

De kwaliteitsnormerende functie van deugdelijkheidseisen, waarborg voor goed onderwijs

Prof. mr. D. Mentink

(emeritus-hoogleraar onderwijsrecht Erasmus Universiteit Rotterdam)

Essay geschreven in het kader van het advies van de Onderwijsraad *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*

Nr. 20120076/1003

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

Inhoudsopgave

1	Zorgplicht versus onthoudingsplicht: een aanhoudende discussie	5
2	Financiële gelijkstelling en ‘even groote deugdelijkheid’	7
3	Inhoud en vormgeving van deugdelijkheidseisen: grondwetgever en oorspronkelijke wetgever	8
3.1	Artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet: een moeizaam compromis	8
3.2	De oorspronkelijke wetgever: een vaste lijn sinds de eerste subsidiewet van 1889	9
3.3	Conclusies	11
4	Deugdelijkheidseisen en onderwijskwaliteit	13
4.1	Onderwijskwaliteit als wettelijk begrip I: de Kwaliteitswet 1998	13
4.2	Onderwijskwaliteit als wettelijk begrip II: van stimulerend toezicht naar risicogericht toezicht in de WOT van 2002	14
4.3	Conclusies	16
5	Deugdelijkheidseisen en het primaat van de wetgever	18
5.1	Artikel 23 Grondwet	18
5.2	De oorspronkelijke wetgever: delegatie toegestaan	18
5.3	Een vaste lijn voor delegatie?	20
6	Tot slot: (toekomstig) wetgevingsbeleid	22

1 Zorgplicht versus onthoudingsplicht: een aanhoudende discussie

Deugdelijkheidseisen geven uitdrukking aan de gedachte dat onderwijs een publiek belang is en dat de rijksoverheid ter realisering van goed onderwijs eisen aan de gang van zaken in zowel openbare als bijzondere scholen mag stellen. Maar wat is 'goed' onderwijs, om welke eisen zou het dan moeten gaan en waar ligt de grens als het om de vrijheid van onderwijs gaat? Wie de parlementaire geschiedenis erop naslaat, kan moeilijk anders concluderen dan dat het antwoord van de wetgever op dit soort vragen sterk tijdgebonden is. Daarbij spelen factoren een rol als maatschappelijke verlangens, onderwijskundige inzichten, onderwijspraktische ervaringen en politiek-ideologische visies op de verhouding overheid en onderwijs.

De parlementaire geschiedenis laat ook zien dat er soms weinig nieuws onder de zon is in het politieke debat over deugdelijkheidseisen, zoals over de vraag welke soort eisen gesteld dienen te worden. Een fraai voorbeeld vormt de behandeling van de subsidiewet-Mackay van 1889, het jaar waarin de rijksoverheid een begin maakte met de subsidiëring van het bijzonder lager onderwijs.¹

Volgens kabinet en de confessionele meerderheid in de Tweede Kamer mochten deugdelijkheidseisen, gegoten in de vorm van subsidievoorwaarden, niet direct de feitelijke gang van zaken in het bijzonder onderwijs raken. De nieuwe overheidseisen dienden in zo *objectief* mogelijke termen wettelijk te worden geredigeerd, zoals de subsidievoorwaarde van het verplichte vakkenpakket, het minimum aantal wekelijkse lessen of de voorwaarde dat het rooster van lessen op een zichtbare plaats in het schoollokaal opgehangen moest worden. Op deze wijze werden interpretatieproblemen voorkomen en kon de *inwendige vrijheid* van het bijzonder onderwijs het beste gewaarborgd worden. Bij dit alles moest men, volgens de 'palstaanders' van het confessioneel bijzonder onderwijs, bedenken dat de directe bemoeienis van de overheid niet altijd tot een behoorlijke ontwikkeling van het onderwijs leidde.

Voor de liberale Kamerleden ging deze visie op de subsidievoorwaarden voor het bijzonder onderwijs lang niet ver genoeg. Meer was nodig om de deugdelijkheid behoorlijk te waarborgen: er zou niet alleen naar 'uiterlijke teekenen' geoordeeld moeten worden. Zo werd bij amendement voorgesteld in het nieuwe subsidie-artikel (54bis) vast te leggen dat niet alleen onderwijs, maar *voldoend* onderwijs in de afzonderlijke vakken gegeven moest worden. Daartoe diende met name de controlerende taak van het schooltoezicht te worden aangescherpt die nader onderzoek mogelijk zou maken, zonodig ook 'naar de vruchten van het onderwijs, of de leerlingen geëxamineerd moeten worden.'²

Het amendement haalde het (uiteraard) niet. Minister Mackay sprak over een heilloze benadering, een pad vol hindernissen en struikelblokken.³ Of zoals het vooraanstaande christelijke Tweede Kamerlid De Savornin Lohman beklemtoonde: 'Ik geloof dat het toezicht in het algemeen weinig te beteekenen heeft, behalve in zoover dat het goede raad kan geven; dat de waarborg voor goed onderwijs gevonden moet worden in goede onderwijzers, in mannen die voor hun vak opkomen en dat liefhebben. Wanneer die er niet zijn, geeft het toezicht eigenlijk niets.'⁴

¹ Zie D. Mentink, *Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem*. Deventer 1989, p.53-54.

² In de woorden van Van der Kaay, eerste ondertekenaar van het amendement. Handelingen II 1888/89, p.1625 en p.1641.

³ Idem, p.1639.

⁴ Idem, p.1627.

Het zou nog ruim een eeuw duren alvorens de wetgever zich bij het opleggen van deugdelijkheidseisen ging richten op de 'vruchten' ofwel de opbrengsten van het onderwijs in het basisonderwijs. Zo ligt het moment van invoering van kerndoelen nog niet zo lang achter ons, wordt er thans dwingend gestuurd op leerresultaten van een aantal kernvakken en staat er een wetsvoorstel in de steigers tot invoering van een centrale eindtoets en van een verplicht leerling- en onderwijsvolgsysteem⁵.

Uit deze sterk uiteenlopende uitwerkingen van deugdelijkheidseisen zou men kunnen afleiden dat we hier in hoge mate te doen hebben met een juridisch onbegrensd begrip waarvan de invulling sterk afhankelijk is van het wetgevingsbeleid dat de overheid voor ogen staat. In dit hoofdstuk geven we een schets van enkele belangrijke aspecten van de grondwettelijke deugdelijkheidsnorm.⁶ Dat wordt gedaan aan de hand van de tekst van het grondwetsartikel, de bedoeling van de grondwetgever en de wijze waarop de oorspronkelijke wetgever invulling aan deze norm gaf. Deze schets laat zien dat het begrip deugdelijkheid een genoegzame oriëntatie biedt op de juridische normering van het overheidsoptreden als het gaat om het waarborgen van voldoende kwalitatief onderwijs. Dit begrip veronderstelt namelijk niet alleen een bepaalde combinatie van 'handen uit de mouwen' (zorg/waarborgplicht) en 'handen thuis' (onthoudingsplicht) van de overheid,⁷ maar geeft bovendien antwoord op de vraag wie bevoegd is eisen van deugdelijkheid te stellen: de wetgever.

