

Het recht op toelating nogmaals bezien

**Advies bij het Initiatiefwetsvoorstel regeling toelatingsrecht
(scholen)**

Nr. 20100151/988

Onderwijsraad
Nassaulaan 6
2514 JS Den Haag
e-mail: secretariaat@onderwijsraad.nl
070 – 310 00 000 of via de website: www.onderwijsraad.nl

Inhoudsopgave

Samenvatting	7
1 Aanleiding advies, centrale vraagstelling en leeswijzer	9
1.1 Aanleiding advies en centrale vraagstelling	9
1.2 Leeswijzer	9
2 Inhoud en motivering wetsvoorstel	11
2.1 Inhoud en opzet wetsvoorstel	11
2.2 Doelstelling en toelichting van het wetsvoorstel	14
3 Functionele overwegingen bij het wetsvoorstel	16
3.1 Adviescriteria	16
3.2 Overwegingen ten aanzien van nut en noodzaak van het wetsvoorstel	16
3.3 Overwegingen ten aanzien van de proportionaliteit	18
3.4 Overwegingen ten aanzien van uitvoerbaarheid en neveneffecten	19
3.5 Conclusies ten aanzien van de functionaliteit van het wetsvoorstel: onvoldoende relatie tussen doel en middel	20
4 Principiële overwegingen bij het wetsvoorstel	22
4.1 Advieskader van de raad: inhoudelijke uitgangspunten	22
4.2 Principiële overwegingen ten aanzien van de ruimte voor richtingen	24
4.3 Principiële overwegingen ten aanzien van de (in)richtingsvrijheid van het bevoegd gezag bij toelating	24
4.4 Conclusies ten aanzien van de principiële overwegingen: debat over artikel 23 Grondwet	26
5 Conclusies en overwegingen voor de Kamer	29
5.1 Algemene uitgangspunten en conclusies	29
5.2 Overwegingen ten behoeve van de verdere behandeling	30
Literatuur	32
Geraadpleegde deskundigen	33

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Mevrouw G.A. Verbeet
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Nassaulaan 6
2514 JS Den Haag

Telefoon: 070 310 00 00
Fax: 070 356 14 74
secretariaat@onderwijsraad.nl
www.onderwijsraad.nl

Ons kenmerk
20100151/988

Contactpersoon

Plaats/datum

Den Haag, 18 juni 2010

Uw kenmerk

Doorkiesnummer

Onderwerp

Advies *Het recht op toelating nogmaals bezien*

Mevrouw de Voorzitter,

Met genoegen zendt de Onderwijsraad u hierbij het advies *Het recht op toelating nogmaals bezien*.

De Onderwijsraad adviseert hierbij over het initiatiefwetsvoorstel van de leden Hamer, Jasper van Dijk, Dibi, Van der Ham en Kraneveldt-van der Veen houdende wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs, de Wet educatie en beroepsonderwijs en de Algemene wet gelijke behandeling inzake toelating tot onderwijsinstellingen van leerlingen of deelnemers (regeling toelatingsrecht onderwijs).

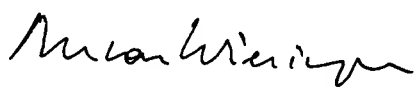
De raad kan zich vinden in de motieven en doelen van de indieners, gericht op het bestrijden van segregatie en het vergroten van keuzevrijheid, maar ziet tegelijk niet in hoe dit wetsvoorstel de beoogde doelen dichterbij kan brengen.

De algemene conclusie is dat het wetsvoorstel (voor het primair en voortgezet onderwijs) weinig wijziging brengt in de bestaande verhoudingen en dat vanwege wetstechnische onduidelijkheden en mogelijke uitvoeringskwesties het initiatiefwetsvoorstel te heroverwegen is.

De raad heeft het gevoel dat het wetsvoorstel appelleert aan een dieperliggende wens tot een debat over de grondwettelijke uitgangspunten van het Nederlandse onderwijsbestel. De raad geeft aan dat dit debat op transparante, integrale en coherente wijze gevoerd kan worden en stelt een advies ter zake voor.

Mocht de Kamer van oordeel zijn de behandeling van het wetsvoorstel te willen vervolgen, dan heeft hij enkele aanbevelingen het voorstel te verhelderen en te verbeteren.

Met beleefde groet,



Prof.dr. A..M.L. van Wieringen
Voorzitter



Drs. A. van der Rest
Secretaris

Samenvatting

Hoofdlijn wetsvoorstel

De raad adviseert aan de Tweede Kamer over het initiatiefwetsvoorstel-Hamer c.s, dat beoogt de toelatingsrechten van ouders te vergroten om daarmee onder andere de segregatie tussen 'zwarte' en 'witte' scholen tegen te gaan. Het wetsvoorstel is reeds in 2005 ingediend, maar is pas recentelijk door de demissionaire status van het kabinet weer in een volgende fase gekomen.

Het wetsvoorstel betreft een wijziging van de WPO (Wet op het primair onderwijs), de WVO (Wet op het voortgezet onderwijs) en de WEB (Wet educatie en beroepsonderwijs). Het uitgangspunt in het primair en voortgezet onderwijs is dat het respecteren van de grondslag van de instelling voldoende is voor toelating. Willen instellingen dat leerlingen ook de grondslag onderschrijven, dan kan dat alleen als dat conform de AWGB (Algemene wet gelijke behandeling) is en het toelatingsbeleid in de schoolgids is opgenomen. Ook ander toelatingsbeleid (bijvoorbeeld door loting) zou alleen nog mogelijk zijn als dit tevoren bekend is gemaakt, en conform de AWGB. Tegen beslissingen van het bevoegd gezag zou beroep open staan bij een nieuw in te stellen Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen. Het bevoegd gezag is gebonden aan de uitspraken.

In het middelbaar beroepsonderwijs zijn alle opleidingen volgens het voorstel voortaan algemeen toegankelijk en kunnen instellingen alleen nog vragen van leerlingen dat zij de grondslag respecteren. Het bevoegd gezag kan niet langer vragen van leerlingen dat zij deze onderschrijven.

Doelstellingen legitiem, wetgeving niet passend

De raad vindt dat doelstellingen zoals bestrijding van segregatie en vergroting van keuzevrijheid van leerlingen en ouders nastrevenswaardig zijn. Duidelijk en transparant toelatingsbeleid mag van alle onderwijsinstellingen verwacht worden. Ten aanzien van de hoofddoelstelling, het bestrijden van segregatie, is sinds 2005 al de nodige wet- en regelgeving tot stand gekomen en zijn scholen, samen met gemeenten, initiatieven gestart gericht op het bewuster kiezen van ouders, zodat scholen waar mogelijk een meer gemengd karakter krijgen. Op basis van beschikbaar empirisch onderzoek ziet de raad niet hoe dit wetsvoorstel verder kan bijdragen aan genoemde doelstelling van bestrijding van segregatie. Het bijzonder onderwijs neemt een evenredig deel van achterstandsleerlingen op, terwijl slechts een zeer beperkt aantal scholen selecteert op grond van de richting, dat wil zeggen: vraagt van de leerlingen de grondslag te onderschrijven.

De wijziging van de WEB is in de ogen van de raad niet proportioneel, omdat ten aanzien van het onderschrijven feitelijk slechts twee instellingen worden geraakt, die ook geen monopoliepositie hebben. Een ander mogelijk disproportioneel element betreft de mogelijkheid voor opleidingen te selecteren op talent. En ten slotte zijn er vragen ten aanzien van de uitwerking en de effecten van de voorgestelde regeling, zoals de instelling van een aparte Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen. De raad ziet hierin onder meer een ongewenste overlapping met de bevoegdheid van de Commissie Gelijke Behandeling. Deze commissie kan blijven oordelen op grond van het algemene artikel rond ongelijke behandeling in de AWGB, waardoor naar alle waarschijnlijkheid verschillende afstemmingsproblemen gaan ontstaan.

De algemene conclusie is dat het wetsvoorstel voor het primair en voortgezet onderwijs weinig wijziging brengt in de bestaande verhoudingen en dat vanwege wetstechnische onduidelijkheden en mogelijke uitvoeringskwesties het initiatiefwetsvoorstel te heroverwegen is.

De raad heeft het gevoel dat het wetsvoorstel appelleert aan een dieperliggende wens tot een debat over de grondwettelijke uitgangspunten van het Nederlandse onderwijsbestel. In de ogen van de raad is er voldoende aanleiding voor een meer fundamentele discussie over de principes, reikwijdte en interpretatie van het artikel over onderwijsvrijheid. Het is uiteraard aan de Kamer dit debat op transparante, integrale en coherente wijze te voeren. De raad kan de Kamer hierbij ten dienste zijn met een daarbij passend advies.

Overwegingen voor de Tweede Kamer bij de verdere behandeling

De raad geeft de Kamer bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel de volgende overwegingen mee.

1)

De Kamer kan overwegen of het voorgestelde instrument het doel substantieel dichterbij brengt. En als het antwoord negatief is, dan kan het voorstel wellicht beter heroverwogen worden. De raad ziet dat een algemeen en principieel debat over de reikwijdte en interpretatie van artikel 23 Grondwet aan betekenis wint, een dergelijk debat zal dan transparant en coherent gevoerd moeten worden. De raad zou net als in 2002 opnieuw een advies kunnen uitbrengen waarin lijn wordt gebracht in de diverse interpretaties die zijn ontstaan. De belangrijkste representanten van de partijen in het onderwijs (deelnemers, leerkrachten, schoolbesturen) worden naast experts betrokken bij de consultatiefase van het advies.

2)

Een van de debatpunten bij dit advies is het uitgangspunt van een zekere (wettelijk) gewaarborgde pluriformiteit en tolerantie ten opzichte van – in ieder geval – kwantitatief kleine en zeer kleine richtingen. De basisstelling in deze discussie is dan dat pluriformiteit van richtingen (levensbeschouwelijk, maar eventueel ook pedagogisch-didactisch) een verrijking voor het systeem betekent. Een tweede breder debatpunt is het vraagstuk hoe in het publieke domein naast communale componenten gestalte te geven aan wezenlijke verschillen van opvatting over mens en samenleving, zoals die beiden (gemeenschappelijk en verschillend) in ons onderwijs tot uitdrukking komen. Het gaat om het borgen van uitgangspunten van het Nederlandse bestel, waarbij een (beheerste) mogelijkheid van concurrentie en profilering zorgt voor dynamiek en variëteit. Daardoor biedt het ook mogelijkheden om naast gemeenschappelijke onderdelen aan uiteenlopende verwachtingen van deelnemers en aan maatschappelijke veranderingen tegemoet te komen.

3)

Mocht het wetsvoorstel toch worden doorgezet, dan geeft de raad het volgende in overweging.

- De huidige adviesbevoegdheid ten aanzien van de AWGB kan om praktische redenen blijven bij de Commissie Gelijke Behandeling, respectievelijk de bestaande bezwarencommissies en rechters; het instellen van een aparte commissie kan komen te vervallen.
- De regeling moet verder niet het effect hebben dat het bevoegd gezag als het ware gedwongen is om alleen leerlingen te accepteren die de richting onderschrijven. De raad beveelt aan dit met zoveel woorden duidelijk te maken in de toelichting, dan wel dit bij nota van wijziging te expliciteren.
- Ten aanzien van de voorgestelde wijziging van de WEB zou de raad willen aanraden de regeling te laten zoals deze is. De wijziging is niet proportioneel waar het gaat om het onderschrijven van de grondslag (het betreft twee instellingen) en verder dreigt het risico dat de selectievrijheid voor met name kunstzinnige opleidingen onmogelijk gemaakt wordt.

Op enkele wetstechnische punten zal een nadere verduidelijking/toelichting moeten worden gegeven (met name de toepassing van het voorgestelde artikel 40 WPO op het openbaar onderwijs).

