens is er overigens wat betreft het laatste weinig reden tot ongerustheid. Min of meer omvattend Awb-toezicht op de scholen is thans alleen mogelijk voor controle op de naleving van gemeentelijke besluiten als het onderwijsachterstandenplan of de huisvestingsbeschikking. Zo toezichthoudende gemeentefunctionarissen in het kader van dit toezicht al de scholen bezoeken, hetgeen vanwege werkafspraken met de onderwijsinspectie zelden het geval is, biedt de wet voldoende uitkomst door te bepalen dat “de gemeente” het persoonsgebonden nummer van een leerling alleen ten behoeve van registratie in het belang van de handhaving van de leerplicht mag

90 Minister Hermans in Handelingen II 4 april 2001, TK 64, p. 4403.

91 Zie art. 178a, zevende lid, 178b, vierde lid en 178e Wpo en gelijksoortige bepalingen in Wec, Wvo en Web.

92 G. Overkleeft-Verburg, *Informatiebetrekkingen in het onderwijsrecht*, preadvies NVOR 2001, VOR-serie nr. 21, Den Haag 2001, p. 56.

gebruiken. De beperktheid van het verbod zit hem vooral in het feit dat het niet ziet op informatie buiten het persoonsnummer, welke de school bekend is langs andere weg. Hoe bijvoorbeeld te handelen als de schoolleiding via mondelinge of schriftelijke mededeling van ouders of derden te weten komt dat een bepaalde leerling illegaal in Nederland verblijft? De regel van art. 107, vijfde lid, Vw2000 lijkt dan te moeten prevaleren.

Het zou daarom mijns inziens beter zijn, en ook meer recht doen aan het standpunt van de regering, als de verplichting van artikel 107, vijfde lid, Vw2000 zou komen te vervallen ten aanzien van leerplichtige, illegaal verblijvende leerlingen.⁹³ De positie van de illegaal verblijvende leerlingen is dan nog precair genoeg. Zij zijn en blijven volledig onbeschermd tegenover informatie die door anderen dan de school of daarbij betrokken bestuursorganen over hen aan de autoriteiten worden verstrekt. In dat opzicht zou eigenlijk de vraag moeten worden gesteld of de school tijdens de leerplicht niet op enigerlei wijze als volkomen vrijplaats ten aanzien van de vreemdelingrechtelijke handhaving dient te gelden. Inzake het genot van het recht op onderwijs is van een volledige gelijkstelling van illegaal verblijvende kinderen met Nederlandse en legaal verblijvende kinderen thans in ieder geval geen sprake.

4.4 Een leerrecht voor zorgleerlingen en gehandicapten

Ten aanzien van het onderwijs aan kinderen met leer- of gedragsproblemen of een handicap is het keuzerecht van ouders in de afgelopen vijf jaar substantieel versterkt. In 1998 is er een regeling in de Wet op het primair onderwijs (Wpo) tot stand gekomen, waarbij aan ouders het uitsluitende recht toekomt om hun kinderen voor plaatsing op een speciale school voor basisonderwijs⁹⁴ aan te melden. De ouders dienen zich hiertoe met een aanvraag te wenden tot de Permanente Commissie Leerlingenzorg van het samenwerkingsverband waarbij de betreffende school is aangesloten. Deze commissie toetst of plaatsing van de leerling op een speciale school voor basisonderwijs noodzakelijk is. Indien plaatsing noodzakelijk wordt geacht betekent dat dat de leerling tot de betreffende school moet worden toegelaten. De school kan de toelating niet weigeren op gronden ontleend aan de richting, tenzij de ouders weigeren te verklaren dat zij de

93 Zie ook Overkleeft-Verburg, a.w., p. 55.

94 Deze scholen verzorgen onderwijs dat vóór 1998 in speciale scholen voor leer- en opvoedingsmoeilijkheden (lom), moeilijk lerende kinderen (mlk) of in hun ontwikkeling bedreigde kleuters (iobk) was ondergebracht.

grondslag van de school zullen respecteren.⁹⁵ In plaats van het aan te melden bij een speciale school voor basisonderwijs hebben de ouders de keus om het kind op de reguliere basisschool te houden. Het bestuur van de reguliere basisschool kan het kind niet tegen de wil van de ouders verwijderen op de grond dat het is aangewezen op speciaal basisonderwijs, zelfs al zou dat met een beslissing van de Permanente Commissie Leerlingenzorg kunnen worden ondersteund. De reguliere basisschool moet dan voor het kind extra zorg realiseren.

Als een van de doelstellingen van het basisonderwijs is in 1998 in de Wpo vastgelegd dat “ten aanzien van leerlingen die extra zorg behoeven, (...) het onderwijs (is) gericht op individuele begeleiding die is afgestemd op de behoefte van de leerling”.⁹⁶ Deze doelstelling bestrijkt in belangrijke mate, zoals we zagen, de verhouding van de reguliere tot de speciale school voor basisonderwijs. Zij heeft echter ook repercussies voor de relatie van de reguliere school tot de speciale school, als bedoeld in de Wet op de expertisecentra (Wec). Eind 2002 is in de Wec een regeling opgenomen die ouders van een voor speciaal onderwijs geïndiceerd kind een onmiddellijk recht geeft op toelating tot een speciale school. Ook deze speciale school kan dan niet toelating weigeren op denominatieve gronden, tenzij de ouders weigeren te verklaren dat zij de grondslag van de school zullen respecteren.⁹⁷ De ouders kunnen echter ook kiezen voor een reguliere school, zij het dat toelating tot de laatste afhankelijk is van de aard van de handicap van het kind in relatie tot de mogelijkheden van deze reguliere school. De school zal de redenen en omstandigheden die toelating verhinderen, moeten aantonen (“omgekeerde bewijslast”). De reguliere school die een geïndiceerd kind toelaat kan aanspraak maken op een specifieke vergoeding van het Rijk. Over de besteding van de vergoeding - een soort voucher - kunnen de ouders afspraken maken met de reguliere school. De regeling zal op 1 augustus 2003 in werking treden.⁹⁸

De ontwikkelingen inzake de Wpo en de Wec leiden vooral tot meer keuzevrijheid van ouders om hun kind met behulp van aangepaste voorzieningen op een reguliere basisschool te plaatsen

95 Vgl. Art. 40, derde en vierde lid, Wpo.

96 Zie artikelen 18 tot en met 28 Wpo. Zie hieromtrent H.J. Nijkamp, De rechtspositie van ouders in het primair onderwijs bij toelating, verwijzing en verwijdering, Dossier School en Wet, *School en Wet*, maart 1999, p. 1-11.