⁵ Zie voor het laatstgenoemde Kamerstukken II 2010/11, 31293, nr. 89.

⁶ Zo gaan we niet in op de reikwijdte van het grondwettelijke begrip 'eisen van deugdelijkheid' in relatie tot het begrip 'bekostigingsvoorwaarden'. In de literatuur bestaat hierover geen verschil van mening meer: van een juridisch onderscheid is geen sprake. Vgl. D. Mentink en .P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*. Den Haag 2011, p.97-98.

⁷ Mentink 1989, p.206.

2 Financiële gelijkstelling en 'even groote deugdelijkheid'

Het huidige grondwetsartikel over onderwijs (artikel 23 Grondwet) dateert van 1917, het jaar waarin op grondwettelijk niveau een eind kwam aan een decennia lange politieke strijd om de financiële gelijkstelling van het bijzonder lager onderwijs ten opzichte van het openbaar lager onderwijs. Deze zogeheten onderwijspacificatie van 1917 kreeg haar wettelijke uitwerking in de Lager-onderwijswet van 1920. En daar was het eigenlijk om te doen, zoals blijkt uit de opdracht van de staatscommissie die de tekst en toelichting van zowel een nieuwe Lager-onderwijswet als een nieuw grondwetsartikel ontwierp. Haar hoofdopdracht was "wettelijke voorschriften te ontwerpen ten aanzien van de voorziening in de kosten van het openbaar en bijzonder onderwijs, waardoor de deugdelijkheid en de krachtige vooruitgang van het onderwijs der jeugd wordt verzekerd". Pas als daar overeenstemming over was bereikt, kon deze zogeheten Pacificatie- of Bevredigingscommissie 'zoonodig' een redactie voor een herziend grondwetsartikel ontwerpen "welke met deze voorschriften niet in strijd is".⁸

In deze opdrachtformulering komt het *politiek-inhoudelijke* motief tot pacificatie goed tot uitdrukking, te weten: 'de verheffing van het Nederlandse volksonderwijs' (het 'algemeen vormend lager onderwijs') door algehele verhoging van het onderwijspeil. Dat gebeurde door in de tekst van het grondwetsartikel, dat van 1848 dateerde, twee zaken met elkaar te verbinden: aan de ene kant het recht van het bijzonder onderwijs op bekostiging op gelijke voet met het openbaar onderwijs, aan de andere kant de eis van de overheid dat het te bekostigen bijzonder lager onderwijs aan 'even groote deugdelijkheid' diende te voldoen. In de memorie van toelichting op het ontwerp-wetsvoorstel voor een nieuwe Lager-onderwijswet formuleerde de Pacificatiecommissie het als volgt:

"Het bijzonder onderwijs, dat voor deze geldelijke voorziening in aanmerking zal komen, moet aan even hoge eischen van deugdelijkheid voldoen als aan het openbaar onderwijs worden gesteld. Alleen dan is verdedigbaar, dat uit de openbare kassen op deze wijze wordt geput en aan het bijzonder onderwijs de gelegenheid wordt geschonken tot bredere ontwikkeling, omdat dit deel van het volksonderwijs dan, zelfs voor een groot deel, het peil der volksontwikkeling mede bepaalt."⁹

In het grondwetsartikel is een en ander in onderling verband nauwgezet (in de nieuwe leden 5, 6 en 7) vastgelegd.

⁸ Zie Koninklijk Besluit van 31 december 1913, nr. 10 (Stcrt. 1914 nr. 1).

⁹ *Verslag der Staatscommissie voor het Onderwijs*, Den Haag 1916, p. 53.

3 Inhoud en vormgeving van deugdelijkheidseisen: grondwetgever en oorspronkelijke wetgever

3.1 Artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet: een moeizaam compromis

Uit de stukken die ons inzicht geven in de wordingsgeschiedenis van het vijfde, zesde en zevende lid van artikel 23 Grondwet blijkt dat de discussie over de nieuwe tekst zich niet concentreerde op de vraag welke functie deugdelijkheidseisen vervulden en welke eisen in welke vorm gesteld mochten worden. Daarover was men het op het niveau van de onderwijswetgeving in de periode vanaf de eerste subsidiewet-Mackay van 1889 in hoofdzaak wel eens geworden. En voor zover er over omvang, inhoud en vormgeving nog (steeds) politieke meningsverschillen waren, was dat een discussie in het kader van het debat over de regeling van een wet voor het lager onderwijs (zie verder paragraaf 3.2) De principiële strijdpunten waren van andere aard.

De beraadslagingen in de Pacificatiecommissie en in het parlement waren gericht op, wat ons onderwerp betreft, het bereiken van (tekstuele) overeenstemming over de afbakening van dat deel van de vrijheid van onderwijs waarover de overheid geen zeggenschap heeft: de *vrijheid van richting* en de bestanddelen van de inrichting van het bijzonder onderwijs die nauw met de identiteit van het bijzonder onderwijs samenhangen. Parallel daaraan was er de zeer moeizame discussie tussen de politieke voorstanders van het openbaar en die van het confessioneel bijzonder onderwijs over hoe grondwettelijk geregeld moest worden dat de eisen van deugdelijkheid voor beide takken van lager onderwijs van *gelijk niveau* zouden zijn. Ondanks dat de Pacificatiecommissie er uiteindelijk in slaagde de tekst van het huidige artikel 23 lid 5 Grondwet vijfde lid te ontwerpen, bleek dat tijdens de parlementaire beraadslagingen te weinig te zijn. De liberale voorstanders van de openbare school verlangden een veel nauwkeuriger grondwettelijke regeling en wilden de toekomstige wetgever veel beter aan banden leggen. Er dreigde zelfs aan het slot van de plenaire behandeling een volledige patstelling te ontstaan.