De raad gaat in dit advies in op een initiatiefwetsvoorstel gericht op het vergroten van het toelatingsrecht voor ouders. Aan de hand van functionele en principiële criteria gaat de raad na in hoeverre de voorgenomen maatregelen kunnen bijdragen aan de gestelde doelen, welke (neven)effecten mogelijk optreden en in hoeverre een mogelijke discussie rond artikel 23 Grondwet opportuun is. De raad geeft in het slothoofdstuk enkele overwegingen mee voor de Kamer ten behoeve van de verdere behandeling in het parlement.

1 Aanleiding advies, centrale vraagstelling en leeswijzer

1.1 Aanleiding advies en centrale vraagstelling

In december 2005 dienden de Tweede Kamerleden Hamer (PvdA), Jungbluth (Groen Links), Vergeer (SP) en Lambrechts (D66) een initiatiefwetsvoorstel in over toelating tot bijzondere onderwijsinstellingen van leerlingen of deelnemers die, of van wie de wettelijk vertegenwoordigers, de grondslag van de instelling niet onderschrijven (regeling toelatingsrecht bijzonder onderwijs).¹ De belangrijkste wijziging die het wetsvoorstel wil bewerkstelligen, is het wettelijk regelen van het uitgangspunt dat de toelating van een leerling niet mag worden geweigerd op denominatieve gronden, tenzij de ouders van de leerling weigeren te verklaren dat zij de grondslag van het onderwijs van de school zullen respecteren. Het voorstel behelst het primair en voortgezet onderwijs en het middelbaar beroepsonderwijs.

Na advies van de Raad van State² is het wetsvoorstel op belangrijke punten aangepast. Vanwege het regeerakkoord-Balkenende IV³ werd het wetsvoorstel in de ijskast gezet. Nu het kabinet door het vertrek van de Partij van de Arbeid demissionair is geworden, heeft het Kamerlid Hamer – niet meer door het regeerakkoord gebonden – het wetsvoorstel opnieuw op de agenda gebracht. Op 8 april heeft de Vaste Kamercommissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap verslag uitgebracht.⁵

Dit advies van de raad aan de Tweede Kamer, hanteert als centrale vraagstelling: *Welke belangrijke overwegingen, zowel in functionele als in principieel-juridische zin, zijn te maken bij het uitgebrachte initiatiefwetsvoorstel over de regeling van het toelatingsrecht?*

1.2 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 schetst kort de inhoud van het wetsvoorstel. Hoofdstuk 3 gaat aan de hand van enkele criteria in op vragen rond het doel en de motivering van het wetsvoorstel en mogelijke uitwerkingsskwesties. Hoofdstuk

¹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2005a. De huidige indieners zijn de leden Hamer, Jasper van Dijk, Dibi, Van der Ham en Kraneveldt-van der Veen.

² Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006a.

³ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2007a, p.14: "Segregatie in het onderwijs moet worden bestreden. *Zonder dat er sprake is van een acceptatieplicht* zal hier sterk op worden ingezet."

⁵ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2010.

4 gaat - op basis van uitgangspunten uit eerdere adviezen – in op principiële overwegingen bij het wetsvoorstel. Hoofdstuk 5 tot slot bevat enkele overwegingen voor de Tweede Kamer, die mee kunnen worden genomen bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel.

Dit hoofdstuk schetst in de eerste paragraaf de belangrijkste punten van het wetsvoorstel. De tweede paragraaf betreft een uiteenzetting van de belangrijkste doelstellingen, zoals die door de indieners naar voren zijn gebracht.

2 Inhoud en motivering wetsvoorstel

2.1 Inhoud en opzet wetsvoorstel

Sectoren primair en voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs

Het toepassingsbereik van het voorstel is ruim: het ziet toe op het handelen van besturen in het openbaar en bijzonder onderwijs in zowel het primair, voortgezet en speciaal onderwijs, alsmede het middelbaar beroepsonderwijs. Na advies van de Raad van State is het aanvankelijke wetsvoorstel bij nota van wijziging aangepast.⁶ Het wetsvoorstel beoogt voor elke vorm van selectie bij toelating, nu en in de toekomst, een voorziening te bieden.⁷ In tegenstelling tot het aanvankelijke ingediende voorstel, dat enkel betrekking had op selectie op grond van richting van de school, betreft de laatste versie ook andere selectiemethoden die ontleend zijn aan de vrijheid van inrichting, dat wil zeggen de pedagogische vrijheid van de school.

In de artikelen 40 WPO (Wet op het primair onderwijs), 40 WEC (Wet op de expertisecentra) en 27 WVO (Wet op het voortgezet onderwijs) wordt een aantal nieuwe bepalingen toegevoegd. Deze luiden als volgt.

1a. De toelating van een leerling kan niet worden geweigerd op denominatieve gronden, tenzij degene die het ouderlijk gezag heeft over de leerling weigert te verklaren dat hij de grondslag van het onderwijs van de school zal respecteren. Afwijking van het in de vorige volzin gestelde is slechts mogelijk, indien:

- a. het toelatingsbeleid in overeenstemming met artikel 13, eerste lid, onderdeel e, vooraf is bekendgemaakt, en
- b. het bevoegd gezag van een school van bijzonder onderwijs daarbij gebruik maakt van zijn vrijheid, om bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de school nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, als bedoeld in de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Onderscheid op grond van geslacht is alleen toegestaan, indien de eigen aard van de school dit eist en voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn.

1b. Onverminderd het tweede tot en met vierde lid kan de toelating van leerlingen niet worden geweigerd op andere gronden, tenzij:

- a. het toelatingsbeleid in overeenstemming met artikel 13, eerste lid, onderdeel e, vooraf is bekendgemaakt, en
- b. de Algemene wet gelijke behandeling zich hiertegen niet verzet.

1c. De beslissing van het bevoegd gezag tot weigering van toelating wordt door hem gemotiveerd en op schrift gesteld. In de beslissing wordt opgenomen dat degene tot wie zij is gericht tegen deze beslissing in

⁶ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006b.

⁷ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006b, p.6.

beroep kan gaan bij een Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen, bedoeld in het zevende lid, met vermelding van adres en beroepstermijn. Indien de beslissing niet op schrift is gesteld en daarin geen vermelding en verwijzing inzake beroep is opgenomen, is zij nietig. De beroepstermijn loopt tot twee weken na de bekendmaking van de beslissing. De beslissing wordt bekend gemaakt door toezending of uitreiking aan degene die ouderlijk gezag over de leerling heeft. Zolang op de beslissing niet in beroep is beslist of de beroepstermijn niet ongebruikt is verstreken, kan de leerling geen toegang worden geweigerd tot de school. 1d. Een leerling die is toegelaten kan niet op een van de in de bovenstaande leden bedoelde gronden van school worden verwijderd door het bevoegd gezag.

Op grond van een voorgesteld lid zeven van artikel 40 WPO, dient de minister van OCW (Onderwijs, Cultuur en Wetenschap) een Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen in te stellen. Deze commissie is als gevolg van het voorgestelde lid 8 onafhankelijk en oordeelt zonder vooringenomenheid. Degene die ouderlijk gezag heeft over een leerling aan wie de toegang tot een school is geweigerd, kan tegen deze beslissing in beroep gaan bij de commissie. De uitspraak van de commissie is bindend voor het bevoegd gezag (het voorgestelde lid 9).

De schoolgids dient op basis van het voorgestelde artikel 13 lid 1 sub e WPO informatie te verschaffen over het beleid ten aanzien van de toelating van leerlingen.

Besluiten tot weigering van toelating van leerlingen moeten dus uitdrukkelijk gerechtvaardigd worden en getoetst in een laagdrempelige voorziening van beroep.⁸ Het uitgangspunt is dat elke school algemeen toegankelijk is, tenzij een toelatingsbeleid wordt gevoerd dat aan duidelijke en stringente rechtmatigheidscriteria voldoet.⁹

Het aanvankelijke 'ontheffingsartikel' voor scholen die streng selecteren op grond van godsdienst of levensbeschouwing, is bij nota van wijziging vervangen. Voorgesteld wordt de Algemene Wet Gelijke Behandeling aan te passen, in die zin dat artikel 7, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling vervalt (dit artikel wordt opgenomen in het corpus van WPO en WVO).

Relevante artikelen in de AWGB

Artikel 7

1. Onderscheid is verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van loopbaanoriëntatie en advies of voorlichting over school- of beroepskeuze, indien dit geschiedt:

- a. [...]
- b. [...]
- c. door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van [...] onderwijs
- d. [...].

2. Het eerste lid, onderdeel c, laat onverlet de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Onderscheid op grond van geslacht is alleen toegestaan, indien de eigen aard van de instelling dit eist en voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn.

⁸ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006b, p.6.

⁹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006b, p.7.

Algemeen toegankelijk, tenzij

Volgens de voorgestelde regeling geldt als uitgangspunt dat elke school algemeen toegankelijk is, tenzij een toelatingsbeleid wordt gevoerd dat aan duidelijke en stringente rechtmatigheidsvoorwaarden voldoet. Weigering op grond van denominatie is dan slechts toegestaan, indien de ouders tevoren aangeven dat zij de grondslag niet zullen respecteren (zij hoeven de grondslag dus niet te onderschrijven).

Een algemene voorwaarde is dat het toelatingsbeleid vooraf op voor ouders kenbare wijze is gepubliceerd in de schoolgids. Verder geldt dat aan leerlingen alleen eisen op denominatieve gronden kunnen worden gesteld ten aanzien van de toelating en de deelname aan onderwijs, als die gelet op het doel van de school nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag en deze eisen niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Deze norm is rechtstreeks ontleend aan artikel 7, tweede lid, AWGB. Selectie op denominatieve gronden is slechts gerechtvaardigd als het gaat om een richting die in de statuten van de rechtspersoon die de school in stand houdt is vastgelegd, en deze richting ook consequent en consistent in het toelatingsbeleid gehandhaafd wordt.¹⁰

Toetsing beslissingen door Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen

Tegen de weigering van toelating van een leerling kan de ouder die het daarmee niet eens is, zich verweren in een procedure van beroep bij de Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen. De commissie is onafhankelijk en doet voor het bevoegd gezag bindende uitspraken, maar is geen rechter. Zij is bedoeld als een laagdrempelige voorziening, waartoe ouders zich kosteloos kunnen richten. Er geldt een beroepstermijn van twee weken. Aan de beslissing van het bevoegd gezag worden specifieke eisen gesteld (schriftelijkheid, rechtsgangverwijzing) om het recht op beroep veilig te stellen. Zolang op de beslissing niet in beroep is beslist of de beroepstermijn niet ongebruikt is verstreken, kan de leerling geen toegang worden geweigerd tot de school.

De indieners van het wetsvoorstel willen nadrukkelijk dat gemeenten en scholen de ruimte krijgen om afspraken te maken over het tegengaan van segregatie. Postcodebeleid of woonwijkenbeleid moet volgens de toelichting wel transparant en toetsbaar zijn. Ouders die met de consequenties voor hun kind problemen hebben, kunnen daarom laten toetsen of het beleid in strijd is met de Wet Gelijke Behandeling, of dat er reële criteria worden gehanteerd om leerlingen te spreiden. Als het spreiding op grond van achterstanden betreft, dan is dat geen discriminatie in termen van de Wet Gelijke Behandeling. Bij lokale afspraken (dubbele wachtlijsten op grond van gewicht of geen gewicht) weten de ouders waar ze aan toe zijn en kunnen ze niet tegen deze dubbele wachtlijst in beroep gaan, omdat deze is gebaseerd op gewicht en niet op etniciteit.¹¹ Ten slotte geldt dat een leerling die is toegelaten, niet op een van de hierboven bedoelde gronden van school kan worden verwijderd door het bevoegd gezag. Alle hiervoor genoemde gronden beperken zich derhalve tot de toelating.