97 Art. 40, vierde lid (nieuw) Wec.

98 Regeling leerlinggebonden financiering, Stb. 2002, 631. Een heldere uitleg van het nieuwe stelsel is opgenomen in de memorie van antwoord, Kamerstukken I 2001/02, 27 728, nr. 199b, p. 1-2. Zie hierover nader H.J. Nijkamp,

of te houden. Duidelijk is dat ouders een praktisch afdwingbaar recht op toegang hebben tot de reguliere basisschool binnen het samenwerkingsverband van de Wpo. Deze keuzevrijheid is in het verband van de Wec minder sterk. Er is hier zeker niet sprake van een toelatingsrecht tot de reguliere basisschool, wel moeten en kunnen de reguliere basisscholen meer dan voorheen aan de wensen van ouders tegemoetkomen.⁹⁹

Momenteel loopt er een discussie of de overheid niet ook onderwijs beschikbaar moet stellen aan kinderen die thans daarvan zijn uitgesloten.¹⁰⁰ Volgens artikel 5, onder a, Leerplichtwet 1969 zijn kinderen die op lichamelijke of psychische gronden ongeschikt zijn tot het volgen van onderwijs uitgezonderd van de leerplicht. Voor deze kinderen staan traditioneel geen onderwijsvoorzieningen beschikbaar. Zij vallen buiten het onderwijsstelsel. Met verwijzing naar bepalingen die het recht op onderwijs formuleren heeft de regering onlangs het standpunt ingenomen dat er naar moet worden gestreefd om gehandicapten dezelfde mogelijkheden te bieden als andere personen.¹⁰¹ Ten behoeve van leerlingen die vanwege hun handicap thans zijn uitgesloten van onderwijs heeft men reeds een paar jaar terug projecten gestart die informatie moeten opleveren over de te bereiken onderwijsdoelstellingen bij dit soort kinderen en over de verhouding tussen onderwijs en zorg.¹⁰²

De ontwikkelingen inzake het speciaal basisonderwijs en het speciaal onderwijs geven in het licht van recht op onderwijs twee belangrijke markeringen te zien. In de eerste plaats is er nu een regeling getroffen waarbij het toegangsrecht van ouders overweegt ten opzichte van de toelatingsvrijheid van bijzondere instellingen. Ten tweede kan worden vastgesteld dat de leerrechtendiscussie bij met name zwaar gehandicapten nauw gekoppeld is aan de waarborgen die van de wettelijke leerplicht uitgaan. Doordat zij zijn uitgezonderd van de leerplicht heeft de overheid zich steeds op het standpunt kunnen stellen dat er door haar geen onderwijsvoorzieningen voor deze kinderen beschikbaar hoefden te worden gesteld. Daar lijkt thans voorzichtig verandering in te komen. Uiteraard blijft er dan nog een hele discussie open

De rugzakleerling komt er eindelijk aan, *School en Wet*, nr. 8, November 2002, p. 275-280.

⁹⁹ Zie ook Kamerstukken II 2000/01, 27 728, nr. 3, p. 9.

¹⁰⁰ Jacqueline Schoonheim, The right to Education in the Light of Disability, in: J.C.M. Willems (ed.), *Developmental and Autonomy Rights of Children: Empowering Children, Caregivers and Communities*, Intersentia, Antwerpen 2002, p. 165-189.

¹⁰¹ Zie Kamerstukken II 2000/01, Aanhangsel nr. 795 (vragen van het lid Smits aan staatssecretaris Adelmund).

over de vraag *in hoeverre* keuzerechten voor ouders van zwaar gehandicapten kunnen worden gerealiseerd.

4.5 Toegang, keuzerecht en pedagogische autonomie

De onderwijskundige en pedagogische dimensie van de school in primair en voortgezet onderwijs geniet aanmerkelijke bescherming in het recht. Er zijn nauwelijks expliciete regels die rechtstreeks in deze sfeer ingrijpen. In Nederland geldt afwezigheid van staatspedagogiek, wat betekent dat op elke bijzondere en openbare school lesmateriaal kan worden voorgeschreven, dat op een eigen keuze is gebaseerd en dat in een bepaalde pedagogische opvatting over goed onderwijs (Montessori, Jenaplan, Dalton, of iets dergelijks) kan worden ingepast. Voorts kunnen scholen in hoge mate eigen onderwijs- en kwaliteitsbeleid vormgeven.¹⁰³ In de relatie van de school tot haar directe omgeving zijn verder legio constructies ingebouwd die moeten verhinderen dat van buiten het klaslokaal een doorslaggevende invloed wordt uitgeoefend op de lessituatie. De rechter stelt zich van zijn kant tenslotte zeer afstandelijk op ten aanzien van onderwijskundige beslissingen, door veel beleidsruimte aan de professionals in en rond de school te laten.¹⁰⁴

De kernactiviteit in de school is verbonden met wat in het bijzonder onderwijs een aspect van vrijheid van inrichting¹⁰⁵ en in het openbaar onderwijs pedagogische autonomie wordt genoemd:¹⁰⁶ overwegend eigen beslissingsmacht over zaken als invulling van de onderwijskundige identiteit, het schoolklimaat, de organisatie, de ordehandhaving, het rooster, het lesgeven, de begeleiding van leerlingen en de examinering. Ik gebruik hier verder de term pedagogische autonomie in overkoepelende zin.

Pedagogische autonomie bepaalt in toenemende mate het gezicht van de school in de

102 Kamerstukken II 2000/01, 24 170, nr. 60, p. 3/4.

103 In het kader van het nieuwe inspectietoezicht dient die eigen beleidsruimte ook zoveel mogelijk te worden gerespecteerd. Zie P.J.J. Zoontjens, De regeling van het nieuwe toezicht, *Tijdschrift voor de Onderwijspraktijk*, oktober 2001, p. 104-108.

104 Zie voor een overzicht van de terughoudende rol van de rechter B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het "algemene" bestuursrecht en het "bijzondere" onderwijsrecht, in: *De Awb en bijzondere wetgeving*, preadviezen VAR Vereniging voor Bestuursrecht, nr. 124, Den Haag 2000, p. 159 e.v.

105 Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*, a.w., p. 26.

106 B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het "algemene" bestuursrecht en het "bijzondere" onderwijsrecht, a.w., p.