Minister Cort van der Linden doorbrak deze impasse door een voorstel voor een aanvullende, toelichtende tekst aan de Kamer te presenteren: het huidige artikel 23 lid 6 Grondwet, waarin is vastgelegd dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs *even afdoende* wordt gewaarborgd. Tevens werd nu in de laatste volzin van dit nieuwe artikellid nauwkeurig bepaald waar volgens de grondwetgever het grensgebied van de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs ligt. Uitgesloten werd een wettelijke regeling inzake de *'keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers'*. In het oog springt daarbij de formulering van *'met name'*, een toevoeging die op voorstel van de christelijke voorman De Savornin Lohman (en voormalig vice-voorzitter van de Pacificatie-commissie) tot stand kwam. Op deze wijze werd voorkomen dat de wetgever voor het interpretatieprobleem kwam te staan of het al dan niet om een limitatieve of enuntiatieve opsomming van inrichtingselementen ging in verband met de vrijheid van richting.¹⁰

Daar het laatstgenoemde werd bedoeld, heeft de overheid een zekere beleidsvrijheid andere elementen als *'richtingbepalend'* te kwalificeren en buiten het gebied van de deugdelijkheidseisen te plaatsen. Dat is geen onderwijsconstitutionele theorie. In het geldende onderwijsrecht betreft dat

¹⁰ Ontleend aan Mentink 1989, p.83-104.

de toelatingsvrijheid van het bijzonder onderwijs, aangemerkt als een autonome bevoegdheid van de schoolbesturen in hun hoedanigheid van drager van de onderwijsvrijheid.¹¹

Daarnaast waren er de al in het grondwetsartikel van 1848 beschreven *algemene deugdelijkheidseisen* voor het al dan niet uit de openbare kas bekostigde bijzonder onderwijs. Het zijn de eisen in het huidige artikel 23 lid 2 Grondwet over het toezicht en de bekwaamheid en zedelijkheid 'van hen die onderwijs geven'. Daarover werd in 1917 nauwelijks of niet gesproken. Over het grote belang ervan – en vooral over het belang van de professional voor de klas – bestond grote eensgezindheid. Treffend zijn de woorden minister Cort van der Linden, uitgesproken tijdens het parlementaire debat over het grondwetartikel:

“...ik acht het niet alleen van belang, maar ook een plicht der Overheid om waarborgen te stellen, dat inderdaad het peil van het onderwijs hoog genoeg is. Het voorgestelde artikel eischt dan ook te recht die waarborgen. Maar nu wensch ik er op te wijzen, dat de twee grootste waarborgen, die de Grondwet kan geven, zijn het toezicht der Overheid en het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid der onderwijzers. Daarin, en niet in de speciale voorschriften liggen de grootste waarborgen der deugdelijkheid, want met bekwame onderwijzers en een goed toezicht is het moeilijk om slecht onderwijs te geven, even moeilijk bijna als om goed onderwijs te geven met slecht toezicht en slechte onderwijzers. Indien men het peil van het onderwijs wil verheffen moet men dus in de eerste plaats zorgen voor een goede opleiding der onderwijzers.”¹²

3.2 De oorspronkelijke wetgever: een vaste lijn sinds de eerste subsidiewet van 1889

Het vijfde lid van artikel 23 Grondwet bepaalt dat de eisen van deugdelijkheid bij wet worden geregeld. De tekst laat aldus – anders dan in het tweede lid – in het midden welke eisen de wetgever bovenop die over het toezicht en de bekwaamheid en zedelijkheid van onderwijsgevendend moet stellen. Die keuze wordt aan de competentie en het inzicht van de wetgever overgelaten.

Bij de beraadslagingen over de nieuwe Lager-onderwijswet (van 1920) sloegen Pacificatiecommissie en parlement geen andere weg in ten aanzien van inhoud en vormgeving van deugdelijkheidseisen. De wettelijke systematiek die bij de subsidiewet-Mackay van 1889 werd ingevoerd, bleef uitgangspunt en het systeem van soorten deugdelijkheidseisen werd onverminderd gehandhaafd. Met andere woorden, geheel overheersend in wetgevingsbeleid bleef de voorkeur voor het stellen van *input- en proceseisen* aan de inrichting van het schoolonderwijs, en wel in de vorm van uiterlijke, objectief te controleren waarborgen voor goed onderwijs (zoals de verplichte vakken, het aantal te geven uren, bevoegdheidseisen). Deze waarborgen hadden betrekking op de inrichting van het (bijzonder) onderwijs in de meest ruime zin van het woord. Uit 1889 dateerden onder meer de vereisten inzake de juridische vormgeving van de bijzondere school (de eis van rechtspersoonlijkheid, zonder winstoogmerk), de organisatie van het onderwijs (aanwezigheid van een lesrooster), de professionele inzet (het aantal onderwijzers per leerling) en de inhoud van het onderwijs (de verplichte vakken).¹³

Hoe ruim het begrip 'inrichting van het onderwijs' door de oorspronkelijke wetgever werd verstaan, blijkt vooral ook uit de behandeling van de subsidiewet-Goeman Borgesius van 1901. Deze wet verhoogde de rijkssubsidie aan het bijzonder onderwijs ter verbetering van de salarissen van de leerkrachten en ter tegemoetkoming in de kosten voor de inrichting van schoollokalen (wet van 24 juni 1901, Stb. 187). De minimumeisen voor het waarborgen van 'degelijk' onderwijs hadden in dit geval betrekking op de

¹¹ Vgl. Onderwijsraad 2002, p.59-61.

¹² J.B. Kan, *Handelingen over de herziening der Grondwet. Deel II*. Den Haag 1917, p.568.

¹³ Zie artikel 54bis van de subsidiewet-Mackay 1889 en de artikelen 89 en 90 van de Lager-onderwijswet 1920.

kwaliteit van het schoolgebouw en de lokalen waar leerlingen les kregen, waaronder: 'de minimale lichamelijke inhoud van elk schoolvertrek' in aantal kubieke meters voor iedere leerling, de aanwezigheid van 'voldoende middelen tot verwarming en luchtverversing' en de aanwezigheid per schoolgebouw van 'een voldoende aantal privaten (...) en zo jongens ter school gaan, bovendien een voldoende aantal waterplaatsen'. Nadere voorschriften konden bij AMvB (Algemene Maatregel van Bestuur) worden gesteld. In de parlementaire beraadslagingen over deze wet leverde deze invulling van het (ruime) begrip deugdelijkheid nauwelijks of geen reactie op.

Voor genoemd voorbeeld uit 1901 is naast de zeer ruime opvatting over inrichting en deugdelijkheid van de oorspronkelijke wetgever nog om een andere reden de moeite van het vermelden waard. In zijn bijdrage aan de kosten van het bijzonder onderwijs maakte de wetgever gebruik van een figuur die als een *indirecte deugdelijkheidseis* gekwalificeerd kan worden.