Algemene toegankelijkheid bve-instellingen

Ten aanzien van de WEB (Wet educatie en beroepsonderwijs) wordt voorgesteld een algemene toelatingsplicht in te voeren, ongeacht het niveau van de opleiding. Volgens de indieners is de huidige systematiek, waarbij er voor deelnemers wat betreft de laagste twee niveaus (assistentopleiding en basisberoepsopleiding) van het beroepsonderwijs een algemeen recht op toegang geldt en niet voor de hogere niveaus, verwarrend omdat in wezen iemand niet tot een opleiding wordt toegelaten – zoals de wettelijke regeling suggereert – maar tot een instelling. Verder beantwoordt zij niet aan de principiële garantieplicht van de overheid tot algemene toegankelijkheid van onderwijsvoorzieningen. Algemene toegankelijkheid voor de gehele bve-sector (beroepsonderwijs en volwasseneneducatie) is volgens de indieners ook noodzakelijk omdat er geen openbare instellingen zijn, vanwege de regionale spreiding van de

¹⁰ Afgeleid van de criteria genoemd in het Maimonides-arrest van de Hoge Raad, HR 22 januari 1988, NJ 1988, 981.

¹¹ Zie eerder Onderwijsraad, 2005.

voorzieningen én vanwege het toenemende belang van het behalen van een kwalificatie door mensen uit groepen in de samenleving die niet vanzelfsprekend de weg naar school vinden. De beoogde wijziging van artikel 8.1.1 van de WEB valt uiteen in twee delen: de wijziging van het derde lid stelt dat de inschrijving openstaat “voor degenen ten aanzien van wie met inachtneming van [de vooropleidingseisen] is beslist dat zij tot de instelling worden toegelaten. Het bevoegd gezag kan het nemen van de beslissing over de toelating opdragen aan een door hem in te stellen toelatingscommissie”. De selectievrijheid van het bevoegd gezag is aldus beperkt tot toetsing aan de wettelijke vooropleidingseisen.

Volgens de voorgestelde wijziging van het vijfde lid kan het bestuur van de bijzondere bve-instelling wel aangeven dat degenen die wensen te worden ingeschreven, geacht worden de grondslag en de doelstellingen van de instelling te respecteren. De grondslag hoeft echter niet te worden onderschreven.

2.2 Doelstelling en toelichting van het wetsvoorstel

Bij de indiening van het wetsvoorstel (eind 2005) hebben de initiatiefnemers aanvankelijk drie redenen voor het voorstel genoemd:

- de keuzevrijheid van ouders bij de schoolkeuze is soms beperkt en er bestaat voor ouders onduidelijkheid over bij welke scholen men allemaal terecht kan (uit onderzoek blijkt dat er bij ouders uit achterstandsgroepen en allochtone ouders meer onbekendheid bestaat over de toelatingmogelijkheden);
- ongelijkheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs maken onderlinge afspraken over het toelatingsbeleid moeilijk en brengt hen in een ongelijke positie ten opzichte van elkaar; en
- de segregatie is soms in het onderwijs nog sterker dan in de wijk waarin de school staat.

De indieners van het wetsvoorstel beargumenteren deze acceptatieplicht in de eerste plaats op basis van de vrijheid van schoolkeuze. “De indieners vinden dat dit recht op vrije schoolkeuze dient te worden versterkt voor alle ouders met een toelatingsrecht dat in principe voor alle scholen geldt. Dit wetsvoorstel beoogt beperkingen weg te nemen in de keuzevrijheid van ouders door de toelatingsgronden bij het bijzonder onderwijs te verruimen. Het is bij ouders lang niet altijd duidelijk dat zij met een andere levensbeschouwing toch op een bepaalde school terecht kunnen.”¹²

Een ander argument is de gewenste gelijkheid in rechtspositie van de leerling in het openbaar en het bijzonder onderwijs. “De ongelijke rechtspositie van openbaar en bijzonder onderwijs bij de toelating van leerlingen maakt het tevens moeilijk om tot onderlinge afspraken te komen over een gezamenlijk toelatingsbeleid. Wanneer er een meer gelijke uitgangspositie is tussen de scholen, kan men ook gemakkelijker gezamenlijke instrumenten inzetten zoals vaste inschrijfmomenten en voorlichting.”¹³

De indieners stellen de waarde van het bijzonder onderwijs niet ter discussie, maar constateren in de memorie van toelichting wel dat de toegankelijkheid anders is geregeld. “Door een toelatingsbeleid te mogen voeren kan het bijzonder onderwijs andere regels hanteren (zichtbaar of onzichtbaar) waarmee de keuzevrijheid van ouders wordt beperkt. De initiatiefnemers erkennen dat veel bijzondere scholen hun bijdrage proberen te leveren aan integratie. Ook bijzondere scholen zijn soms door de wijk waarin zij staan, eenzijdig samengesteld. Procentueel heeft het openbaar onderwijs echter een groter aandeel allochtone leerlingen, zoals ook blijkt uit Kerncijfers 2000–2004 Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.” De indieners merken daarbij op dat een schoolbestuur in het bijzonder onderwijs bewust een beleid kan voeren van een kleine schaal, waarbij zij wachtlijsten aanleggen of via loting de toegang regelen, terwijl het openbaar onderwijs dat niet kan vanwege de garantiefunctie.

¹² Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2005b, p.1.

¹³ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2005b, p.1.

Het wetsvoorstel beoogt – volgens de nota van wijziging – dat ouders, ongeacht hun individuele hoedanigheid, afkomst of maatschappelijke positie, gelijke kansen hebben bij het kiezen van een school. Daarbij geldt dat zij er recht op hebben te weten dat in het geval hun kind de toegang tot een school wordt geweigerd dit is geschied op grond van verifieerbare en rechtmatige criteria. Een deugdelijk kader voor verantwoording door schoolbesturen van hun toelatingsbeleid en voor de versterking van de bekendheid en voorspelbaarheid bij ouders en leerlingen van hun handelen wordt als een noodzakelijk instrument beschouwd ter bestrijding van maatschappelijke ongelijkheid bij de schoolkeuze, aldus de indieners.¹⁴

De raad zal bij de bespreking van het wetsvoorstel uitgaan van de versie zoals deze is aangepast na de nota van wijziging.

¹⁴ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006b, p.7.

De raad gaat in dit hoofdstuk in op het initiatiefwetsvoorstel waarbij hij aan de hand van functionele criteria zoals nut en noodzaak, motivering en proportionaliteit en subsidiariteit nagaat of de beoogde wetwijzigingen bijdragen aan de doelstelling, zoals die de indieners voor ogen staat.

3 Functionele overwegingen bij het wetsvoorstel

3.1 Adviescriteria¹⁵

De eerste relevante vraag is die naar het nut en de relatie tussen probleem en oplossing: draagt het wetsvoorstel bij aan de voorgestelde doelstellingen (bestrijding segregatie, uitbreiding keuzerecht ouders, gelijke behandeling openbaar en bijzonder onderwijs)? Een verwante vraag is die van de noodzakelijkheid: welke (maatschappelijke en juridische) noodzaak noopt tot ingrijpen van de wetgever? Is er in de motivering van het wetsvoorstel voldoende aangetoond dat de geschetste ontwikkelingen en bewegingen zich inderdaad voordoen: met andere woorden in hoeverre is de motivering gestoeld op empirische bevindingen?

Een tweede vraag is die naar proportionaliteit en subsidiariteit: zijn de voorgestelde maatregelen evenredig? Beperken zij zicht tot het strikt noodzakelijke en worden eventuele rechten van het bevoegd gezag – of bepaalde individuele schoolbesturen – niet onevenredig ingeperkt? Een en ander moet beschouwd worden in het licht van de vraag naar het nut en de noodzakelijkheid van het wetsvoorstel in relatie tot het wijzigen van de verplichtingen voor betrokkenen door aanneming van dit wetsvoorstel.

Een derde en laatste vraag in dit verband is die naar de (juridische) uitvoerbaarheid. Tot welke mogelijke (onbedoelde en negatieve) neveneffecten leidt de voorgestelde wetwijziging? Is er sprake van 'botsende' of juist samenlopende rechten of rechtsgangen (zijn er bijvoorbeeld meerdere instanties die bevoegd zijn over hetzelfde geschil)?

3.2 Overwegingen ten aanzien van nut en noodzaak van het wetsvoorstel

De raad wil op de eerste plaats opmerken dat doelstellingen zoals bestrijding van leerachterstanden en segregatie en versterking van het keuzerecht van ouders actuele kwesties en legitieme doelstellingen van beleid en wetgeving zijn. De raad is hierop ingegaan, onder meer in de adviezen *Bakens voor spreiding en integratie (2005)* ten aanzien van de segregatieproblematiek en *De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs (2008)*, waarin keuze van ouders als een belangrijk kenmerk van het stelsel is genoemd.

Het advies *Bakens voor spreiding en integratie (2005)* ging specifiek in op het toelatingsbeleid van scholen, gericht op een evenwichtige samenstelling op basis van het onderscheid tussen allochtone en autochtone leerlingen. In zijn algemeenheid werd opgemerkt dat communicatie met ouders over het toelatingsbeleid

¹⁵ Zie in dit verband ook Aanwijzing voor de regelgeving art.9a, leden 1 en 2: Bij de afweging van verschillende mogelijkheden tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken wordt in ieder geval gelet op de volgende aspecten: de mate waarin verwacht mag worden dat een regeling het beoogde doel zal helpen te verwezenlijken en de neveneffecten van een regeling.

zeer belangrijk is. “Ervoor zorgen dat iedereen dezelfde informatie heeft, zorgt in zekere zin ook voor ‘checks and balances’: schoolbesturen houden elkaar in de gaten en kunnen elkaar aanspreken op hun handelen. Criteria voor toelating moeten helder en verdedigbaar zijn. [...] De voorlichting aan ouders moet er dus toe bijdragen dat ouders weten waar ze aan toe zijn”, aldus het advies.¹⁶

De raad kon zich voorstellen dat – vanwege bestrijding van leerachterstanden en segregatie – het toelatingsbeleid van scholen gecoördineerd zou worden. Om de informatieachterstand van ouders met achterstandskinderen te compenseren was het volgens de raad te overwegen, ook gezamenlijk af te spreken de inschrijving pas toe te staan bij een bepaalde leeftijd (bijvoorbeeld 3,5 jaar).

Ten aanzien van een belangrijk achterliggend motief van het hier besproken initiatiefwetsvoorstel (bestrijding segregatie en afspraken tussen openbaar en bijzonder onderwijs in dat kader over het toelatingsbeleid) constateert de raad dat door de wetgever de afgelopen jaren belangrijke stappen zijn gezet en dat door veel schoolbesturen in onderlinge coördinatie, al dan niet samen met gemeenten op grond van artikel 167a WPO, gerichte acties worden ondernomen, waarbij ook de afstemming van het toelatingsbeleid een rol speelt.¹⁷ Een in het oog springend voorbeeld is in dit verband het initiatief in Nijmegen, waarbij per 1 april 2009 is gestart met een systeem van centrale aanmelding voor het primair onderwijs, waarbij er op elke basisschool een capaciteitsplafond is ingesteld. Iedereen moet zijn kind centraal aanmelden. De aanmelding leidt tot een plaatsingsadvies van het centraal aanmeldpunt, waarbij geldt dat scholen alleen die kinderen inschrijven die zo’n plaatsingsadvies hebben ontvangen.