117. P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool: conflicterende convergentie*, diss. KUN, Den Haag 2002, p. 53.

samenleving. Dat is niet verwonderlijk in een tijd waarin scholen steeds meer gedwongen zijn om zich voor hun profiel of hun missie op de directe omgeving af te stemmen. Wat er op school gebeurt en wordt beslist is zichtbaarder en herkenbaarder dan vroeger, maar daarmee soms ook bedreigender voor ouders. De ouder staat inmiddels niet machteloos. Hij is van hogerhand toegerust met een gevarieerd instrumentarium van klachtrecht, informatierechten en participatierechten, waarvan het einde nog niet in zicht is. Een en ander stelt hem in staat zijn weg te zoeken *in*, *buiten* en desnoods *tegen* de school. Er lijkt uiteindelijk een andere machtsverdeling te groeien, die zich concentreert op de relatie tussen de school en de ouders. Deze relatie blijkt in toenemende mate in termen van juridische rechten en plichten te worden gegoten.¹⁰⁷ Pedagogische autonomie lijkt daarbij mijns inziens de nieuwe norm te zijn, die de balans moet aangeven. Deze norm beheerst in essentie de vraag tot hoever de ruimte reikt die de school behoeft om ongestoord de handelingen te verrichten die zij in het belang van het onderwijs noodzakelijk acht, en waar de inbreuk begint op de rechten van leerlingen en ouders als onderwijsdeelnemer.

In de beleving van velen begon het in 1998 met de Schaaapmanzaak. De moeder van een kind dat op school een leerachterstand had opgelopen sprak het schoolbestuur aan op de gebrekkige kwaliteit van het geleverde onderwijs en zag haar vordering tot schadevergoeding in twee instanties toegewezen. De onderwijswereld kon echter opgelucht ademhalen. De rechter ging niet zover dat hij een aansprakelijkheidsgrond aannam voor het leveren van gebrekkige kwaliteit als zodanig, maar meende wel dat het schoolbestuur op grond van de specifieke omstandigheden van het geval was tekortgeschoten in zijn *zorg* voor de kwaliteit, een wettelijke verplichting die mede dient ter bescherming van de belangen van ouders en leerlingen.¹⁰⁸

De algemene lijn in de jurisprudentie is sindsdien dat bij pogingen van ouders tot het forceren of bestrijden van onderwijskundige of pedagogische besluitvorming de school een zeer aanzienlijke beleidsruimte toekomt, die de rechter slechts marginaal toetst. In een deel van de gevallen heeft die beleidsruimte te maken met de *aard van de bevoegdheid*, zoals bij beoordelingsbeslissingen

107 B.P. Vermeulen, *Juridisering in het onderwijs*, *School en Wet* 1999, nr. 9, p. 11-12.

108 Kantonrechter Amsterdam 11 juni 1998, *NTOR* 1998, p. 160 e.v., m.nt. J.M.V. Dubelaar, *Gst.* 7091, 6, m.nt. J. Donner; Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. BPV. Zie ook P.W.A. Huisman, *De zaak Amsterdam: precedent schadevergoeding bij ondeugdelijk onderwijs?*, *School en Wet* 1998, nr. 6, p. 13-14.

en examens.¹⁰⁹ Een ander deel heeft betrekking op besluitvorming in de schoolorganisatie, waarbij het belang van *integrale afweging* voorop staat, zoals bij maatregelen tegen pesten en de invoering van een vierdaagse schoolweek.¹¹⁰ Een laatste deel tenslotte heeft betrekking op beslissingen inzake ordehandhaving en algemener: *het schoolklimaat*. Hier betreft het onder andere concrete gevallen van verplaatsing van een onrustig kind naar een andere groep en van verwijderingen wegens gedragsproblemen.¹¹¹

Bij de rechterlijke toetsing van beslissingen in verband met het schoolklimaat komen we terecht in het hart van de pedagogische autonomie. Dat blijkt wel uit recente jurisprudentie met betrekking tot door de school gestelde kledingvoorschriften. In een zaak die diende bij de Commissie gelijke behandeling kwam de vraag aan de orde of het ROC Amsterdam niet ongeoorloofd onderscheid maakt naar godsdienst door 2 islamitische leerlingen te verbieden een gezichtsbedekkende sluier (nikaab) te dragen in het hele schoolcomplex. Het ROC verweert zich met onder andere het argument dat het dragen van een gezichtssluier belemmerend werkt voor het onderwijs, nu daarbij de communicatie tussen docenten en deelnemers en tussen deelnemers onderling ernstig wordt verstoord. Non-verbale communicatie is immers onmogelijk, terwijl deze vorm van interactie in het onderwijs een zeer belangrijke rol speelt. De Commissie acht het sluierverbod in haar Oordeel van 20 maart 2003 toelaatbaar. In de centrale overweging stelt zij o.a. het volgende:

“Op verweerder rust (..) een grote verantwoordelijkheid met betrekking tot het pedagogisch klimaat op de school. Verweerder heeft in dit verband ook gemotiveerd

109 Zie inzake beoordelingsbeslissingen B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het “algemene” bestuursrecht en het “bijzondere” onderwijsrecht, a.w., p. 159 e.v. Verder bv. ABRIS 13 maart 2002, *Rechtspraak Onderwijsrecht 2000-2002*, nr. 7, m.nt. BPV (marginale toetsing door College van Beroep Examens, nog meer marginale toetsing van diens oordeel door bestuursrechter) en Rb. Amsterdam 29 juli 1999, *AB 2000*, 105, m.nt. BPV (Frédérique; vordering tot groep overslaan afgewezen).

110 Bv. Pres. Rb. Amsterdam 28 juli 2000, *AB 2000*, 429, m.nt. BPV, *Rechtspraak Onderwijsrecht 2000-2002*, p. 23 e.v. (Vordering ouders tot invoering vierdaagse schoolweek: alleen in noodsituaties toelaatbaar, i.c. niet het geval); Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1999, *AB 2000*, 106, m.nt. BPV (Besluit schoolbestuur tot invoering vierdaagse schoolweek: niet onrechtmatig); Pres. Rb. Utrecht 28 maart 2002, *J.O. - School en Wet*, nr. 5, mei 2002, p. 181 e.v. (Vordering ouders om pesten kind tegen te gaan afgewezen omdat het te ver gaande maatregelen vereist van school).

111 Bv. Pres. Rb. Arnhem 27 januari 2000, ELRO-nr: AA4718, zaaknr: Awb 00/100 (Beroep afgewezen tegen verwijdering leerling van openbare school, wegens wangedrag ouders); Pres. Rb. Leeuwarden 19 September 2002, *J.O. - School en Wet*, nr. 3, maart 2003, p. 109 e.v. (School hoefde voor tijdelijke verplaatsing onrustig kind naar andere groep geen toestemming van de ouders te vragen).

aangegeven dat de communicatie op de instelling een belangrijk onderdeel vormt van het onderwijsleerproces.”