Wat was het geval? De wetgever beperkte de (oplopende) rijksbijdrage tot een omvang van maximum 530 leerlingen en meer. Dat gebeurde niet uit het oogpunt van doelmatigheid of kostenbeheersing, maar om onderwijskundige redenen. In de onderwijspolitiek was algemeen aanvaard dat een school aan een maximum aantal leerlingen gebonden moest worden om goed onderwijs te kunnen verzorgen. Al in 1878 werd voor het openbaar onderwijs een bovengrens van 400 leerlingen gehanteerd. Hoewel in 1886 die grens naar 600 leerlingen werd opgetrokken, liet de regering zich in 1920 door een Kamermeerderheid overtuigen de getalsmatige bovengrens weer in principe¹⁴ – maar dan voor zowel het openbaar als bekostigde bijzonder onderwijs – op 400 leerlingen vast te stellen. Voorkomen moest worden dat 'grote scholen hun karakter van paedagogische opvoedingsinstituut' zouden verliezen of dat er 'schoolkazer-nes' zouden ontstaan.¹⁵

Terug naar de parlementaire beraadslagingen over de Lager-onderwijswet 1920. Het debat concentreerde zich vooral op de meer principiële zaken waar al geruime tijd discussie tussen 'rechts' (confessionelen) en 'links' (niet-confessionelen) over bestond. Zo werd ter linkerzijde opnieuw aangedrongen om de deugdelijkheidseisen meer af te stemmen op de voorschriften voor het openbaar onderwijs; wéér kwam er kritiek op de te lichte eisen ten aanzien van de vaststelling van het leerplan en de benoeming van onderwijzers. Ter rechterzijde werd echter opnieuw aangedrongen op een zo min mogelijke overheidsbemoeienis in verband met 'het wezen van de vrije school'.¹⁶ Het *leerplan* speelde daarbij al jaren een hoofdrol, als het ware het ankerpunt van het geven van onderwijs. Dat ging overigens bij de behandeling van de wet-Kuyper van 1905 zo ver dat De Savornin Lohman als *essentialia* van de inrichtingsvrijheid beschouwde: 'de keuze van de onderwijzers, van de boeken, van de inrichting van het leerplan'.¹⁷ Bij de behandeling van de Lager-onderwijswet 1920 liet de regering weinig ruimte gezien het eerder bereikte compromis in de Pacificatie-commissie:

"Goedkeuring van het leerplan der bijzondere school acht ondergetekende eene al te groote vrijheidsbeperking van de schoolbesturen. Bovendien zou uit een dergelijk voorschrift geheel misplaatst wanstouwen spreken in het streven dier besturen om het onderwijs zo deugdelijk mogelijk in te richten."

En: "De bepaling van het 7de lid is in dezen zin gewijzigd, dat de benoeming der onderwijzers geschiedt *na* overleg met den inspecteur. Dit overleg heeft slechts het karakter van raadpleging. Het laat de

¹⁴ "...tenzij Wij hiertoe om bijzondere redenen vergunning hebben verleend" (art. 8 L.O.-wet 1920).

¹⁵ Zie o.a. Kamerstukken II 1919/20, 86, nr.3. p.133 en nr.5, p.169. In 1923 verdween deze bovengrens weer uit de wet omdat de ervaring leerde dat te grote scholen praktisch niet werden opgericht.

¹⁶ Voorlopig Verslag, Kamerstukken II 1919/20, B86, nr.3, p.125.

¹⁷ Handelingen II 1904/1905, p.1554.

bevoegdheid van het schoolbestuur om zelfstandig te beslissen inzake de benoeming onaangetast. Bij afwijkende meening zal de inspecteur in die beslissing hebben te berusten.”¹⁸

Aldus was er bij de benoeming van een leerkracht in het bijzonder lager onderwijs sprake van de zwakste vorm van voorafgaand, preventief negatief toezicht die het opleggen van een bekostigings-sanctie volstrekt theoretisch maakte. Bij de goedkeuring van het leerplan was er de opvallende constructie dat waar de Inspectie strijd met de wet aanwezig achtte, de Inspectie noch de minister besliste. Die bevoegdheid was voorbehouden aan de (nieuwe) Onderwijsraad als geschilbeslechtend pacificatieorgaan.

Daarnaast waren er de bekende discussies over allerlei concrete inrichtingsaangelegenheden, gevoed door *onderwijskundige argumenten en ervaringen uit de onderwijspraktijk*.

Twee voorbeelden. Diende het vak handenarbeid als een nieuwe deugdelijkheidseis te worden voorgeschreven? Waren er geen voldoende redenen om de duur van de vakanties te regelen? Wat het eerstgenoemde betreft voelde een Kamermeerderheid niets voor een dergelijke door de regering voorgestelde verplichting. Aan het nut van dit vak werd getwijfeld en bovendien diende een verdere *overlading* van het verplichte vakkenaanbod voorkomen te worden. Om het in de woorden van het sociaal-democratische Tweede Kamerlid Gerhard te zeggen: “De lagere school is Manusje-van-alles (...) Men beschouwt de kinderen als willige vaatjes, waarin men maar te gieten heeft.”¹⁹

Wat de duur van de vakanties betreft moest er volgens de regering een einde komen aan de onbeperkte vrijheid om deze door de schoolbesturen te laten bepalen. Van die vrijheid werd misbruik gemaakt. Daarom “is het noodig in de wet een waarborg te eischen dat het onderwijs gedurende een minimum aantal normale schoolweken wordt gegeven.” Rekende men de zomervakantie op ten hoogste zes weken en de resterende drie vakanties op totaal ook zes weken, dan “blijkt een minimum van 40 schoolweken geen al te strenge eisch te zijn.”²⁰ Dat was ook het oordeel van de wetgever (art. 89 lid 1 Lageronderwijswet 1920).

3.3 Conclusies

Wat valt over inhoud en vormgeving van deugdelijkheidseisen op basis van de totstandkoming van onderwijspacificatie en de tekst van het grondwetsartikel te concluderen? In vijf punten samengevat het volgende.

- Deugdelijkheidseisen vervullen in de verhouding overheid en onderwijs een kwaliteitsnormerende functie met betrekking tot de gang van zaken in de school in zeer ruime zin. Het zijn verplichtingen die aan het bekostigde onderwijs worden opgelegd, met het doel een voldoende kwaliteit van de onderwijsinrichting en het functioneren van de school te waarborgen.
- Aan de niet-naleving van deugdelijkheidseisen waren bekostigings sancties verbonden. In sommige gevallen, waar de vrijheid van onderwijs zich in sterke mate manifesteerde (benoeming leerkrachten en goedkeuring leerplan), was dat gezien de wettelijke voorwaarden louter theorie.

¹⁸ Memorie van antwoord, Kamerstukken 1919/20, 86, nr.5, p.175-176. Zie artikel 89 lid 6 L.O.-wet 1920 voor de benoemingseis.

¹⁹ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1918/19, 428, nr.3, p.29-30; Voorlopig Verslag, Kamerstukken II 1919/20, 86, nr.3, p.127; Handelingen II 1919/20, p.2009. Zie het definitieve artikel 2 van de Lageronderwijswet 1920 (aldaar onder *r* van de facultatieve vakken).

²⁰ Memorie van antwoord, p.176.