Aan dit systeem liggen afspraken tussen de schoolbesturen en het gemeentebestuur ten grondslag. Alle basisscholen in Nijmegen nemen zonder uitzondering aan dit systeem deel. Doel ervan is te komen tot een rechtvaardiger verdeling van de beschikbare plaatsen over kansrijke en kansarme kinderen en daarmee segregatie naar onderwijsachterstand tegen te gaan. Via het Kenniscentrum Gemengde Scholen zijn programma’s en praktijken uitgewisseld.¹⁸

De raad kan uit de (nadere) toelichting niet opmaken op welke wijze de wetswijziging (verder) bijdraagt aan de beoogde hoofddoelstelling. Zo mist hij een empirische onderbouwing van de vraag hoe deze wetswijziging – waarbij een hoofdbestanddeel is het verplaatsen van een artikel uit de Algemene Wet Gelijke Behandeling naar de sectorale onderwijswetten - bij kan dragen aan de bestrijding van leerachterstanden en segregatie of aan verbetering van integratie. De raad vermoedt dat onderbouwing daarvoor zeer moeilijk te geven is, daar een acceptatieplicht van bijzondere scholen op zijn hoogst slechts in een zeer beperkte zin leidt tot een evenwichtiger spreiding van allochtone en autochtone leerlingen over de Nederlandse scholen.¹⁹ Te wijzen valt verder op de ervaringen in Vlaanderen met het Gelijke Kansendecreet. Deze wet beoogt sinds 2002 een versterkt inschrijvingsrecht voor leerlingen van het basisonderwijs en het secundair onderwijs.²⁰ Het basisprincipe is dat elke kandidaat-leerling het recht heeft om in de school van zijn of haar keuze te worden ingeschreven, op voorwaarde dat de leerling met het pedagogisch project en het schoolreglement instemt. Ornelis en Verbeek concluderen na zeven jaar ervaring met deze wet: “Veel problemen waar het decreet geen oplossing voor aandraagt, vinden hun oorzaak veeleer in de sociaal-economische realiteit dan in eventueel juridisch-technische onvolkomenheden”.²¹ De oorzaken voor het ontstaan van zwarte en witte scholen zijn – zoals de raad eerder heeft gesteld – niet gelegen in de wijze van uitoefening

¹⁶ Onderwijsraad, 2005, p.39.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld de pilots in de vier grote steden voor het basisonderwijs, en in Deventer, Eindhoven en Nijmegen. Vanaf 1 mei 2009 is er ook financiële ondersteuning voor pilots in Schiedam, Amersfoort, Tilburg en Leiden.

¹⁸ Zie www.gemengdescholen.nl.

¹⁹ Zie eerder Onderwijsraad 2002, p.63-64; Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006a, p.3-4.

²⁰ Decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I, *Belgisch Staatsblad*, 14 september 2002 (tweede editie). Een Vlaams decreet is gelijk te stellen met een wet in Nederland.

²¹ Ornelis & Verbeek, 2009.

van de toelatingsbevoegdheid door bijzondere scholen, maar in het bestaan van gesegregeerde wijken. Er bestaan bijvoorbeeld geen aanwijzingen dat de vrijheid van toelating op grote schaal wordt misbruikt om allochtone leerlingen te weren.²²

Naar het oordeel van de raad brengt het huidige wetsvoorstel in materiële zin weinig wijzigingen ten aanzien van het huidige wettelijk kader: de huidige wetgeving en het huidige toelatingsbeleid van scholen roepen vooralsnog geen noodzaak op voor wetgeving. Omdat circa 95% van de bijzondere scholen op dit moment een open toelatingsbeleid voert (dat wil zeggen niet selecteren op basis van godsdienst- of levensovertuiging, of slechts vragen om het respecteren van de grondslag) is het nu reeds mogelijk dat openbare en bijzondere scholen op een gemakkelijke manier tot gezamenlijke afspraken over het toelatingsbeleid komen (zie het hierboven genoemde artikel in de WPO). Er bestaat daarnaast geen wezenlijk verschil in rechtspositie op het terrein van de toelating tussen openbare scholen en de circa 95% bijzondere scholen die een open toelatingsbeleid voeren. Juist omdat door deze categorie bijzondere scholen een open toelatingsbeleid wordt gevoerd, hebben zij niet het recht om leerlingen te weigeren die niet aan de grondslag van de school beantwoorden.

Ten slotte zijn er juridisch gezien ook geen principiële veranderingen ten aanzien van de vrijheid van schoolbesturen om leerlingen te selecteren op andere gronden dan godsdienst- of levensovertuiging. Op grond van het voorgestelde artikel 1b eerste volzin WPO kan de toelating van leerlingen niet worden geweigerd op andere, niet-richtingsgerelateerde gronden, tenzij het beleid vooraf bekend is gemaakt in de schoolgids en in overeenstemming is met de Algemene wet gelijke behandeling. Op basis van de AWGB is bijvoorbeeld het voeren van een schoolvolumebeleid niet verboden. Het is echter wel verboden om binnen het kader van dit beleid onderscheid te maken, bijvoorbeeld door (objectief niet te rechtvaardigen) voorrang te verlenen aan leerlingen die afkomstig zijn van katholieke of protestants-christelijke basisscholen.²³ In de meeste gevallen zal een toelatingsbeleid op grond van de vrijheid van inrichting van de bijzondere school c.q. de pedagogische vrijheid van de openbare school in overeenstemming zijn met deze wet omdat er geen verboden onderscheid wordt gemaakt. De meest ingrijpende wijziging ten opzichte van het huidige regime is de instelling van een Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen. Een nadere beschouwing daarover volgt in paragraaf 3.4.

3.3 Overwegingen ten aanzien van de proportionaliteit

In aansluiting op de vorige paragraaf concludeert de raad dat dit wetsvoorstel ten aanzien van het primair en voortgezet onderwijs de facto weinig verandering brengt in de huidige materiële rechten en plichten van het bevoegd gezag enerzijds en ouders anderzijds.

Bij de overwegingen ten aanzien van de reikwijdte van het voorstel in het primair en voortgezet onderwijs is op te merken dat in deze sectoren slechts een kleine categorie scholen gebruikmaakt van de in artikel 7 lid 2 AWGB genoemde mogelijkheid.²⁴

Ten aanzien van het middelbaar beroepsonderwijs constateert de raad evenwel dat er in de huidige context van het aanbod van mbo-instellingen, op twee uitzonderingen na²⁵, alleen maar algemeen toegankelijke

²² Zie ook eerder en ten overvloede Onderwijsraad 2005. Uit een mededeling van prof. Karsten (UvA) blijkt dat op grond van uitgevoerd en lopend onderzoek het steden als Amsterdam bijvoorbeeld het protestants-christelijk onderwijs relatief meer allochtone leerlingen opneemt dan openbare scholen. Dit beeld wordt bevestigd bij een recent (nog lopend) onderzoek van Emmelot in Almere.

²³ Commissie Gelijke Behandeling, 6 november 2003, oordeel 2003-134.

²⁴ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2009.

²⁵ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2007b.

instellingen in de omgeving zijn waar leerlingen kunnen en zullen worden toegelaten. De desbetreffende opleidingen die vragen van deelnemers om de grondslag te onderschrijven zijn bovendien geen monopolist. De vraag is in dat verband dan ook welke dwingende redenen er zijn om voor het middelbaar beroeps- onderwijs een algemene toelatingsplicht te creëren, waarbij de deelnemers niet de grondslag hoeven te onderschrijven.

De desbetreffende regeling in het initiatiefwetsvoorstel waarbij de mogelijkheid wordt geschrapt om van deelnemers vanaf niveau 3 te vragen de richting te onderschrijven, lijkt louter geënt te zijn op de casus van het Hoornbeeck College.²⁶ De raad vindt het in het kader van de overwegingen ten aanzien van de proportionaliteit niet opportuun de WEB op dit punt te wijzigen, omdat de wettelijke regeling betrekking heeft op slechts zeer specifieke gevallen. De vraag is overigens ook hier aan de orde welk doel de wijziging van de WEB heeft, gerelateerd aan de beoogde doelstellingen; de wijziging van het toelatingsbeleid van twee roc's kan geen wijziging brengen in de – gepercipieerde – segregatie (van opleidingen) binnen het middelbaar beroepsonderwijs, wanneer deze instellingen geen monopoliepositie hebben en bovendien niet in een stedelijke omgeving gevestigd zijn.

Ten aanzien van de andere voorgestelde wijziging van de WEB (wijziging van artikel 8.1.1, derde lid, neerkomend op het uitgangspunt dat de inschrijving openstaat voor iedereen, mits voldaan is aan de vooropleidingseisen) vraagt de raad zich af welke strekking dit artikel heeft. Als dit zou betekenen dat elke mogelijkheid om deelnemers te selecteren wordt afgeschaft (de raad denkt hierbij met name aan opleidingen dans of andere creatieve opleidingen in het middelbaar beroepsonderwijs, maar ook in geval er geen huisvesting beschikbaar is of een tekort aan praktijkplaatsen), dan is dit volgens de raad ook een disproportionele inperking van de vrijheid van het bevoegd gezag.

3.4 Overwegingen ten aanzien van uitvoerbaarheid en neveneffecten

Een wijziging ten opzichte van de huidige situatie betreft de instelling van een centrale commissie die feitelijk alle toelatingsbeslissingen van alle bevoegde gezagsorganen gaat beoordelen op conformiteit met artikel 7 lid 2 AWGB en op transparantie van toelatingsbeleid. Volgens de toelichting op de voorgestelde wijzigingen in de nota van wijziging worden geschillen over de toelating van leerlingen onttrokken aan de bevoegdheid van de Commissie Gelijke Behandeling. De reden hiervoor is volgens de nota van wijziging dat een goede inkadering van de toelatingsproblematiek voor het onderwijs hoge maatschappelijke prioriteit heeft en voor ouders een laagdrempelige, herkenbare en onderwijskundig-specialistische voorziening vereist.²⁷

Naar het oordeel van de raad zullen de werkzaamheden van een Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen centralisering tot gevolg hebben (toelatingsbeslissingen van alle scholen zullen centraal getoetst worden, weliswaar op een beperkt aantal aspecten, maar toch via een door de overheid ingesteld orgaan). Juridisch-technisch zijn daarnaast een aantal vragen te stellen, bijvoorbeeld rond de vermeende 'bindendheid' van de uitspraken, zowel voor het openbaar als voor het bijzonder onderwijs. Volgens het wetsvoorstel zijn de bindende adviezen overigens alleen bindend voor het bevoegd gezag.²⁸ Het is niet duidelijk hoe de commissie de beslissingen (voor openbaar onderwijs zou beter gesproken kunnen worden van de bestuursrechtelijke term besluiten) toetst van het bevoegd gezag en hoe dit zich verhoudt met artikel 40 lid 6

²⁶ Meer specifiek: de rechtszaak die is gevoerd naar aanleiding van een verzoek tot toelating. De rechter heeft hierbij de mogelijkheid tot toelatingsbeleid op grond van de richting in het middelbaar beroepsonderwijs erkend, zie Gerechtshof Amsterdam, 25 juli 2007, NJCM-bulletin, 2008, nr.4, p. 498-506.

²⁷ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006b, p.8.

²⁸ Wanneer werknemers, ouders of studenten niet expliciet hebben ingestemd zijn zij niet gebonden. Zie HR 31 mei 1996, Rvdw 1996, 127 (Amghane). De Rb. 's-Gravenhage heeft om diezelfde reden ook de 'bindende oordelen' van het college van beroep voor examens van een hbo-instelling terzijde geschoven, Rb. 's-Gravenhage, 30 juli 2008, rolnr. 288344/HA ZA 07-1702, n.n.g.