Op grond van een aantal omstandigheden komt zij vervolgens tot de conclusie:

“dat de verantwoordelijkheid voor het pedagogisch klimaat niet is beperkt tot de lessen, maar zich ook uitstrekt tot onder andere de pauzes.”¹¹²

Een volgend geval deed zich voor op een school voor voortgezet onderwijs. Hier werd een leerling van school verwijderd, omdat hij weigerde een verklaring te ondertekenen waarin stond dat hij geen provocerend gedrag zal vertonen noch provocerende kleding zal dragen. De betreffende leerling had gemillimeterd haar en pleegde te verschijnen in kleding die associaties oproept met extreem-rechtse denkbeelden: een “bomberjack”, een zwarte trui, een spijkerbroek en zwarte legerschoenen. De leerling, en zijn vader, baseren de weigering op het grondrecht van vrijheid van meningsuiting en vechten de verwijdering in kort geding aan. De President acht het in zijn vonnis van 21 maart 2003 “een feit van algemene bekendheid” dat de beschreven kleding associaties oproept met neo-nazistische opvattingen en onderkent het dreigend effect daarvan. Hij acht het stellen van kledingsbeperkingen op zichzelf daarom proportioneel en toelaatbaar. Hij vervolgt:

“Dat de maatregel zinvol is wordt geïllustreerd doordat de rust op de school is wedergekeerd nadat de zeven overige tot de groep van [zoon] behorende leerlingen ervan hadden afgezien genoemde combinatie te dragen (..).”

De maatregel kan echter niet door de beugel, omdat niet voor de algemene weg van verandering van het leerlingenstatuut is gekozen maar voor een vorm, waarbij wordt beoogd slechts een beperkte groep leerlingen aan de voorschriften te binden.¹¹³

De beginnende ontwikkelingen op het vlak van pedagogische autonomie brengen belangrijke

112 Cgb 20 maart 2003, Oordeel 2003-40.

113 Pres. Rb. Haarlem 21 maart 2003, LJN-nr: AF6131, zaaknr: 90168/KG ZA 03-97.

elementen aan het licht van het recht op onderwijs. In hoeverre zijn pedagogische en daarvoor dienende schoolorganisatorische maatregelen ondersteunend en toelaatbaar voor het leerrecht? Steeds opnieuw is hier een afweging vereist. Ook door de verschuiving van het vraagstuk van machtsverdeling die hiermee plaatsvindt naar de werkvloer van schoolleiding en leerkrachten, vermoed ik dat de problematiek van pedagogische autonomie in de toekomst belangrijke nieuwe gezichtspunten zal kunnen opleveren over de vrijheidspositie van de school.

5. Marktwerking en recht op hoger onderwijs

5.1 “Bologna”

Met de komst van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw) in 1992 hebben de universiteiten en hogescholen substantiële eigen bevoegdheden gekregen die voorheen nog berustten bij de centrale overheid. De instellingen werden in staat gesteld om de eigen onderwijsprogramma's vast te stellen, zelf onderzoek te organiseren en te programmeren, eigen kwaliteitsbeleid en personeelsbeleid te voeren en vrij te contracteren over hun activiteiten. Nadien is het aantal eigen bevoegdheden verder toegenomen wat betreft huisvesting, arbeidsvoorwaardenbeleid, toelating en de organisatorische inrichting.¹¹⁴ Het einde is nog niet in zicht. Onlangs kwam er een voorstel in discussie van de voorzitter van de VSNU om de mogelijkheid van privatisering van de universiteiten te onderzoeken.¹¹⁵ Naar blijkt zijn niet alle universiteiten het daarover eens. Sommige vrezen dat meer afstand van de overheid door de laatste wordt gebruikt om nog minder geld in het hoger onderwijs te stoppen.¹¹⁶ Toch kunnen we ons vandaag de dag onder invloed van het internationaler worden van de context en de markt van het hoger onderwijs in gemoede de vraag stellen of er nog lang een wet - of althans zo'n uitvoerige wet als de Whw - voor deze sector verstandig en noodzakelijk is.

Ik doel hier op de op termijn te verwachten geleidelijke opening van de Europese markt voor hogescholen en universiteiten als gevolg van de ontwikkelingen na de Verklaring van Bologna

114 Zie mijn toelichting bij: *WHW, tekst en toelichting 2002*, Elsevier, Den Haag 2002, p. 10/11.

115 Zie het persbericht van diens jaarrede op www.vsnul.nl (geraadpleegd 28 April 2003).

116 De Volkskrant 26 april 2003, p. 2.

van 19 juni 1999. De Bologna-verklaring is een initiatief geweest vanuit 29 verschillende landen, waaronder de lidstaten van de EU, om het hoger onderwijs op de ontwikkelingen van mondialisering van de arbeidsmarkt en de verdere eenwording van Europa te laten aansluiten. Anders dan bijvoorbeeld de Verenigde Staten is het hoger onderwijs op dit continent op vele verschillende wijzen aan de hand van nationale standaarden en eisen georganiseerd. Dit verhindert mobiliteit van studenten en docenten, is niet in het belang van een wenselijke grensoverschrijdende “employability” van afgestudeerden en is een sta in de weg voor het ontstaan van echt excellente instellingen. Uniformering van het hoger onderwijs kan verder, zo is de gedachte, een belangrijke bijdrage leveren aan de eenwording van Europa.

In de Verklaring is het streven verwoord om binnen tien jaar te komen tot een op het niveau van de EU en daarbuiten onderling vergelijkbaar gradenstelsel.¹¹⁷ Dat wordt een stelsel van twee cycli, een bachelorfase van ten minste 3 jaren en een daaropvolgende masterfase. De bedoeling hiervan is studies in verschillende landen met elkaar te kunnen vergelijken aan de hand van de duur van de opleiding. Ook wordt in de Verklaring voorzien in de vaststelling van een Europees systeem van studiepunten (credits). Verder streeft men naar Europese samenwerking op het gebied van kwaliteitsbewaking, vooral door de ontwikkeling van onderling vergelijkbare criteria en werkwijzen.