- De grondwetgever liet bewust in het midden om welke (soort) deugdelijkheidseisen voor het bekostigde onderwijs het zou moeten gaan. Dat was een zaak van wetgevingsbeleid. De tekst van artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet brengt dat tot uitdrukking. Aldus is de in deze artikelen vastgelegde grondwettelijke deugdelijkheidsnorm niet dwingend naar vorm en inhoud van te stellen deugdelijkheidseisen. Wel inhoudsspecifiek is deze norm in het tweede artikellid: de eisen aan het niet-bekostigde bijzonder onderwijs inzake het toezicht en de bekwaamheid en zedelijkheid van onderwijsgeevenden.
- De eisen die de oorspronkelijke wetgever stelde, raakten niet direct het feitelijk functioneren van het onderwijs. Hoewel zij uitsluitend betrekking hadden op de uiterlijke conditionering van het onderwijs, werden deze bij elkaar voldoende geacht voor het waarborgen van de goede gang van zaken van het bekostigde (bijzonder) onderwijs. Daarbij vond, afhankelijk van de mate van bekostiging, er een uitbreiding plaats van het aantal objecten van deugdelijkheid. Hoe meer bekostiging uit de openbare kas, hoe meer zekerheid voor voldoende kwalitatief onderwijs de wetgever verlangde.²¹ Bij de vraag wat voldoende waarborgen voor deugdelijk onderwijs waren, speelden praktische overwegingen en opvattingen van onderwijskundige aard een belangrijke rol. Daarbij bestond er een lange traditie de vereisten in de vorm van uiterlijke, objectief te controleren waarborgen te gieten. Dat was niet alleen doelmatig, maar sloot ook geheel aan bij het grote vertrouwen in met name de onderwijsgevende. Deze vormgeving leverde ook de minst mogelijke problemen op ten aanzien van het te bekostigen bijzonder onderwijs bij het toezicht op de naleving van deugdelijkheidseisen.
- Deugdelijkheidseisen zijn aan een duidelijke juridische normering gebonden als het de begrenzing van de overheidsbevoegdheid betreft. Allereerst is er sprake van een *materiële ondergrens* van overheidsoptreden. Deze betreft de identiteit ofwel de richting van het bijzonder onderwijs. Deugdelijkheidseisen vallen buiten de 'inwendige' huishouding van de bijzondere school. De grondwetgever heeft daarover in het zesde artikellid de nodige duidelijkheid gegeven. Het grensvlak is echter niet ononderbroken afgepaald als het om richtinggevoelige elementen van de inrichtingsvrijheid gaat. De term 'met name' geeft beleidsruimte voor de wetgever in de zin van meer of minder 'handen thuis'. Voorts is er sprake van een *formele ondergrens*. Oorspronkelijke wetgever en grondwetgever gingen ervan uit dat de wetgever niet royaal met haar bevoegdheid moest omspringen om inbreuk te maken op de vrijheid van inrichting. Deugdelijkheidseisen werden als minimeisen aangemerkt. De oorspronkelijke wetgever was zich daarbij bewust dat de opvattingen daarover in de onderwijspolitiek uiteenliepen en in de tijd konden verschuiven (vgl. de discussie over het leerplan en de schoolgrootte). De bewijslast lag echter bij de wetgever.

²¹ Mentink 1989, p.110-111.

4 Deugdelijkheidseisen en onderwijskwaliteit

In het voorgaande is geschetst dat deugdelijkheidseisen alles te maken hebben met de kwaliteit van het onderwijs in ruime zin, specifiek vanuit de verantwoordelijkheid van de rijksoverheid voor een goed functionerend stelsel van onderwijsvoorzieningen. Op basis van artikel 23 lid 2, 5 en 6 Grondwet is de wetgever bevoegd minimumeisen aan het te bekostigen bijzonder onderwijs te stellen om een zekere kwaliteit van de school te waarborgen. Zonder die garantie voor kwaliteit is er geen bekostiging en zonder volledige bekostiging is er geen garantie dat het bijzonder onderwijs eenzelfde peil van 'voortreffelijkheid' als het openbaar onderwijs zal bereiken, aldus het compromis bij de onderwijspacificatie. Maar verder dan het aanhouden van een ondergrens van regeling mag de overheid, gezien de vrijheid van onderwijs, niet gaan. Daarboven is er de inrichtingsvrijheid en heeft het schoolbestuur alle ruimte eigen beleid te voeren en andere en hogere eisen aan de kwaliteit van zijn onderwijs te verbinden.

4.1 Onderwijskwaliteit als wettelijk begrip I: de Kwaliteitswet 1998

Dit onderscheid tussen 'deugdelijkheid' en 'kwaliteit' – in termen van onderscheiden verantwoordelijkheden tussen overheid en onderwijs – treffen we voor het eerst aan in de onderwijswetgeving aan het einde van de vorige eeuw. Dat is in de zogeheten Kwaliteitswet van 1998.²² Als voorbeeld dient het basisonderwijs (nieuw artikel 10a, thans artikel 10 WPO, de Wet op het primair onderwijs).

Artikel 10a: Kwaliteit onderwijs

Het bevoegd gezag draagt zorg voor de kwaliteit van het onderwijs op de school. Onder zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs wordt in elk geval verstaan: het uitvoeren van het in het schoolplan, bedoeld in artikel 11, beschreven beleid op een zodanige wijze dat de wettelijke opdrachten voor het onderwijs en de door het bevoegd gezag in het schoolplan opgenomen eigen opdrachten voor het onderwijs worden gerealiseerd.

In de toelichting op dit artikel beklemtoonde de regering dat het begrip kwaliteit van bredere strekking is dan de in de wet verankerde deugdelijkheid van het onderwijs. Het bevoegd gezag benadert dit begrip vanuit haar eigen specifieke verantwoordelijkheid en onderwijsomstandigheden.

Voor de school heeft kwaliteit betrekking op de mate waarin zij haar doelen weet te bereiken. Daarbij gaat het om het geheel van de opdrachten die de school zichzelf stelt. Opdrachten die in de wet zijn vastgesteld, maken daar onderdeel van uit. Daarnaast kan het gaan om opdrachten die voortvloeien uit de grondslag van de school, een bepaalde pedagogische visie of didactische aanpak. In het kwaliteitsbeleid dat de school voert, zal zij aandacht schenken aan dit geheel van opdrachten. In het schoolplan maakt zij dit schoolbeleid expliciet, in de schoolgids legt zij er verantwoording over af naar de ouders en leerlingen. De inhoudelijke keuzes die de school maakt bij het bepalen van haar opdrachten zijn niet aan het oordeel van de Inspectie onderworpen. Wel kan de Inspectie beoordelen of de school een deugdelijk kwaliteitsbeleid voert met betrekking tot die opdrachten.²³

²² Wet van 18 juni 1998 (Stb. 398) tot wijziging van o.a. de Wet op het basisonderwijs in verband met onder meer de invoering van het schoolplan, de schoolgids en klachtrecht.

²³ Kamerstukken II 1997/98, 25259, nr.5, p.5.