WPO (AWB rechtsgang) en 63 WPO (waar ook al een procedure bij toelating is opgenomen). Ook de onderlinge verhouding tussen de (civiele of bestuursrechtelijke) rechtsgang en andere commissies is een vraagpunt, bijvoorbeeld het oordeel van de Commissie Heroverweging in Nijmegen (die een 'bindend advies' geeft aan ouders die bezwaar maken tegen toewijzing van een school).²⁹ En voor het openbaar onderwijs kan nog worden gewezen op de bestaande Bezwarencommissie Schoolbestuurbeslissingen, die al op een laagdrempelige manier besluiten van het bevoegd gezag over toelating tot de openbare school kan toetsen.³⁰ De voorgestelde aanpak kan tot een bouwwerk van onoverzichtelijke administratieve en juridische handelingen leiden. Dit raakt aan de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel en waarborgt zodoende ook niet de bedoelde 'eenduidigheid'. Ook de verhouding met de Commissie Gelijke Behandeling, zoals aan de orde gesteld door enkele Kamerfracties, kan hier genoemd worden. De raad ziet in dit verband een samenloop ontstaan. De hoofdnorm – de gelijkheidsnorm/antidiscriminatiebepaling van artikel 7 lid 1 AWGB, volgens welke leerlingen (ook door het niet-bekostigd onderwijs) niet op grond van godsdienst/richting enzovoort geweerd mogen worden – blijft onverkort in de AWGB staan. De Commissie Gelijke Behandeling kan en moet dus onder het toekomstig regime de weigering (bijvoorbeeld op grond van richting) om een leerling toe te laten nog steeds toetsen, maar dan uitsluitend aan artikel 7 lid 1 AWGB, waardoor de commissie per definitie tot de conclusie moet komen dat sprake is van strijdigheid met de AWGB.

De Commissie Gelijke Behandeling heeft in de loop der jaren een uitgebreide ervaring opgebouwd bij de beoordeling van kwesties van gelijke behandeling en is op dit gebied dan ook bij uitstek deskundig. Voorshands stelt de raad voor – gezien bovenstaande vraagpunten – de adviesbevoegdheid ten aanzien van de AWGB te laten bij de Commissie Gelijke Behandeling respectievelijk de bestaande bezwarencommissies en rechters, en geen aparte commissie in te stellen. De conclusie is dus dat de voorgestelde commissie niet noodzakelijk is, gezien de reeds bestaande voorzieningen.

Een slotvraag in dit kader betreft de reikwijdte van het voorgestelde in artikel 40 WPO. Dit artikel is van toepassing op zowel het bevoegd gezag van openbare als bijzondere scholen.³¹ Op basis van artikel 46 lid 2 WPO en artikel 42 lid 2 WVO dient het openbaar onderwijs algemeen toegankelijk te zijn, zonder onderscheid naar godsdienst of levensbeschouwing. In het verlengde hiervan kan de vraag gesteld worden of openbare scholen nu ook van leerlingen (ouders) kunnen eisen dat de pluriforme grondslag van het openbaar onderwijs wordt gerespecteerd. Wanneer een leerling om geloofsredenen zou weigeren om die grondslag te respecteren (bijvoorbeeld omdat zij religieus gebonden zijn aan een getuigenisplicht of door het weigeren van het schudden van handen), zou deze leerling dan de toegang geweigerd kunnen worden? Dit lijkt niet te rijmen met voornoemd artikel 46 lid 2 WPO. De indieners zouden op dit punt omwille van de uitvoerbaarheid duidelijkheid moeten verschaffen.

3.5 Conclusies ten aanzien van de functionaliteit van het wetsvoorstel: onvoldoende relatie tussen doel en middel

Wanneer de raad het wetsvoorstel beziet zoals dat bij nota van wijziging is aangepast, constateert hij dat de bestaande situatie/uitspraken van de rechter in grote lijnen worden gecodificeerd. De beoogde wijzigingen van de WPO en WVO behelzen een wetstechnische herordening van reeds geldende rechtsregels, bijvoorbeeld door verplaatsing van een artikel van de AWGB naar de WPO en WVO. De hoofddoelstelling van de nota van wijziging heeft betrekking op het aanpakken van de segregatie en het vergroten van de schoolkeuzevrijheid, maar de raad vindt hiervoor onvoldoende (empirisch) houvast in de toelichting. De raad is

²⁹ Zie www.schoolwijzernijmegen.nl.

³⁰ Zie www.onderwijsgeschillen.nl.

³¹ Het is ondergebracht bij titel 1 van afdeling 1 van de WPO: regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs.

kortom van mening dat het voorstel weinig verandering brengt in het thans geldende juridische regime én de ontwikkelde praktijk betreffende de toelating tot bijzondere scholen.

Al met al kan daarom betwijfeld worden of de aangevoerde doelstellingen – hoe plausibel ook – genoeg grondslag bieden voor de noodzaak van de voorgestelde wijzigingen van de WPO en de WVO. Bijkomende overweging is dat de raad niet de relatie ziet tussen de geconstateerde problemen (die nogmaals op zich evident en plausibel zijn) en voorgestelde oplossingen via de beoogde wetwijzigingen. De raad mist daaromtrent een overzicht van en reflectie op de effectiviteit van de huidige wetgeving en bestaande mogelijkheden om aan het bestaande segregatieprobleem in het onderwijs in de praktijk tegemoet te komen.

In algemene zin verwacht de raad – zoals in eerdere adviezen overwogen en op grond van beschikbaar onderzoek – dat versterking van het toelatingsrecht niet bijdraagt aan bestrijding van de segregatie. De indieners van het wetsvoorstel vooronderstellen dat met deze versterking van het ouderlijk keuzerecht de tweedeling in witte en zwarte scholen verminderd zal worden, oftewel: dat ouderlijke keuzepatronen als vanzelf een maatschappelijk gewenst eindresultaat zullen opleveren. Literatuur en de adviezen over dit onderwerp geven evenwel het inzicht dat versterking van het keuzerecht de integratie niet per se bevordert, maar de segregatie soms juist kan versterken.³² Daarbij kan ook gewezen worden op onderzoek dat uitwijst dat er binnen de Nederlandse bevolking geen overeenstemming is over of het tegengaan van zwarte en witte scholen belangrijker is dan de schoolkeuzevrijheid.³³

Ten aanzien van de proportionaliteit vindt de raad met name de voorgestelde wetwijziging van de WEB (artikel 8.1.1) nader te overwegen; feitelijk raakt de wijziging van het vijfde lid slechts aan het toelatingsbeleid van twee instellingen. De raad betwijfelt of dit voldoende grond is voor een wetwijziging. Ten aanzien van het derde lid (inschrijving als voldaan wordt aan de wettelijke vooropleidingseisen) kan dit met name de kunstzinnige opleidingen disproportioneel beperken in hun vrijheid te selecteren op talent.

De raad voorziet verder knelpunten bij de uitvoering en neveneffecten, met name als gevolg van de instelling van een aparte commissie voor de toelatingsbeslissingen.

In het volgende hoofdstuk zal de raad enige principiële beschouwingen wijden aan het wetsvoorstel, mede aan de hand van eerdere adviezen.

³² Vgl. Vermeulen, 2005, p.219-221.

³³ Volgens onderzoek van TNS/NIPO verwerpt 42% de stelling dat het tegengaan van de scheiding tussen witte en zwarte scholen voorgaat op keuzevrijheid, ongeveer een even groot percentage kan die stelling wel onderschrijven, zie Volkskrant, 2009.

Buiten de overwegingen van technische en functionele aard heeft de raad ook een aantal overwegingen voor de Kamer van principiële aard. Deze overwegingen zijn gebaseerd op twee uitgangspunten uit eerdere adviezen.

4 Principiële overwegingen bij het wetsvoorstel

4.1 Advieskader van de raad: inhoudelijke uitgangspunten

Uitgangspunt 1: ruimte voor ('kleine') richtingen

De raad verwees in de verkenning *Vaste grond onder de voeten* (2002) naar de toen aangenomen – en in strekking en motivering met het initiatiefwetsvoorstel-Hamer c.s. vergelijkbare – motie-Lambrechts c.s. Daarin was gesteld “dat kinderen die extra aandacht en zorg nodig hebben (o.a. gehandicapte leerlingen, zorgleerlingen, allochtone leerlingen) steeds vaker op wachtlijsten komen, worden geweigerd dan wel via discriminerende quoteringsregelingen over scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs worden verdeeld”. De motie riep de regering op te onderzoeken of het mogelijk was een algemene toelatingsplicht voor (alle) scholen in te voeren. De raad relativeerde op de eerste plaats de reikwijdte van vrijheid van bijzonder onderwijsinstellingen tot het selecteren van leerlingen. Uit de vrijheid van richting en inrichting (artikel 23 lid 5 en lid 6 Grondwet) vloeit voort, dat het bijzonder onderwijs binnen bepaalde marges vrij is om leerlingen te weigeren. *Binnen bepaalde marges*: want die vrijheid is niet onbeperkt. Zo omvat die vrijheid niet selectie op grond van ras of etnische afkomst. De internationale en nationale verbodsbepalingen laten het echter wel expliciet toe, dat bijzondere scholen leerlingen weigeren op denominatieve gronden, ook als met zo’n selectie criterium verhoudingsgewijs veel leerlingen van allochtone afkomst getroffen worden. Zo ligt het voor de hand dat het selecteren op basis van een streng protestants-christelijke richting met zich meebrengt dat zeer weinig van zulke leerlingen op de desbetreffende school toegelaten zullen worden. Met verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad werd voorts gewezen op het feit dat een dergelijke selectie evenmin toelaatbaar is als zij niet consequent en consistent toegepast wordt. Dit betekende volgens de raad dat bijzondere scholen van de ‘grote’ stromingen – die immers in het algemeen niet structureel op basis van hun richting selecteren – leerlingen niet met een beroep op de vrijheid van richting op grond van hun van de grondslag afwijkende geloofsovertuiging mogen weigeren. Deze vrijheid komt slechts toe aan een beperkt aantal scholen die ter zake een consistent en consequent beleid voeren. Evenmin komt deze vrijheid toe aan bijzondere onderwijsinstellingen die vanwege hun geografische ligging, hun positie in de onderwijsmarkt of de specifieke aard van hun onderwijs algemeen toegankelijk behoren te zijn. Dat geldt onder meer voor de scholen voor speciaal onderwijs en de instellingen voor hoger onderwijs.

De raad zag geen doorslaggevende argumenten waarom het nodig zou moeten zijn de vrijheid van deze beperkte groep van scholen weg te nemen, en met het oog hierop de Grondwet te wijzigen. “Gezien de liberaalrechtstatelijke uitgangspunten van ons staatsbestel moet het voor deze religieuze minderheden – die immers moeten opboksen tegen de maatschappelijke hoofdstromen van secularisme en individualisme – mogelijk blijven om in hun onderwijs voor een uitgesproken orthodox profiel te opteren, en met het oog daarop leerkrachten en leerlingen te selecteren. Het beperkte aantal van deze scholen betekent bovendien dat het wegnemen van hun vrijheid van richting op dit punt geen oplossing is voor de groeiende tweedeling in witte en zwarte scholen. En gezien juist hun expliciete orthodoxe profiel – wat ze, naar de raad meent, moeten kunnen blijven uitdragen – valt niet goed in te zien hoe deze scholen aantrekkelijk zouden kunnen zijn voor (de meeste) leerlingen die niet binnen dit profiel ‘passen’”, aldus de raad in 2002.

In zijn advies *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen* (2006) gaf de raad aan dat ons onderwijsstelsel daarnaast ook internationaal gezien een aantrekkelijke variëteit kent: van bestuursvormen, maar bijvoorbeeld ook van diverse richtingen naast openbaar onderwijs. Deze verscheidenheid biedt scholen ruimte en geeft instanties mogelijkheden om relaties met het onderwijs aan te knopen. Het onderwijsstelsel kent vele vertakkingen naar uiteenlopende maatschappelijke groepen en sectoren. In dat licht was het volgens de raad niet aantrekkelijk om uit te gaan van een uniforme (bestuurlijke) opzet.

In het advies *Verzelfstandiging in het onderwijs 1* (2010) heeft de raad in algemene zin aangegeven dat het verstandig zou zijn de stichtingssystematiek van scholen, waarin onder meer de richting van de school (godsdienst of levensovertuiging) een onderscheidend gegeven is, nader te doordenken. De raad kan zich voorstellen dat een onderdeel van een onderzoek bij die vraag zou kunnen betreffen of een zekere nevenschikking van duurzame pedagogische richting en van denominatieve richting mogelijk is.