De Bologna-verklaring is zonder twijfel mede door economische motieven ingegeven. De passages over “employability”, over het concurrentievermogen van de instellingen en over de wereldwijde promotie van het Europese hogeronderwijssysteem verwijzen expliciet naar activiteiten op de markt van binnen- en buitenlandse studenten. In het Communiqué van Praag dat in vervolg op “Bologna” in 2001 tussen dezelfde Europese ministers tot stand kwam, wordt de versterking van de aantrekkingskracht en het concurrentievermogen van de Europese instellingen nog eens als uitdrukkelijke doelstelling vermeld.¹¹⁸

5.2 *Het Nederlandse antwoord op “Bologna”*

117 The European Higher Education Area; joint declaration of the European ministers of Education, convened in Bologna on the 19th of June 1999

118 Vgl. Communiqué van Praag, getiteld: “Towards the European Higher Education Area”, p. 1. Zie ook de mededeling van de Commissie van de EG inzake “The role of the universities in the Europe of knowledge”,

Nederland heeft snel gereageerd op de Bolognaverklaring. In 2002 zijn twee wetten tot stand gekomen. De eerste betreft de invoering van een vierjarige bachelor in het hoger beroepsonderwijs en een driejarige bachelor plus een één- of tweejarige master in het wetenschappelijk onderwijs. Bachelor en master zijn twee verschillende opleidingen die beide met een diploma worden afgesloten.¹¹⁹ Bachelor gaat vooraf aan master en wordt - althans wat het wetenschappelijk onderwijs betreft - beschouwd als een reguliere voorbereiding daarop.¹²⁰ In bepaalde gevallen kunnen de instellingsbesturen kandidaten die in het bezit zijn van een bachelorgraad selecteren op geschiktheid en begaafdheid voor de toegang tot masteropleidingen.¹²¹ De masteropleiding is in het hoger beroepsonderwijs geen reguliere voorziening. Met toestemming van de minister kunnen evenwel op grond van speciale initiatieven hbo-masters ontstaan. De studiebelasting van bachelor en master wordt voortaan uitgedrukt in eenheden volgens het European Credit Transfer System, de zogenaamde ECTS.¹²² De tweede wet¹²³ betreft de invoering van accreditatie in het hoger onderwijs. Accreditatie wordt verplicht en vindt in de tijd plaats na het reeds vertrouwde systeem van zelfevaluatie en visitatie. Het is een bindend oordeel over de kwaliteit van een opleiding, afgegeven door het accreditatieorgaan hoger onderwijs. Het accreditatieorgaan hoger onderwijs is een zelfstandig bestuursorgaan. Elke nieuwe en bestaande opleiding van hoger onderwijs aan bekostigde of aangewezen instellingen dient in de toekomst op aanvraag van het instellingsbestuur geaccrediteerd te worden. De accreditatie is zes jaar geldig. Er zijn in beginsel ingrijpende wettelijke consequenties verbonden aan het niet verkrijgen of het verlies van accreditatie bij bestaande opleidingen, zoals het vervallen van de bekostigingsaanspraak, het vervallen van erkenning van het getuigschrift en de beëindiging van de registratie in het Croho. Een opleiding zal dan in de regel moeten worden stopgezet, want voor de inzet van personeel in de opleiding ontvangt de instelling geen geld meer, terwijl de studenten die willen studeren aan zo'n opleiding, geen recht op studiefinanciering kunnen geldend maken en ook nog kans lopen een

COM(2003) 58 final, Brussels, 5 februari 2003.

119 Zie artikel 7.3a, j° 7.3 Whw.

120 Zie artikelen 7.3a en 7.30a Whw.

121 Zie artikel 7.30b Whw.

122 Stb. 2002, 303.

123 Stb. 2002, 302.

hoger bedrag aan collegegeld te moeten betalen dan het wettelijke niveau. Dit geeft het oordeel van het zelfstandige accreditatieorgaan veel betekenis. In slechts een drietal gevallen wordt de instelling voor de betreffende negatief beoordeelde opleiding enige “lucht” gegund. In de eerste plaats moet de opleiding worden voortgezet voor reeds ingeschreven studenten die deze opleiding niet aan een andere instelling kunnen voltooien.¹²⁴ Verder kan de minister in het belang van het instandhouden van een doelmatig onderwijsaanbod besluiten om gedurende een door hem te bepalen termijn geen gevolgen te verbinden aan het negatieve oordeel.¹²⁵ En tenslotte kan de instelling ervoor kiezen om binnen twee jaar na verlies van de accreditatie alsnog nieuwe accreditatie te verkrijgen. Dit is een laatste kans. In die periode van twee jaar kunnen echter geen nieuwe studenten voor die opleiding worden ingeschreven.¹²⁶

Een belangrijk vraagstuk vormen de criteria voor accreditatie. Deze worden op basis van algemene wettelijke aanduidingen afzonderlijk voor WO en HBO ontwikkeld door het accreditatieorgaan en door hem vastgelegd in accreditatiekaders. De minister moet deze goedkeuren.¹²⁷ Wat opvalt is dat het Nederlandse accreditatiestelsel vrijwel uitsluitend op de nationale context gericht is. Dat wordt ook erkend maar wordt als een tijdelijk probleem gezien. Men gaat ervan uit dat er op termijn een internationaal herkenbaar en wellicht zelfs Europees systeem zal ontstaan.¹²⁸ Zo lang wil Nederland echter niet wachten. Nederland wil ook, zoals minister Hermans van OCenW liet weten, een voorbeeld zijn voor het buitenland.¹²⁹ Of het buitenland zit te wachten op een accreditatiesysteem dat op alle bekostigde opleidingen in het hoger onderwijs betrekking heeft en dat verplichtend werkt - in de zin dat het ontbreken van accreditatie in de regel ingrijpende gevolgen voor een opleiding met zich meebrengt - is nog maar de vraag. Alleen Vlaanderen blijkt voorlopig het Nederlandse voorbeeld te willen volgen. De Vlaamse Gemeenschap is van plan de accreditatie in de toekomst toe te vertrouwen aan het in Nederland opgerichte accreditatieorgaan dat daartoe bij een met Nederland te sluiten verdrag zal

124 Art. 5a.12, eerste lid, Whw.

125 Art. 5a.12, zesde lid, Whw.

126 Art. 5a.12a Whw.

127 Art. 5a.8 Whw.

128 Kamerstukken II 2001/02, 27 920, nr. 3, p. 5.

129 Kamerstukken II 2001/02, 27 920, A, p. 7.

worden aangewezen. Er is hierover thans een voorontwerp van decreet bekend.¹³⁰

5.3 *Perspectief*

Van een beweging van het Nederlandse hoger onderwijs naar een Europese ruimte kan voorlopig nog niet worden gesproken. Met name de accreditatiewet lijkt vooralsnog vooral de binnenlandse behoefte tot versterking van de kwaliteitscontrole te bevredigen. Zeker wat betreft de in de accreditiekaders vast te leggen buitenwettelijke kwaliteitsaspecten vertoont deze regeling trekken van overeenkomst met het in 2002 ingevoerde stelsel van toezicht ingevolge de Wet op het Onderwijstoezicht voor primair, voortgezet en beroepsonderwijs.¹³¹ Het internationale perspectief van het Nederlandse accreditatiestelsel is thans ook slechts op bescheiden wijze in de wet vastgelegd. Het accreditatieorgaan heeft tot taak de vastgestelde criteria te bespreken met de Europese landen, in het bijzonder de grenslanden. Naar blijkt zijn er probleemverkennde gesprekken gaande op ambtelijk departementaal niveau met Vlaanderen, Ierland, Duitsland, Spanje, Zweden, Denemarken en Italië.¹³²