De Inspectie blijft hier inhoudelijk op afstand voor zover er géén deugdelijkheidseisen aan de orde zijn. Aan de andere kant benadrukte de regering dat de Inspectie onverminderd betrokken bleef bij de interpretatie van het begrip onderwijskwaliteit in het kader van haar *evaluatietaak*. Een taak die alles te doen heeft met het in artikel 23 lid 8 Grondwet neergelegde en al uit 1814 daterende voorschrift dat de regering jaarlijks van de staat van het onderwijs verslag doet aan de Staten-Generaal. Aldus geen evaluatie van de kwaliteit op het niveau van de individuele school:

"Bij deze taak staat niet de vraag centraal of de scholen zich aan de wet houden, maar of het onderwijs in dit land zich naar tevredenheid ontwikkelt. Om die redenen worden voor wat betreft de evaluatie bredere maatstaven gehanteerd dan in de wet- en regelgeving zijn vastgelegd."²⁴

4.2 Onderwijskwaliteit als wettelijk begrip II: van stimulerend toezicht naar risicogericht toezicht in de WOT van 2002

In de daarop volgende jaren ontwikkelde zich in hoog tempo een onderwijsbeleid waarbij de Inspectie steeds meer betrokken raakte bij de kwaliteit van de individuele school. Op het niveau van wetgeving culmineerde deze ontwikkeling zich in de WOT (Wet op het onderwijstoezicht) uit 2002,²⁵ waarin als nieuwe taak van de Inspectie werd vastgelegd: "het beoordelen van de kwaliteit van het onderwijs op basis van het verrichten van onderzoek naar de naleving van de bij of krachtens een onderwijs gegeven voorschriften en naar andere aspecten van kwaliteit" (artikel 3 lid 2 onder a). Tot die *andere aspecten van kwaliteit* rekent de wetgever zowel de opbrengsten van het onderwijs (in de zin van leerresultaten en de voortgang in de ontwikkeling van leerlingen) als de inrichting van het onderwijsleerproces (met aspecten als de leertijd, het pedagogisch klimaat, het schoolklimaat en de leerlingenzorg).²⁶

Deze uitgebreide taakstelling van de Inspectie werd getypeerd als *stimulerend toezicht*, een term die aansluiting vindt bij de klassieke stimuleringstaak die de Inspectie naast haar controlerende taak en evaluatietaak (met het oog op het onderwijsverslag) al vanaf het begin van de negentiende eeuw uitoefende.²⁷ Bij de stimulerende taak is de onderwijskundige professionaliteit van de Inspectie uitgangspunt: doel is het bevorderen van de ontwikkeling op schoolniveau door gevraagd of ongevraagd de school te adviseren hoe het onderwijs te vernieuwen en te verbeteren. Met het oog op het juridische karakter van het stimulerend toezicht merkte de regering op:

"Ten aanzien van het stimulerend toezicht op basis van kwaliteitsaspecten is van groot belang dat kwaliteitsaspecten geen normen zijn die zich tot de scholen richten; het zijn instructies ten behoeve van het inspectietoezicht. Het is niet zo dat het voldoen aan deze aspecten (voorzover daarvan kan worden gesproken gelet op het karakter ervan) een voorwaarde voor bekostiging is."²⁸

Maar hoe keek de Inspectie daar zelf tegen aan? Denkbaar is immers dat de uitvoerende instantie van de wet haar eigen uitleg aan tekst en bedoeling van de wet geeft. Informatie geeft het in 2008 verschenen rapport van de parlementaire commissie-Dijsselbloem over de ingrijpende vernieuwingen in het voortgezet onderwijs vanaf het begin van de jaren negentig. De geïnterviewde

²⁴ Idem, p.5-6 en verder p.17.

²⁵ Wet van 20 juni 2002 (Stb. 387).

²⁶ Thans artikel 11 lid 2 WOT.

²⁷ In het begin van de negentiende eeuw was het stimuleren en verspreiden van onderwijskundige inzichten en vernieuwingen zelfs de belangrijkste functie van de Inspectie. Bij de totstandkoming van de eerste nationale schoolwet van 1801 benoemde de rijksoverheid bekende onderwijsvernieuwers tot schoolopzieners. Hun hoofdtak was door middel van schoolbezoek onderwijsgeveden aan te moedigen 'meer en meer nuttig te worden'.

²⁸ Kamerstukken II 2001/02, 27783, nr.5, p.2.

toenmalig inspecteur-generaal Mertens zag de nieuwe rol van de Inspectie in de WOT niet verder gaan dan de scholen 'een spiegel voorhouden'. Of zoals hij naar voren bracht:

"In principe legt de WOT de scholen niets anders op dan wat in de algemene wet- en regelgeving voor het onderwijs is bepaald. De WOT is ook geen wet die invloed uitoefent op scholen, het is een wet die als doel heeft de inspectie te disciplineren. In de WOT is bepaald welke gezichtspunten de inspectie in de kwaliteitsdefinitie mag meenemen. De conclusies die de inspectie op die punten trekt zij qua opvolging vrijblijvend voor de scholen. De inspectie mag dienen te zeggen over het pedagogisch klimaat, maar de conclusies die de inspectie daarover trekt zijn niet verplichtend voor de school. Het is een bijdrage aan het debat in de school, om de stevigheid van de onderwijskundige opvattingen van de school in kwestie te leggen naast de opvattingen die de inspectie heeft."²⁹

De toezichtpraktijk liet echter een andere kant zien. Aan de hand van het nieuwe toezichtskader ging de Inspectie scholen steeds nauwgezet langs de overheidsmeetlat van minimumkwaliteit ('basiskwaliteit') leggen. Daaraan konden zij zich niet onttrekken. De Inspectie verbond aan haar beoordeling nu bovendien kwalificaties als 'zwakke' of 'zeer zwakke' scholen, die werden gepubliceerd en die verbeteringsverplichtingen met zich meebrachten.

Voor de laatste tijd heeft de overheid haar greep op de bedoelde kwaliteit van het onderwijs verstevigd. Twee belangrijke ontwikkelingen op het niveau van de wetgever zijn de volgende.

Allereerst kwam in 2010 de Wet goed onderwijs en bestuur tot stand. Hierin hebben de in de WOT bedoelde 'leerresultaten' op het gebied van Nederlandse taal, rekenen en wiskunde de onderwijs-juridische status van deugdelijkheidseisen verworven.³⁰ De gekozen constructie is nieuw: de minimumnormering komt tot stand in vergelijking tot de leerresultaten over dezelfde school-jaren van scholen met een vergelijkbaar leerlingenbestand (tweede artikellid onder a). Dat is opmerkelijk daar deze constructie van een deugdelijkheidseis bij de totstandkoming van de WOT niet alleen uitgesloten werd geacht, maar zelfs als argument werd gebruikt om een aanvullend systeem van 'andere aspecten van kwaliteit' in het leven te roepen! In de memorie van toelichting valt daarover te lezen:³¹

"Bij deugdelijkheidseisen gaat het om objectieve criteria die voor alle instellingen gelijkelijk gelden. Het betreft kaders (eisen aan leraren, organisatie, schooltijden en dergelijke) en inhoudelijke opdrachten (kerndoelen, soms ook proceskenmerken) waaraan elke instelling in een bepaalde onderwijssector moet voldoen. Dat een instelling aan de desbetreffende wettelijke voorschriften voldoet, geeft aan dat het onderwijs een zekere basiskwaliteit heeft, maar biedt nog geen waarborg dat er een kwaliteit wordt aangeboden die – in vergelijking met andere instellingen – van de desbetreffende instelling mag worden verwacht. In de vorige eeuw was de veronderstelling dat naleving van het systeem van deugdelijkheidseisen als vanzelf kwalitatief goed onderwijs op individuele scholen zou opleveren. Als nu onder 'goed onderwijs' wordt verstaan onderwijs waarmee de instelling, gegeven het beginniveau van leerlingen of deelnemers, het best mogelijke resultaat bereikt, is de veronderstelling dat het systeem van deugdelijkheidseisen dat garandeert, geen realiteit meer."