Uitgangspunt 2: in beginsel (in)richtingsvrijheid voor het bevoegd gezag bij toelating

De raad vond in de aangehaalde verkenning uit 2002 dat de kern van de toelatingsproblematiek niet was gelegen in de vrijheid van richting, maar in de vrijheid van *inrichting*, de vrijheid van het bijzonder onderwijs om leerlingen op basis van andere criteria dan de religieuze grondslag (richting) te mogen selecteren. Deze vrijheid van inrichting – de pedagogisch-organisatorische autonomie van het bijzonder onderwijs – houdt onder meer in dat een bijzondere school leerlingen op gronden van principiële, onderwijsinhoudelijke, onderwijskundige en pragmatische aard kan weigeren. Te denken valt aan criteria samenhangend met een minimumniveau waaraan de leerling moet voldoen (taalbeheersing, Cito-score, maximaal aantal leerlingen met een onderwijsachterstand), het geven van voorrang bij een bewuste keuze voor een bepaalde religieuze grondslag of pedagogische visie, enzovoort. Maar ook kan gedacht worden aan administratieve maatstaven (postcode, reisafstand), organisatorische uitgangspunten (de school is vol, de klassen zijn al te groot, wie het eerst komt het eerst maalt) en sociale criteria (kinderen uit hetzelfde gezin worden sowieso toegelaten).

De raad gaf in de verkenning aan dat de vrijheid van inrichting – zonder dat de Grondwet gewijzigd wordt – in substantiële mate door de wetgever beperkt kan worden. “Uiteraard dienen daarvoor dan wel zwaarwegende gronden te zijn, en dienen de beperkende regelingen reëel te zijn en te voldoen aan randvoorwaarden zoals proportionaliteit en subsidiariteit. Dat betekent dat sommige beperkingen niet aanvaardbaar zijn. Zo is het [...] niet goed voorstelbaar dat scholen verplicht zouden worden leerlingen te blijven aan nemen als ze echt ‘vol’ zitten, en niet op zeer korte termijn aanvullende onderwijshuisvesting te realiseren is.”³⁴

In het advies *Verzelfstandiging in het onderwijs I* is als aandachtspunt genoemd dat het aanbodvariëteitsbeleid van besturen belangrijk is: variëteit is nodig wil keuzevrijheid iets voorstellen. Tegelijkertijd is in dit advies – in lijn met de verkenning uit 2002 – vastgesteld dat het bevoegd gezag uiteindelijk de drager is van de richting van de school. Om die reden zijn oordelen van de Landelijk Geschillencommissie Medezeggenschap over initiatieven van de medezeggenschapsraad gericht op externe verzelfstandiging of verandering van de richting van de school slechts adviezen voor het bevoegd gezag: in deze kwesties geldt het primaat van het bevoegd gezag (het bevoegd gezag is drager/verantwoordelijke voor de richting van de school) en het bestuur van de rechtspersoon (het bestuur moet niet gedwongen zijn de statuten aan te passen op grond van een initiatief van de medezeggenschapsraad). Niettemin is, zoals de raad eerder heeft gesteld, de medezeggenschapsraad in zekere zin mede-eigenaar ten aanzien van de kern van de vrijheid van onderwijs, te weten de richting van de school. Immers, het bevoegd gezag kan niet zonder instemming van de oudergeleding van de medezeggenschapsraad de grondslag van de school wijzigen (artikel 13g WMS).

³⁴ Onderwijsraad, 2002, p. 61.

4.2 Principiële overwegingen ten aanzien van de ruimte voor richtingen

Zoals in het vorige hoofdstuk geconcludeerd is, herordent het voorstel in grote lijnen de bestaande praktijk, waarbij het uitgangspunt nu wordt vastgelegd dat weigering van toelating op denominatieve gronden niet mogelijk is, tenzij de leerling weigert te verklaren dat hij de grondslag van het onderwijs van de school zal respecteren. Het gevolg van deze wettelijke verankering betekent ook dat de grondslag van bijzondere scholen die een open toelatingsbeleid voeren moet worden gerespecteerd, wat vanuit het oogpunt van de vrijheid van onderwijs als winst mag worden beschouwd. Ook bij deze scholen kan de behoefte bestaan dat, ondanks dat er geen denominatief toelatingsbeleid wordt gevoerd, de grondslag van de school wordt gerespecteerd. In algemene zin acht de raad het daarbij redelijk om van scholen te vragen hun toelatingsbeleid te expliciteren in de schoolgids opdat ouders en leerlingen weten wat de school van hen verlangt. Tegen deze voorgestelde wetswijziging heeft de raad dan ook geen wezenlijke bezwaren, hoewel hij zich wel afvraagt welke scholen in hun schoolgids op dit moment het toelatingsbeleid niet vermelden.³⁵

Artikel 23 Grondwet borgt zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs en zorgt voor pluriformiteit van grote en 'kleine' richtingen zoals evangelisch, reformatorisch en islamitisch onderwijs. Verder zijn er nog steeds 'nieuwe' richtingen die, indien zij voldoen aan de planningscriteria, nieuwe scholen oprichten (zoals de boeddhistische stroming).³⁶ Het feit dat op dit moment slechts een beperkt aantal scholen een stringent beleid op grond van de richting voert, ontnemt in de ogen van de raad niet de waarde van dit recht, integendeel. Aan religieuze en culturele minderheden wordt op deze wijze de ruimte geboden om in een seculiere meerderheidscultuur hun specifieke visie en identiteit in eigen instellingen tot uiting te brengen.³⁷ Een algemene acceptatieplicht, waarbinnen een beperkt aantal scholen die op een gewetensvolle en juridisch houdbare wijze een denominatief toelatingsbeleid voeren dit recht wordt ontnomen, is hiermee niet verenigbaar. Dit initiatiefwetsvoorstel doet dat ook niet, maar vanwege het waarborgkarakter van de Grondwet verdient het aanbeveling dit ook te expliciteren. De raad beschouwt de vrijheid van onderwijs met de pluriforme praktijk die dit oplevert als belangrijke toegevoegde waarde, die zorgvuldige bescherming verdient.

De raad beveelt dan ook aan de pluriformiteit in het stelsel te handhaven en waar mogelijk ruimte te scheppen voor nieuwe richtingen, die mogelijk – na onderzoek – ook pedagogisch-didactisch georiënteerd kunnen zijn. De dynamiek in het stelsel moet ook zodanig zijn dat het bevoegd gezag de ruimte heeft en houdt om binnen de huidige wettelijke regelingen zoals de AWGB een eigen, op de richting gebaseerd toelatingsbeleid te voeren, dat in de tijd ook kan evolueren. De volgende paragraaf gaat hier nader op in.

4.3 Principiële overwegingen ten aanzien van de (in)richtingsvrijheid van het bevoegd gezag bij toelating

De raad constateert op de eerste plaats dat ten aanzien van de inrichtingsvrijheid (de mogelijkheid om te selecteren op basis van bijvoorbeeld postcodes) de positie van het bevoegd gezag niet verandert: het bevoegd gezag blijft evenals onder het huidige regime gerechtigd een dergelijk toelatingsbeleid te voeren, mits binnen de kaders van de wet en de eisen die voortvloeien uit de jurisprudentie.

De meest indringende wijziging in dit verband lijkt te zitten in het feit dat bijzondere onderwijsinstellingen geen leerlingen meer kunnen weigeren wanneer ouders/leerlingen aangeven de grondslag te zullen respecteren. Samengevat stelt het wetsvoorstel dat algemene toegankelijkheid prima facie gegeven is, tenzij

³⁵ Volgens artikel 13g WMS heeft het ouder-/leerlingendeel instemmingsrecht met betrekking tot de vaststelling van de schoolgids. Ouders kunnen dus nu ook al bewaken dat het toelatingsbeleid helder in de gids wordt verwoord.

³⁶ Zie www.mandalaschool.nl.

³⁷ Zie ook: Onderwijsraad 2002, p.94.

de instelling met recht aantoonbaar te mogen selecteren door publicatie in de schoolgids van het beleid en door een toets aan de norm van artikel 7, tweede lid, AWGB. Het bestaande vermoeden van te mogen selecteren (mits in overeenstemming met de wet enzovoort) verandert in: algemeen toegankelijk, tenzij. Niettegenstaande de in de vorige paragraaf geconstateerde ogenschijnlijke geringe verandering van de praktijk, wil de raad enige opmerkingen maken over mogelijke ongewenste neveneffecten en daaruit voortvloeiende uitwerkingsvragen bij deze voorgestelde wijziging.

De wijziging komt in de opvatting van de raad neer op een omkering van de bewijslast ten aanzien van het bevoegd gezag om een toelatingsbeleid te voeren, waarbij van leerlingen gevraagd wordt de grondslag te onderschrijven. Juridisch dient een onderscheid te worden gemaakt tussen onderschrijven en respecteren. Onderschrijven betekent dat betrokkene zich met de grondslag kan verenigen en deze tot de zijne of hare maken (van de ouders wordt bijvoorbeeld verwacht dat zij kerkelijk meelevend zijn). Wanneer het bevoegd gezag stelt dat de leerling of deelnemer niet de grondslag respecteert, betekent dit dat er "gegronde vrees bestaat dat de betrokkene van die inschrijving en de daaraan verbonden rechten misbruik zal maken door in ernstige mate afbreuk te doen aan de eigen aard van de instelling" (zie artikel 8.1.1. lid 5, derde volzin WEB).

Een (onbedoeld) effect, tegengesteld aan het oogmerk van juist meer open toelating, zou kunnen zijn dat het toelatingsbeleid door het bevoegd gezag juist selectiever wordt, om daarmee onder de wettelijke uitzonderingsgrond te (kunnen blijven) vallen. Het is namelijk de vraag in hoeverre het nog mogelijk is een toelatingsbeleid te voeren waarbij van leerlingen gevraagd wordt de grondslag te respecteren of te onderschrijven, en welke (verdere) eisen zullen worden gesteld aan een 'vast' en consistent toelatingsbeleid, gericht op het onderschrijven van de doelstelling. Moet elke leerling van wie gevraagd wordt de richting te onderschrijven, ook daadwerkelijk het desbetreffende geloof aanhangen of lid zijn van het desbetreffende kerkgenootschap?³⁸ De uitspraken van de Commissie Gelijke Behandeling laat op dit moment enige ruimte aan het bevoegd gezag. Bij een zaak rond toelatingsbeleid van een katholieke school³⁹ ging het om een verbod voor de leerlingen tot het dragen van kleding die zou kunnen worden geassocieerd met een niet-katholieke of niet-christelijke geloofsovertuiging, zoals een hoofddoek. Dit verbod was opgenomen in het leerlingenstatuut en in de schoolregels, waarvan de leerlingen een uittreksel ontvingen. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde dat het door het schoolbestuur gehandhaafde verbod nodig was voor de verwezenlijking van de grondslag van de school, en bovendien gegrond was op een consistent en op het doel van de instelling berustend beleid. Ook wanneer anders-gelovige leerlingen toegelaten werden, ontnam dit gegeven het bevoegd gezag niet het recht om aan die leerlingen eisen met het oog op de katholieke identiteit van de school te stellen. Het vereiste van consequente handhaving ging blijkbaar volgens de Commissie Gelijke Behandeling niet zover, dat het stellen van identiteitseisen alleen maar mogelijk zou zijn als de school een stringent toelatingsbeleid zou voeren, op grond waarvan alleen katholieke leerlingen welkom zouden zijn. De vraag is of een dergelijk toelatingsbeleid (met als onderdeel een kledingvoorschrift) nog kan, wanneer deze leerlingen op grond van de wet moeten worden toegelaten omdat zij aangeven de grondslag te respecteren.