5.4 *Wereldhandelsorganisatie en “GATS”*

Meer aandacht verdienen thans de in het kader van het General Agreement on Trade in Services (GATS) gevoerde onderhandelingen binnen de Wereldhandelsorganisatie (WTO) tot de steeds verdere ontsluiting van een wereldmarkt voor verhandelbare diensten. Het betreft hier alle mogelijke diensten, tenzij ze worden aangeboden in de uitoefening van overheidsgezag. In periodieke onderhandelingsrondes tussen de 144 lidstaten van de Wereldhandelsorganisatie wordt door elk land een lijst ingebracht, waarop de sectoren zijn aangewezen die het voor handel wil openstellen. Daarbij geeft het land tevens aan op welke wijze het handel wil drijven, bepaalt het de grenzen voor internationale toegang tot de eigen markt en specificeert het tot op welke hoogte gelijke behandeling van buitenlanders en eigen burgers wordt gegarandeerd. Alleen uit de

130 Zie Voorontwerp van decreet betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen (versie januari 2003, na advies van de Raad van State) te vinden op de site van de Vlaamse regering <http://www.vlaanderen.be/> (inzage 20 februari 2003).

131 Zie hierover: Ph. Eijlander, P. Zoontjens, De Wet op het onderwijstoezicht, *NTOR*, nr. 1-2 juni 2002, p. 3-13.

132 Zie de MvT bij het Voorontwerp van decreet betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen, a.w.

verzameling van afzonderlijke lijsten kan men opmaken welke dienstensectoren onderwerp van onderhandeling vormen, alsmede wat de inzet per land is. Naar blijkt hebben enkele tientallen landen toezeggingen gedaan op het terrein van het onderwijs, waarvan weer een deel op het terrein van het hoger onderwijs. Slechts vier landen hebben totnogtoe, en dan alleen met betrekking tot het hoger onderwijs, een onderhandelingsvoorstel op tafel gelegd. Het betreft Australië, Nieuw Zeeland, de Verenigde Staten en Japan.¹³³ De Europese Commissie heeft namens de lidstaten momenteel een voorstel in voorbereiding.¹³⁴

De discussie inzake de grensoverschrijdende handel van hoger onderwijs spitst zich toe op twee marktmodaliteiten: “cross-border supply”, wat op dit moment voornamelijk betrekking heeft op het aanbod van afstandsonderwijs, virtuele universiteiten en e-learning, en “consumptions abroad”, dat ziet op de vraag van studenten of bedrijven om studiefaciliteiten in een ander land te genieten.¹³⁵ De materie is buitengewoon gevoelig vanwege tegenstrijdige percepties die dwars door de academische en bestuurlijke wereld heen lijken te lopen. Het ene kamp ziet de grote financiële voordelen die uitbreiding van de handel voor de instellingen met zich mee kan brengen. Het andere beschouwt de globalisering van de markt als een bedreiging voor de statelijke rol ten aanzien van hoger onderwijs, de taal, de nationale waarden van cultuur en de academische waarden van wetenschappelijke onafhankelijkheid en vrijheid. Het laatste kamp presenteerde zich in de afwijzend-kritische *Joint Declaration on Higher Education and the General Agreement on Trade in Services*, welke op 28 september 2001 is totstandgekomen tussen de European University Association (EUA) en soortgelijke organisaties uit Canada en de Verenigde Staten.¹³⁶

Nu bepaalt het verdrag in het eerste artikel dat diensten die worden verricht “in the exercise of governmental authority” buiten de werking van het verdrag vallen. Gaat deze uitzondering van “uitoefening van overheidsgezag” dan niet op voor ons hoger onderwijs? Ons bestel wordt toch gezien als een publiek bestel? De reikwijdte van dit criterium is echter niet erg duidelijk.¹³⁷

133 De betreffende voorstellen bevinden zich op de site van de Wereldhandelsorganisatie: www.wto.org.

134 Zie www.gatswatch.org/docs/EU-draftoffer-MFN-2.pdf.

135 Zie Jane Knight, *Trade in Higher Education Services: The Implications of GATS*, Report, The Observatory on borderless higher education, London, March 2002, p. 5. Ontleend op 28 januari 2003 aan www.obhe.ac.uk.

136 Ontleend op 28 januari 2003 aan www.unige.ch.

137 Vgl. B.P. Vermeulen, Marktwerving en overheidsverantwoordelijkheid in het onderwijs, in: P. Boekholt e.a.

Volgens het GATS-verdrag is van uitoefening van overheidsgezag sprake bij diensten die “niet op commerciële basis” en “niet in concurrentie met andere aanbieders” worden verleend.¹³⁸

Volgens Knight maken deze nadere criteria de situatie complex in landen, waar sprake is van een gemengd stelsel van uit de openbare kas bekostigd en particulier hoger onderwijs. De vraag rijst dan in dat verband of bij het door de overheid gereguleerde en gefinancierde onderwijs niet van een ongeoorloofd monopolie sprake is, als tevens de markt is opengesteld voor particuliere aanbieders. Ook lijkt het verdrag van toepassing als een beduidend bedrag voor de financiering van de publieke instellingen afkomstig is uit de private sector.¹³⁹

De bemerkingen van Knight zijn voor ons land van belang. Nederland kent aangewezen, niet bekostigde naast bekostigde instellingen. In Nederland fourneert de overheid daarnaast de bekostigde instellingen niet volledig. De Nederlandse universiteiten ontleenden over 2001 zo'n kwart van hun inkomsten aan “contractactiviteiten”. De cijfers voor de hogescholen over hetzelfde jaar laten een percentage zien van 10% aan contractactiviteiten. De hogescholen blijken evenwel over de laatste jaren in toenemende mate te steunen op financieringsstromen uit de markt. Indien bij de “eigen inkomsten” de rechtstreeks aan de instellingen ten goede komende collegegelden worden opgeteld, waaromtrent het voornemen bestaat het bedrag hiervan in de toekomst te verhogen, is het feitelijke overheidsaandeel in de bekostiging van de universiteiten over 2001 nog maar zo'n 69%, dat wil zeggen iets meer dan 2/3 van de totale bekostigingsbehoefte. Het overheidsaandeel van de bekostiging van hogescholen over hetzelfde jaar bedraagt daarentegen minder dan 2/3, zo rond 63%.¹⁴⁰ Er is in ieder geval onzekerheid over de vraag of onze bekostigde instellingen in het licht van het verdrag (a) werkelijk publiek zijn en of zij (b) in eerlijke concurrentie staan tot de niet-bekostigde instellingen.