Uit dit citaat blijkt dat de regering zich oriënteert op de klassiek wettelijke vormgeving van deugdelijkheidseisen en niet op de open grondwettelijke deugdelijkheidsnorm in artikel 23 lid 5 en 6 Grondwet, die alle wettelijke ruimte voor de gewenste soorten eisen voor 'goed onderwijs' ofwel 'basiskwaliteit' (in de zin van de WOT) biedt.

²⁹ Eindrapport *Tijd voor kwaliteit*, Kamerstukken II 2007/08, 31007, nr. 6, p. 126.

³⁰ Wet van 4 februari 2010 (Stb. 80). Zie voor het basisonderwijs artikel 10a WPO.

³¹ Kamerstukken II 2000/01, 27783, nr. 3, p. 10-11. Zie ook het eindrapport van de commissie-Dijsselbloem 2008, p.125.

Een tweede belangrijke ontwikkeling betreft het wetsontwerp tot wijziging van de WOT gericht op een wijziging en versterking van de rol van de Inspectie bij het toezichtsproces.³² In dit voorstel, dat thans in de Eerste Kamer ligt, is het *stimulerend toezicht* van de Inspectie vervangen door het zogeheten *risicogerichte toezicht*. Het gaat hier om op optreden dat gebaseerd is op de verantwoordingsdocumenten van de onderwijsinstelling en niet meer op de huidige in de WOT vastgelegde zelfevaluatie. Volgens de regering is het niet meer dan een codificatie van de huidige praktijk.³³

De nieuwe rol van de Inspectie blijkt vooral uit de tekst van de gewijzigde artikelen 11 en 12 inclusief hun nieuwe opschriften: artikel 11 van 'Periodiek kwaliteitsonderzoek' in 'Regulier onderzoek basisonderwijs...' en artikel 12 van 'Aansluiting bij zelfevaluatie instelling' in 'Toezicht op basis van verantwoording'. Ter vergelijking artikel 12:

Oud artikel 12 lid 1

1. De inspectie gaat bij een onderzoek als bedoeld in artikel 11, tweede of derde lid, uit van de uitkomsten van een evaluatie van de kwaliteit door of vanwege de instelling, waaronder worden verstaan de uitkomsten van het beleid met betrekking tot de bewaking en verbetering van de kwaliteit van het onderwijs door of vanwege de instelling als bedoeld in artikel 12, eerste lid, van de Wet op het primair onderwijs... (= schoolplan).

Nieuw artikel 12 lid

1. De inspectie gaat bij een onderzoek als bedoeld in artikel 11, eerste lid, uit van de openbare verantwoordingsinformatie over de resultaten en de kwaliteit van het onderwijs, de financiële situatie van de instelling en de wijze waarop de professionaliteit van de instelling en het bestuur is gewaarborgd.

Vergelijking van beide teksten laat in het bijzonder zien hoezeer het verticaal toezicht in sterkte is toegenomen ten koste van het eigen kwaliteitsbeleid van de school. Zo is voor het basisonderwijs de koppeling met artikel 12 van de WPO uit de wettekst gehaald en is daarmee ook de directe band naar artikel 10 en bedoeling van de Kwaliteitswet 1998 doorsneden (zie paragraaf 4.1).

4.3 Conclusies

De volgende conclusies zijn te trekken.

- Al ruim een decennium is op het niveau van wetgeving een ontwikkeling gaande die zichtbaar maakt dat de rijksoverheid zich zorgen maakt over de kwaliteit van het onderwijs. Hoewel 'kwaliteit' een omvattend en voor allerlei invulling vatbaar begrip is, wil de rijksoverheid vooral beter greep krijgen op de feitelijke situatie van scholen om daarmee een zekere basiskwaliteit qua opbrengsten en schoolprestaties van leerlingen te garanderen. Het belangrijkste instrument dat de rijksoverheid bij de uitvoering van dit onderwijsbeleid inzet is de Inspectie. Bij die toenemende overheidszorg past een versterking van de positie van de Inspectie en een uitbouw van het toezichtskader. Het einde van die ontwikkeling is nog niet in zicht.
- Om meer greep te krijgen op de voornoemde feitelijke basiskwaliteit van individuele scholen is met de WOT een systeem van 'andere aspecten van kwaliteit' geïntroduceerd, ter aanvulling op de geldende deugdelijkheidseisen in de sectorwetten. Het (juridisch) argument om daartoe over te gaan treft geen doel. Niet is in te zien dat de in leden 5 en 6 van artikel 23 Grondwet neergelegde deugdelijkheidsnorm onvoldoende ruimte biedt voor een invulling die met de WOT is beoogd. Dat de wetgever rond de onderwijspacificatie en

³² Kamerstukken II 2009/10, 32193, nrs 1-3.

³³ Kamerstukken II 2009/10, 32193, p.6 en p.19-20.

daarna een vorm en inhoud aan deugdelijkheidseisen heeft gegeven die niet meer bij hedendaagse opvattingen over deugdelijkheid en kwaliteit aansluiten, doet daar niet aan af. De grondwetgever van 1917 heeft bewust voor een open, door de toekomstige wetgever in te vullen norm gekozen. Daar komt nog bij dat de wetgever in de Wet goed onderwijs en goed bestuur uit 2010 de in 2002 door de regering niet mogelijk geachte constructie voor minimumleerresultaten bij deugdelijkheidseisen nu wel in de vorm van een deugdelijkheids-eis heeft gegoten.

- De in de WOT gekozen constructie is uit het oogpunt van een transparante overheid ongewenst. Door de wijze waarop de Inspectie scholen op de 'andere aspecten van kwaliteit' beoordeelt, door de openbaarheid van haar bevindingen en door de toenemende versterking van haar positie (nu straks ook met een zekere mandaatsverlening bij het inhouden of opschorten van de bekostiging), fungeren de betreffende kwaliteitseisen de facto als deugdelijkheidseisen.³⁴ Uit het gezichtsveld van de scholen zijn er nauwelijks of geen verschillen tussen de eigenlijke deugdelijkheidseisen en de nieuwe pseudo-deugdelijkheidseisen. De feitelijke gebondenheid van de laatstgenoemde ('müssen') is als *even knellend* te zien als de juridische gebondenheid van de eerstgenoemde ('sollen').³⁵ Zo worden scholen die als 'zeer zwakke scholen' worden aangemerkt onder verscherpt toezicht geplaatst en worden afspraken met een verplichtend karakter over een verbeteringstraject gemaakt. Daarnaast kan een oordeel over onvoldoende kwaliteit tot het directe gevolg leiden dat het aantal leerlingen snel vermindert en de school tot sluiting gedwongen wordt.