Een andere vraag in dit verband is deze: kan een instelling nog evolueren van een profiel waarbij leerlingen slechts de grondslag hoeven te respecteren naar een grondslag waarbij zij de grondslag moeten onderschrijven? Het bevoegd gezag mag – mits er geen sprake is van willekeur en het gemotiveerd is – zijn beleid aanscherpen.⁴⁰ De raad gaat ervan uit dat de huidige lijn in de jurisprudentie gecontinueerd wordt. Dit betekent dat aanscherping van beleid door de jaren heen, mits weloverwogen en voor betrokkenen duidelijk kenbaar, niet zonder meer leidt tot de conclusie dat er sprake is van inconsequent beleid. De raad gaat ervan

³⁸ De Commissie Gelijke Behandeling maakt in deze een strikt onderscheid: wanneer het bevoegd gezag een toelatingsbeleid wil voeren waarbij alleen leerlingen van een bepaalde denominatie welkom zijn, moet de school eisen dat de leerlingen de grondslag onderschrijven. Zie CGB, 2008, p. 42.

³⁹ CGB 16 april 2007, oordeel 2007-61. Zie ook CGB 14 april 2009, oordeel 2009-29.

⁴⁰ Zie Rb. Alkmaar 22 januari 1982, *NJCM Bulletin* 1982, p. 134.

uit dat scholen (door een besluit van het bevoegd gezag, na instemming van de medezeggenschapsraad) ook nog steeds de vrijheid hebben om van identiteit te wisselen (van kleur te verschieten of de grondslag uit te breiden).⁴¹

Met het voorgaande heeft de raad aan willen geven dat de regeling ten aanzien van het toelatingsbeleid de bestaande juridische ruimte en marges handhaaft. De raad beveelt aan dit met zoveel woorden duidelijk te maken in de toelichting, dan wel dit bij nota van wijziging te expliciteren.

4.4 Conclusies ten aanzien van de principiële overwegingen: debat over artikel 23 Grondwet

Doordat de initiatiefnemers principieel het 'respecteren' van de grondslag voorop zetten, proeft de raad in het voorliggende initiatiefwetsvoorstel de wens tot een principieel debat over de reikwijdte van richtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs, meer in het bijzonder de vrijheid tot het voeren van toelatingsbeleid op grond van godsdienst of levensbeschouwing.

In algemene zin vindt de raad dat er ruimte binnen het stelsel moet zijn voor scholen om dergelijk toelatingsbeleid te voeren. Vanuit de gedachte van een pluriform en dynamisch stelsel, dat daarmee ook tegemoetkomt aan de gedifferentieerde wensen van ouders, is dit ook toe te juichen.

De raad heeft eerder gesteld, en dit zij hier herhaald, dat elk grondrecht, dus ook de vrijheid van onderwijs, slechts geldt binnen bepaalde marges van redelijkheid.⁴² Een noodzakelijke en gewenste aanpassing van het artikel of de interpretatie daarvan zou niet door verschillende incidentele en beperkte wijzigingen moeten geschieden, maar coherent door een algemeen debat. De raad stelde in 2002 dat een ingrijpende herziening evenwel slechts dan voor de hand zou liggen als er een duidelijke consensus is dat zonder zo'n wijziging adequate oplossingen voor nijpende maatschappelijke kwesties door dit artikel geblokkeerd zouden worden. Wel achtte de raad het gezien de snelle maatschappelijke en technologische ontwikkelingen mogelijk nodig om nieuwe antwoorden te formuleren, die op termijn in een grondwetstekst of in een interpretatie hun neerslag zouden moeten krijgen.

De raad kan zich voorstellen dat de betekenis van een dergelijk debat toeneemt. Er zijn verschillende redenen te noemen, die een discussie over de reikwijdte van artikel 23 Grondwet opportuun doen zijn. "Vrijheid van onderwijs duidt op dit moment toch voor alles op de mate waarin het individu zich kan verzekeren van onderwijs voor zijn kinderen dat aansluit bij zijn opvattingen over vorming tot het goede leven. Die vrijheid heeft zowel betrekking op de keuze uit bestaand aanbod als op de oprichting van nieuwe scholen. Bovendien hoeven de hier bedoelde opvattingen niet beperkt te blijven tot religie of levensbeschouwing. Zij omvatten in beginsel elke zienswijze omtrent relevant onderwijs, of die nu van inhoudelijke of methodische (pedagogisch-didactische) aard is", aldus Zoontjens.⁴³ Gesteld zou kunnen worden dat de ultieme kern van de onderwijsvrijheid, te weten de vrijheid van stichting, daarin bestaat dat ouders zelf een nieuwe school oprichten. Het oprichten van een nieuwe, door de overheid bekostigde school is – zeker voor scholen die nog niet tot de 'geijkte' richtingen behoren – door de plannings- en bekostigingssystematiek zeer beperkt mogelijk.⁴⁴ Ook het stichten van een niet-bekostigde, particuliere school is moeilijk, door de strengere eisen van de Inspectie en aanscherping van de Leerplichtwet (kinderen voldoen alleen aan de Leerplichtwet als de

⁴¹ Een zekere onderlinge inschikkelijkheid tussen richtingen in de zin van richtinguitbreiding kan een verrijking opleveren in het kader van een gevarieerd onderwijsaanbod, Onderwijsraad, 2010.

⁴² Zie laatstelijk Onderwijsraad, 2010.

⁴³ Zoontjens, 2008.

⁴⁴ Dit heeft te maken met de stringente stichtingsnormen (minimum aantal benodigde leerlingen) en de prognose die moet worden gemaakt, waarbij leerlingen van dezelfde denominatie die al elders op school zitten niet mogen meetellen. Zo zijn er per 1 augustus 2009 18 nieuwe basisscholen gesticht, waarvan 5 openbaar, zie tabel in TK 2009-2010, 32007, nr.6, p.10.

Inspectie heeft bepaald dat de school een school is in de zin van de Leerplichtwet).⁴⁵ Niet alleen bij dit initiatiefwetsvoorstel, maar ook bij het initiatiefwetsvoorstel dat beoogt het toezicht op eventueel nieuw te bekostigen scholen nader in te kaderen, zijn elementaire discussies aan de orde rond de reikwijdte van artikel 23.⁴⁶ De raad zal hierover zoals bekend een advies uitbrengen aan de Kamer. Hierbij zal ook zijdelings de vraag worden opgeworpen in hoeverre het stelsel nadere ruimte zou moeten bieden tot andere vormen van (directe) financiering, opdat (leerplichtige) leerlingen onderwijs kunnen volgen in het niet-publieke onderwijs dat dan een mate van bekostiging kent in functie van de omvang en ingrijpendheid van aan dat onderwijs gestelde deugdelijkheidseisen.

Ook is te wijzen op het in 2002 ingediende initiatiefwetsvoorstel-Halsema. Daarin wordt een wijziging van de Grondwet bepleit, die (alle) rechters toestaat de grondwettigheid van wetten te toetsen. Dat kan volgens artikel 120 van de Grondwet nu niet. Aanvankelijk wat het voorstel om bij artikel 23 uitsluitend het artikellid inzake de vrijheid van onderwijs (lid 2) voor constitutionele toetsing in aanmerking te laten komen.⁴⁷ Na het advies van de Raad van State voegde de initiatiefneemster daar de leden vijf, zes en zeven, en later ook nog het derde lid (over het neutrale karakter van het openbaar onderwijs) aan toe.⁴⁸ Een amendement om alsnog het vierde lid (over de genoegzame voorziening in openbaar onderwijs) aan de rij toe te voegen werd verworpen.⁴⁹ De Eerste Kamer heeft in eerste lezing (met 37 tegen 36 stemmen) met het voorstel ingestemd; in tweede lezing is een twee derde meerderheid vereist.

De raad komt aldus tot de slotsom dat het Nederlandse onderwijsbestel op termijn een antwoord op de vragen die de genoemde ontwikkelingen oproepen zal moeten formuleren. Mogelijk zal dat antwoord ook in een grondwetstekst moeten worden geformuleerd. Artikel 23 Grondwet heeft verbindingen met belangrijke vraagstukken en met doelstellingen die we graag nu, maar ook in de toekomst met het onderwijs in verband willen brengen. Deze strekking zou in een goed ingericht debat aan bod moeten komen, waaraan naast experts representanten van de belangrijkste betrokken instanties en groeperingen deelnemen.

Dat debat zou niet met haast, maar met zorgvuldigheid moeten worden gevoerd en zou dan ook daartoe ingericht moeten worden. De raad heeft van oudsher een functie als het gaat om het nader doordenken van de grondwettelijke basisprincipes van de vrijheid van onderwijs, via zijn adviezen; maar hij kan dit ook op andere manieren entameren.⁵⁰

Een denkbare vorm is – zoals hij ook al eerder voorstelde in 2002 – een door de raad te organiseren maatschappelijk debat, waar de belangrijkste representanten van de partijen in het onderwijs (deelnemers, leerkrachten, schoolbesturen) en experts bij betrokken zouden moeten worden. Dit debat dient dan als bouwsteen voor een nader advies van de raad, dat de functie vervult van een gezaghebbende interpretatie. Een dergelijk gezaghebbend document kan een vergelijkbare functie vervullen als de verkenning van de raad uit 2002: grenzen stellen aan een al te zeer door incidenten bepaalde uitleg van deze bepaling en zorgen voor een stabielere, breed gedragen en duurzame interpretatie van het grondwetsartikel.

⁴⁵ Nationale ombudsman, 2009.

⁴⁶ Voorstel van wet van het lid Jan Jacob van Dijk houdende wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen, TK 2009-2010, 32007, nrs. 1-3.

⁴⁷ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2002.

⁴⁸ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2003a, 2003b.

⁴⁹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2004; Handelingen II 2004/05, p. 472.

⁵⁰ De Nota n.a.v het Verslag bij de Wet op de Onderwijsraad stelt in dit verband: "Ook in onze [=regering] optiek blijft de nieuwe Onderwijsraad evenals zijn voorganger een belangrijke functie houden als het gaat om advisering aan de hand van artikel 23 van de Grondwet. De meer dan 75 jaar oude Onderwijsraad heeft genoegzaam aangetoond hoe waardevol dat is. Zeer dikwijls hebben de adviezen van de Onderwijsraad tot fundamentele gedachtenwisselingen in de voorbereiding van belangrijke onderwijswetten geleid". TK 1996-1997, 25 041, nr. 5, p. 2.

In het slothoofdstuk geeft de raad enkele slotbeschouwingen, die ten dienste kunnen staan bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel.

In dit slothoofdstuk volgen, na herneming van enkele uitgangspunten en conclusies, een paar specifieke overwegingen ten behoeve van de Kamer bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel.

5 Conclusies en overwegingen voor de Kamer

5.1 Algemene uitgangspunten en conclusies

De raad beaamt dat er fundamentele problemen in het onderwijs zijn zoals leerachterstanden en segregatie. Tevens vindt hij dat principes zoals het vergroten van keuzevrijheid van leerlingen en ouders nastrevenswaardig zijn. De raad ziet ook geen bezwaren om wettelijk te regelen dat de schoolgids duidelijk en transparant moet zijn wat betreft het toelatingsbeleid. Als grondslag is een wetwijziging die louter betrekking heeft op de bepaling ten aanzien van de schoolgids evenwel onvoldoende. De raad stelt bovenal vragen bij het belangrijkste uitgangspunt van dit wetsvoorstel, namelijk dat de voorgestelde wijzigingen in de WPO, WVO en WEB gericht op het principe van toelating zolang de grondslag wordt gerespecteerd, zorgen voor vermindering van segregatie van scholen. De raad constateert op de eerste plaats dat sinds de indiening van het initiatiefwetsvoorstel in 2005 al de nodige wet- en regelgeving tot stand is gekomen, bijvoorbeeld waar het gaat om de afspraken tussen schoolbesturen en gemeenten over het toelatingsbeleid om daarmee leerachterstanden en segregatie in de gemeente aan te pakken. Voorts is er in de praktijk gestart met initiatieven die gericht zijn op het bewuster kiezen van ouders, zodat scholen waar mogelijk een meer gemengd karakter krijgen.