Als Nederland daadwerkelijk verplichtingen aangaat in het kader van het GATS speelt nog een andere complicatie. Het GATS is gebaseerd op het beginsel van “progressive liberalization”.

(red.), *Tweehonderd jaar onderwijs en de zorg van de Staat*, Jaarboek voor de geschiedenis van opvoeding en onderwijs 2002, Assen 2002, p. 113.

138 Zie art. I, derde lid, onder (c), GATS: “a service supplied in the exercise of governmental authority” means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

139 Jane Knight, a.w., p. 9.

140 Zie voor het algehele financiële overzicht van 1997 tot en met 2001: *Onderwijs Cultuur en Wetenschappen in kerncijfers 2003*, Publicatie van het ministerie van OCenW, z.p., september 2002, p. 73 (hbo) en p. 83 (wo).

Ontleend op 11 februari 2003 aan www.minocw.nl/begroting/kerncijfers2003/.

Hiervan worden tweeërlei soorten gevolgen voorzien. In de tijd genomen zullen steeds meer diensten onder de werking van dit verdrag worden gebracht. Verder zal men voortdurend streven naar voorwaarden voor uitbreiding van de omvang van de handel in bestaande, verdragsrelevante diensten.¹⁴¹ Met name op grond van het laatste aspect gaat het hoger onderwijs - en wellicht op langere termijn andere onderwijssoorten die commercieel relevant zijn - onzekere tijden tegemoet.

In een brief van 13 november 2002 aan de Europese commissie heeft de voormalige staatssecretaris van OCenW, mevrouw Nijs, de Nederlandse positie inzake de GATS-onderhandelingen over hoger onderwijs bepaald en toegelicht.¹⁴² Zij stelt zich op het standpunt dat het “publieke onderwijsbestel” niet door het GATS wordt bestreken. Zij hanteert een ruim begrip. Tot het publieke onderwijsbestel moeten niet alleen de door de overheid bekostigde opleidingen worden gerekend, maar ook de niet-bekostigde opleidingen van aangewezen instellingen, zoals Nijenrode die verzorgt, en waarbij wettelijk erkende graden kunnen worden toegekend. Voor instellingen met opleidingen die buiten het publieke bestel staan, de zg. “private aanbieders van onderwijs” ziet mevrouw Nijs daarentegen wel ruimte in het kader van het GATS.

“Naast het aanwezige publieke onderwijs zijn er mogelijkheden voor private partijen die onderwijs willen aanbieden. In het belang van de lerende, die een centrale plaats in het nationale onderwijsbeleid inneemt, is een verruiming van het onderwijsaanbod essentieel. (..) De private aanbieders kunnen zowel afkomstig zijn uit de diverse lidstaten als uit derde landen”.

Wie zijn die “private aanbieders” precies? Onder het nieuwe stelsel van de acreditatiewet zijn de bekostigde en aangewezen instellingen verplicht om hun opleidingen te laten accrediteren. Studenten die zo’n opleiding volgen ontvangen daarvoor studiefinanciering. Met de acreditatiewet verschijnt echter ook een nieuwe categorie van private aanbieders op het toneel.

141 Knight, idem.

142 Brief, onder kenmerk IB/2002/35312, aan de Commissaris van Onderwijs en Cultuur, mevrouw Viviane Reding. Te raadplegen op www.minocw.nl.

Dat zijn de private instellingen die hun opleidingen *kunnen* laten accrediteren, zonder dat zij verplicht zijn zich te laten aanwijzen. In dat geval kunnen zij wel erkende graden verlenen, maar ontvangen zij geen overheidsbekostiging en hebben de studenten geen recht op studiefinanciering. Volgens de ministeriële plannen kunnen ook buitenlandse aanbieders in de toekomst voor accreditatie naar Nederlands recht in aanmerking komen. Als ik het wel heb, heeft de staatssecretaris met betrekking tot het GATS alleen deze nieuwe categorie van geaccrediteerde, niet-aangewezen private aanbieders op het oog. Volgens haar biedt het verdrag “een uitstekende basis” aan buitenlandse aanbieders om privaat onderwijs aan te bieden.

“Het GATS-verdrag laat echter onverlet dat de nationale overheden daarvoor nationale spelregels vaststellen. Dit laatste acht ik van groot belang vanuit de optiek van toegankelijkheid, bekostiging, kwaliteitshandhaving en consumentenbescherming”.

Maar heeft de Nederlandse regering wel de ruimte om het door haar aldus afgegrensde, *bestaande* publieke onderwijsbestel buiten de werking van het verdrag te houden? Als ze dat al zou willen? Een wezenlijk punt van discussie is mijns inziens of de aanwijzing, zoals geregeld in artikelen 1.11 en 1.12 Whw, het verschil kan maken. De aanwijzing is een discretionaire bevoegdheid van de minister (art. 1.11). Voorwaarden voor aanwijzing zijn in ieder geval dat door de instelling wordt voldaan aan de wettelijke maatstaven omtrent de kwaliteitszorg, de registratie van de opleiding, het onderwijs, de examens, de promoties en de vooropleidingseisen (art. 1.12, tweede lid). Een wettelijke maatstaf is bijvoorbeeld dat het onderwijs en de examens in beginsel in de Nederlandse taal zullen moeten plaatsvinden. In het belang van de aard, de inrichting of de kwaliteit van het onderwijs kan daarvan echter via een gedragscode worden afgeweken. Ook kan dat als de herkomst van de studenten daartoe aanleiding geeft.¹⁴³ Zoals ook wel blijkt bij onze economische faculteit is het gebruik van Engels als voertaal niet onmogelijk in Nederland. Daarmee valt een belangrijke feitelijke barrière weg. Een toekomstige buitenlandse instelling immers, die aan de eisen voldoet kan in de toekomst op grond van het gelijkheidsbeginsel niet zomaar aanwijzing worden onthouden. Het publieke bestel van hoger

143 Zie art. 7.2 Whw.

onderwijs krijgt daarmee normatief een open karakter, wat nieuwe vragen oproept.