Op de tweede plaats ziet de raad op basis van de beschikbare empirische evidentie niet in hoe dit wetsvoorstel verder zou kunnen bijdragen aan bestrijding van leerachterstanden en segregatie en vergroting van het keuzerecht. Daarvoor wijzigt het wetsvoorstel enerzijds te weinig in de bestaande verhoudingen. Zo houden schoolbesturen een grote mate van vrijheid om bijvoorbeeld toelatingsbeleid te voeren op grond van postcode. Anderzijds – veel belangrijker – kan volgens de raad een wijziging van het recht van het bevoegd gezag van bijzondere scholen om leerlingen te selecteren op grond van de richting per definitie weinig bijdragen aan de problemen van scheiding tussen zogenoemde witte en zwarte scholen. Het toelatingsbeleid van het bijzonder onderwijs is zodanig, dat dit onderwijs zijn evenredige deel van achterstandsl leerlingen opneemt, terwijl slechts een zeer beperkt aantal scholen selecteert op grond van de richting.⁵¹ De raad heeft dit standpunt eerder toegelicht in verschillende adviezen.

Al met al zijn nut en noodzaak van deze wijzigingen volgens de raad onvoldoende plausibel gemaakt. Daarenboven is het wetsvoorstel ten aanzien van de wijziging van de WEB niet proportioneel, omdat feitelijk slechts twee instellingen worden geraakt en sommige instellingen die moeten selecteren op talent mogelijk geen enkele selectievrijheid meer hebben. Ten slotte zijn er vragen ten aanzien van de uitwerking en de effecten van de voorgestelde regeling, zoals de instelling van een aparte Commissie Beoordeling Toelating Leerlingen. De raad ziet daarbij onder meer samenloop ontstaan met de bevoegdheid van de Commissie Gelijke Behandeling, die kan blijven oordelen op grond van artikel 7 lid 1 AWGB.

⁵¹ Zie ook antwoord van staatssecretaris Dijkema op vragen van Van Dijk en Karablulut, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2009.

Een principieel uitgangspunten bij dit advies is dat de ruimte voor de verschillende richtingen, en met name de 'kleine' richtingen die een toelatingsbeleid voeren op basis van het onderschrijven van de richting, gewaarborgd moet zijn. In dat kader voorziet de raad een ongewenst neveneffect, in de zin dat het wetsvoorstel mogelijk noopt tot verscherpt en selectiever toelatingsbeleid (scholen die uit voorzorg overgaan tot een beleid van onderschrijven, om daarmee voldoende manoeuvreerruimte te houden), terwijl de gedachte bij de indieners juist lijkt te zijn scholen minder selectief te doen zijn. De raad zou het wenselijk vinden dat scholen die op een bepaald moment het toelatingsbeleid willen aanpassen (van respecteren naar onderschrijven) deze mogelijkheid conform de huidige jurisprudentie kunnen behouden.

Alles overziende moet de raad concluderen dat dit wetsvoorstel op het oog weinig wijziging brengt in de bestaande verhoudingen. Vanuit deze constatering, in combinatie met verschillende wetstechnische onduidelijkheden (bijvoorbeeld de vraag of de voorgestelde eis van respecteren door de leerling nu ook geldt voor het openbaar onderwijs) en mogelijke uitvoeringskwesties (bijvoorbeeld rond de nieuwe commissie), beveelt de raad aan het initiatiefwetsvoorstel nader te overwegen.

De raad heeft het gevoel dat het wetsvoorstel appelleert aan een dieperliggende wens tot een debat over de grondwettelijke uitgangspunten van het Nederlandse onderwijsbestel. Als dat gevoel algemeen is, moet er een meer fundamentele discussie gevoerd kunnen worden over principes, reikwijdte en interpretatie van het artikel inzake de onderwijsvrijheid. De raad geeft hierbij aan de Kamer in overweging dit debat op transparante, integrale en coherente wijze te voeren. Een advies terzake kan het debat in de Kamer helpen.

5.2 Overwegingen ten behoeve van de verdere behandeling

De raad reikt de Kamer bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel de volgende punten aan ter overweging.

De raad zou de indieners en de Kamer in algemene zin willen vragen na te denken over de vraag of de beoogde wetswijziging(en) nu de veronderstelde (plausibele) doelen dichterbij brengen. Wanneer dit niet het geval is, zoals de raad veronderstelt, adviseert hij het gehele voorstel te heroverwegen en in een bredere context te plaatsen. De raad wil niet uitsluiten dat achterliggend een algemeen en principieel debat over de reikwijdte en interpretatie van artikel 23 Grondwet aan de orde is, en zou er in dat kader voor willen pleiten dat debat transparant en coherent te voeren. Mede op grond van de (geschiedenis van de) Wet op de Onderwijsraad heeft de raad van oudsher als een van de kernfuncties het (grond)wettelijk debat rond artikel 23 te faciliteren. In dat kader overweegt hij een meer integrale doordenking van artikel 23, uitmondend in een nader advies. Dat advies of die verkenning kan de functie vervullen van een gezaghebbende interpretatie, die in de plaats komt van uiteenlopende en incidentele interpretaties. De belangrijkste representanten van de partijen in het onderwijs (deelnemers, leerkrachten, schoolbesturen) worden naast experts betrokken bij de consultatiefase van het advies. Een dergelijk gezaghebbend document kan een vergelijkbare functie vervullen als de verkenning van de raad uit 2002.

De raad geeft als eerste debatpunt in overweging de vraag in hoeverre het Nederlandse systeem het uitgangspunt moet blijven behouden dat er een zekere (wettelijk) gewaarborgde pluriformiteit is en daarnaast tolerantie ten opzichte van – in ieder geval – kwantitatief kleine en zeer kleine richtingen. De basisstelling in deze discussie is dan dat pluriformiteit van richtingen (levensbeschouwelijk, maar eventueel ook pedagogisch-didactisch) een verrijking voor het systeem betekent. Een tweede, maar breder debatpunt is het vraagstuk hoe in het publieke domein naast communale opvattingen over mens en samenleving gestalte te geven aan tegelijkertijd bestaande wezenlijke verschillen van opvatting over mens en samenleving, zoals die beiden (gemeenschappelijk en verschillend) in ons onderwijs tot uitdrukking komen. Zoals de raad daarover in zijn verkenning in 2002 reeds opmerkte, gaat het daarbij om het borgen van uitgangspunten in het Nederlandse bestel, dat gekenmerkt wordt door (beheerste) concurrentie en profilering, en daarmee zorgt voor

dynamiek en variëteit.⁵² Daardoor biedt het stelsel naast belangrijke gemeenschappelijke componenten ook mogelijkheden om aan uiteenlopende verwachtingen van deelnemers en maatschappelijke veranderingen tegemoet te komen

Mocht de Kamer toch dit wetsvoorstel verder willen behandelen en uitwerken, dan zou de raad de volgende punten ter (her)overweging mee willen geven.

- Het is om praktische redenen aan te bevelen de huidige adviesbevoegdheid ten aanzien van de AWGB te laten bij de Commissie Gelijke Behandeling, respectievelijk de bestaande bezwarencommissies en rechters, en dus de regeling inzake een aparte commissie te laten vervallen.
- De regeling moet verder niet het effect hebben dat het bevoegd gezag als het ware gedwongen is om alleen leerlingen te accepteren die de richting onderschrijven. De raad beveelt aan dit met zoveel woorden duidelijk te maken in de toelichting, dan wel dit bij nota van wijziging te expliciteren.
- Ten aanzien van de voorgestelde wijziging van de WEB zou de raad de voorgestelde regeling willen laten zoals deze is. Dit vanwege het feit dat het niet proportioneel is het onderschrijven van de grondslag voor twee confessionele instellingen (zonder monopolistische status) en de selectievrijheid voor met name kunstzinnige opleidingen onmogelijk te maken.
- Op enkele wetstechnische punten zal een nadere verduidelijking/toelichting moeten worden gegeven (met name de toepassing van het voorgestelde artikel 40 WPO op het openbaar onderwijs).

⁵² Onderwijsraad, 2002, p. 50.

Literatuur

- Commissie Gelijke Behandeling (2008). *Naar een discriminatievrije school*. Utrecht: Commissie Gelijke Behandeling.
- Nationale Ombudsman (2009). *Onderwijsvrijheid en onderwijstoezicht, in het radicaal vernieuwend onderwijs*. Den Haag: Nationale Ombudsman.
- Onderwijsraad (2002). *Vaste grond onder de voeten*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2005). *Bakens voor spreiding en integratie*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2006). *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen*. Den Haag: Onderwijsraad
- Onderwijsraad (2008). *De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2010). *Verzelfstandiging in het onderwijs 1*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Ornelis, F & Verbeeck, B. (2009). Streven naar gelijke onderwijskansen in Vlaanderen. In P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (ed.), *Juridische aspecten van selectie bij toegang tot het onderwijs*. Deventer: Kluwer.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2002). *Voorstel tot invoering van toetsingsbevoegdheid van wetten aan bepalingen Grondwet door de rechter; Memorie van toelichting*. TK 2001-2002, 28331, nr.2.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2003a). *Voorstel tot invoering van toetsingsbevoegdheid van wetten aan bepalingen Grondwet door de rechter; Gewijzigd voorstel van wet*. TK 2002-2003, 28331, nr. 8.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2003b). *Voorstel tot invoering van toetsingsbevoegdheid van wetten aan bepalingen Grondwet door rechter; Advies en nader rapport*. TK 2002-2003, 28331, nr. A.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2004). *Voorstel tot invoering van toetsingsbevoegdheid van wetten aan bepalingen Grondwet door de rechter; Amendement ...* TK 2003-2004, 28331, nr.13.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2005a). *Voorstel van wet van de leden Hamer, Vergeer, Jungbluth en Lambrechts ...* TK 2005-2006, 30417, nr.2.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2005b). *Voorstel van wet van de leden Hamer, Vergeer, Jungbluth en Lambrechts ... Memorie van toelichting*. TK 2005-2006, 30417, nr.3.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2006a). *Voorstel van wet van de leden Hamer, Vergeer, Jungbluth en Lambrechts ... Advies Raad van State en reactie van de indieners*. TK 2006-2007, 30417, nr.4.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2006b). *Voorstel van wet van de leden Hamer, Vergeer, Jungbluth en Lambrechts ... Nota van wijziging die ertoe strekt het individuele recht op toegang tot onderwijsvoorzieningen centraal te stellen*. TK 2006-2007, 30417, nr.5.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2007a). *Kabinetsformatie 2006; Brief informateur met het Coalitieakkoord 'Samen Werken, Samen Leven'*. TK 2006-2007, 30891, nr.4.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2007b). *Vragen van het lid Jasper van Dijk ...* TK 2007-2008, Kamervragen, 832.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2009). *Vragen van de leden Karabulut en Jasper van Dijk ...* TK 2008-2009, Kamervragen, 2049.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2010). *Voorstel van wet van de leden Hamer, Vergeer, Jungbluth en Lambrechts ... Verslag*. TK 2009-2010, 30417, nr.9.
- Vermeulen, B.P. (2005). De toelaatbaarheid van spreidingsbeleid en aanverwante maatregelen in het onderwijs. In S. Burri (ed.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 217-229. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Volkskrant (2009). Integratie blijft de kiezers verdelen. *19 mei 2010*.
- Zoontjens, P.J.J. (2008). Zorgplichten in het onderwijs. Ondraaglijke lichtheid of serieus geschat? *RegelMaat, 2008(4)*, 111-121.

Geraadpleegde deskundigen

Prof. dr. S. Karsten (UvA)

Mw. C. Tuitel (Besturenraad)