Een ervan wil ik nog nader belichten. Naar mijn mening is het een grote vraag of de introductie in het hoger onderwijs van een bekostigingsstelsel via “vouchers” beperkt kan blijven tot de thans bekostigde instellingen. Onder “vouchers” verstaat men de wijze van financiering van het onderwijs door aan studenten besteedbare rechten, een soort knippenkaart, te verlenen voor het volgen van een opleiding of onderdelen van een opleiding aan een universiteit of hogeschool. De gedachte is dat de bekostiging de student volgt. De student wordt gedurende zijn of haar studie dus gestimuleerd om aan meer dan één instelling credits te behalen. De betreffende universiteit of hogeschool kan de bestede rechten verzilveren bij de rijksoverheid in de vorm van financiering. De mogelijkheid van invoering van “vouchers” wordt thans in de officiële beleidsstukken serieus overwogen.¹⁴⁴ In de verkenning ‘Grenzeloos leren’ van voormalig minister Hermans van OCenW wordt over het perspectief van vouchers opgemerkt dat de student deze kan gebruiken “voor alle geaccrediteerde opleidingen, dus ook andere dan de huidige bekostigde opleidingen (..).”¹⁴⁵

De gedachte van minister Hermans dat vouchers ook moeten kunnen worden besteed bij de thans aangewezen instellingen die geaccrediteerde opleidingen gaan verzorgen dringt zich haast als vanzelf op. Het is vanwege beginselen als recht op onderwijs, gelijke behandeling en anti-discriminatie moeilijk voorstelbaar dat een systeem van vrij besteedbare rechten *met uitsluiting van* de thans niet-bekostigde, aangewezen instellingen zou kunnen worden gerealiseerd. Er lijkt dan evenwel, gezien het voorgaande, geen dwingend argument aanwezig dat zich ertegen verzet om dit uitgangspunt door te trekken naar de toekomstige aangewezen *niet-Nederlandse* aanbieders in Nederland. Of het zou moeten zijn dat het GATS zelf instrumenten verschaft om die doortrekking naar de bekostiging te voorkomen. Wellicht dat de staatssecretaris zich daarop juist zou willen baseren.

Welnu dan. Volgens art. XVI GATS kan het ontvangende land voorwaarden en beperkingen stellen aan de toegang van buitenlandse aanbieders tot de nationale markt. Uit art. XVII GATS dat het National Treatment principe bevat, kan evenwel worden afgeleid dat deze nationale”

144 Zie over de plannen daaromtrent Enveloppebrief, a.w., p. 7 en Kamerstukken II 2002/03, 28 600 VIII, nr. 2, p. 9. Er zijn experimenten met vouchers gestart in het hoger onderwijs en de bve-sector. Afhankelijk van het resultaat daarvan zal een besluit worden genomen.

145 Ministerie van OCenW, *Grenzeloos leren, een verkenning naar onderwijs en onderzoek in 2010*, Zoetermeer

voorwaarden en beperkingen niet zodanig kunnen zijn dat daardoor onoverkomelijke hindernissen worden opgeworpen voor buitenlandse instellingen om te concurreren met de Nederlandse instellingen. Een “equal playing field” dient te zijn verzekerd.¹⁴⁶ Voor zover dan een Nederlandse student een deel van een officieel in Nederland in het CROHO geregistreerde opleiding wil betrekken van de Nederlandse vestiging van een Amerikaanse universiteit in Nederland, die volledig voldoet aan de wettelijke eisen omtrent aanwijzing, dient naar ik meen ook deze instelling door de Nederlandse overheid daarvoor bekostigd te worden.

5.5 Slotopmerkingen

De ontwikkelingen van marktwerking in het hoger onderwijs zijn wellicht van groot belang voor het recht op hoger onderwijs. Door het wegvallen van territoriale grenzen kunnen de keuzemogelijkheden van studenten toenemen. Voor het mogelijk maken van de in het internationale recht verzekerde gelijke, fysieke en economische toegankelijkheid van het hoger onderwijs zullen evenwel nieuwe vragen in overheidsbeleid omgezet moeten worden. Een belangrijke kwestie zal wellicht ook zijn hoe de Nederlandse overheid in de toekomst een publiek bestel zal kunnen garanderen, waarin hoger onderwijs wordt aangeboden dat aansluit op de cultuur, de taal, de academische vrijheid en de kwaliteit die op nationaal niveau belangrijk worden gevonden. Wat de gevolgen van “Bologna” en “GATS” zullen zijn, is thans nog niet helemaal te overzien. Het verloop van deze processen biedt nog geen duidelijke richting. Er is evenwel alle aanleiding vanuit juridische optiek deze processen goed te volgen.

6. Afronding

Het recht op onderwijs is een norm die het hedendaagse onderwijs op talrijke terreinen doordringt en zich in vele gedaanten vertoont. In deze tijden, waarin de band van de onderwijsinstellingen met de overheid losser wordt en het onderwijs zich volop

2001.

¹⁴⁶ Vgl. *Whither education?: Human rights law versus trade law*, op www.right-to-education.org (geraadpleegd op 14 April 2003)..

vermaatschappelijkt, kan dit beginsel belangrijke bouwstenen leveren voor de beantwoording van nieuwe en misschien ook wel oude, inmiddels vergeten vragen. Ik hoop dat met de verschillende voorbeelden te hebben aangetoond.

Sinds de schoolstrijd staat ons onderwijs permanent ter discussie. En juist een permanente en open discussie over de betekenis en doeleinden van ons onderwijs is een groot goed. Laten we als juristen in de beweeglijkheid van het recht op onderwijs de inspiratie vinden om met die discussie actief door te gaan.

Mijnheer de Rector Magnificus, Dames en Heren,

Mijn vak, het onderwijsrecht, is een piepjong vak dat - goed beschouwd - pas sinds twee decennia op systematische wijze in Nederland wordt beoefend. Ik stel het me altijd voor als een gezond, blozend jongetje in korte broek (vergeef me dames) dat niet stil kan zitten en me steeds weer met grote ogen indringend vraagt: waarom is dat zo?, waarom heeft dat nooit iemand tegen mij gezegd?, wat moet ik nou doen? Het is ook een dynamisch vak, zoals u misschien al heeft kunnen merken. In mijn onderzoek wil ik recht doen aan de brede problematiek die er in het onderwijsrecht leeft en me richten op de centrale uitgangpunten van waaruit ik meen dat die problematiek voortkomt. Ik zal daarbij mijn liefde voor dat jongetje en mijn kennis van het staats- en bestuursrecht ten volle kunnen inzetten.

Ik heb gezegd.