³⁴ Zie D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*. Den Haag 2011, p. 77.

³⁵ Meer over deze twee soorten 'moeten' en de *glijdende schaal* van verplichtingen in: F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd* (proefschrift VU). Deventer 1996, p.76-85. Zie ook de tweede conclusie in paragraaf 3.3.

5 Deugdelijkheidseisen en het primaat van de wetgever

5.1 Artikel 23 Grondwet

Tot het vaststellen van deugdelijkheidseisen is uitsluitend de wetgever bevoegd. Of zoals artikel 23 lid 5 Grondwet bepaalt: “de eisen van deugdelijkheid aan het geheel of ten delen uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld...” Dit competentievoorschrift laat echter in het midden wat precies van de wetgever wordt verlangd en in hoeverre hij zijn regelingsbevoegd kan overdragen aan een bestuursorgaan in hetzelfde overheidsverband (*horizontale delegatie* aan Kroon of minister: AMvB of ministeriële regeling) ofwel aan een orgaan in een ander overheidsverband (*verticale delegatie* aan met name de gemeenteraad: gemeentelijke verordening). Op basis van de tekst van artikel 23 Grondwet blijft de vraag staan of een vorm van *gelede normstelling* toelaatbaar is. Anders dan bij de andere grondrechtbepalingen is de bij de grondwetsherziening van 1983 ingevoerde beperkings- en delegatiesystematiek *niet* van toepassing op het onderwijsartikel. Als enige grondrechtbepaling bleef artikel 23 – vanwege politiek-ideologische onenigheid over onder meer de mogelijkheid van verticale delegatie – ongewijzigd. Of en in welke mate delegatie geoorloofd is, zal vooral uit de wetgevingstraditie afgeleid moeten worden.³⁶ De grondwetgever van 1917 sloot zich geheel bij de opvatting van de wetgever in die tijd aan.

5.2 De oorspronkelijke wetgever: delegatie toegestaan

De oorspronkelijke wetgever rekende de regeling van deugdelijkheidseisen tot zijn exclusieve bevoegdheid. Democratische legitimatie en vereisten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid waren daarbij leidend, en vooral in een tijd waarin de politieke schoolstrijd speelde en die strijd slechts in het parlement beslecht kon worden. Maar de wetgever hoefde niet alles te regelen; dat was afhankelijk van de materie. In voorkomende gevallen werd van de figuur van horizontale delegatie gebruikgemaakt. In een enkel geval werd zelfs aan een decentrale regeling gedacht.

Zo stelde de Pacificatiecommissie voor de besluiten van de gemeenteraad over de toelatingsleeftijd van kinderen voor een lagere school aan de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te onderwerpen. Dit voorstel werd ingegeven door de gedachte dat er ruimte moest zijn om met ‘plaatselijke omstandigheden’ rekening te houden, in het bijzonder op het gebied van het bewaarschoolonderwijs. Ontbrak deze vorm van onderwijs, dan moest het mogelijk zijn om kinderen jonger dan zes jaar naar de lagere school te sturen.³⁷ In de Lager-onderwijswet van 1920 werd het voorstel omgebogen tot een door de rijkswetgever vast te stellen regeling (‘Wij bepalen, den Onderwijsraad gehoord, den leeftijd...’). Daaraan lagen geen principiële overwegingen ten grondslag, maar gaf de doelmatigheid van de regeling de doorslag.³⁸

Horizontale delegatie kwam nogal eens voor. Het oudste voorbeeld dat we kennen, is typerend voor het onderhavige onderwerp. Het betreft de Lager-onderwijswet van 1878, die tijdens het bewind van het liberale kabinet-Kappeijne van de Coppello tot stand kwam. Toen al besefte de wetgever

³⁶ Zie verder Mentink en Vermeulen 2011, p.27-28.

³⁷ Ontwerp-artikel 12bis. *Verslag van de Staatscommissie* 1916, p.20 en 63. Het betrof hier overigens geen delegatie maar de verreikende vorm van attributie (het scheppen van een nieuwe bevoegdheid).

³⁸ Memorie van antwoord, Kamerstukken II 1919/20, 86, nr.5, p.169.

dat hij niet alles (precies) kon regelen en dat het doelmatiger was de regeling van meer technische of concrete zaken aan de regering (Kroon) over te laten. Dat betekende overigens niet dat er in die tijd minder gedetailleerde regels werd geproduceerd. In die zin is er niet zoveel veranderd.

Artikel 4 van deze wet bepaalde: "Bij algemeenen maatregel van inwendig bestuur worden door ons, zowel in het belang van de gezondheid, als van het onderwijs, algemeene regels vastgesteld omtrent den bouw en inrichting der lokalen (...), alsmede omtrent het aantal kinderen, dat daarin mag worden toegelaten, met bepaling, in hoever deze regelen verbindend zijn voor lokalen, waarin bijzonder lager schoolonderwijs gegeven wordt."

In de AMvB van 30 augustus 1880 (Stb. 167) werden de wettelijke vereisten tot in de kleinste puntjes uitgewerkt. Niets mocht aan het toeval worden overgelaten. Maar volgens de minister was het pakket van voorschriften heel wat uitgebreider geweest als hij zich had laten leiden door de 'verlangens die door deskundigen, paedagogen en hygiënisten, herhaaldelijk werden geopenbaard.' Zo moest het schoolhoofd zorgen dat de afstand tussen de werkmuur en de voorste bank ten minste 1,3 meter bedroeg (art. 7) en moesten de schoolbanken voorzien worden van een rug- of lendeleuning (art. 13).³⁹

In de Lager-onderwijswet van 1920 treffen we eveneens delegatie in de vorm van een AMvB aan. Zo vinden we de voornoemde regeling uit 1878 terug in artikel 6 van de wet. Verder werden de soorten van buitengewoon onderwijs bij AMvB aangewezen (art. 4), werd bij AMvB de inrichting, de samenstelling, de bevoegdheden en de wijze van verkiezing van een oudercommissie aan een openbare school geregeld, evenals de concrete uitwerking van allerlei bekostigingsvoorschriften (art. 61 en art. 87) en van aan het te bekostigen bijzonder onderwijs te stellen deugdelijkheidseisen (art. 105). Een voorbeeld van dit laatste zijn de eerder besproken eisen betreffende het leerplan en de benoeming van onderwijzers na overleg met de inspecteur (zie paragraaf 3.2). De uitvoering ervan legde de Kroon in gedetailleerde procedurevoorschriften over termijnen, te ondernemen stappen, de te verwachten informatie en dergelijke vast. Door deze wijze van objectivering – zo was de gedachte – kon op voorhand problemen tussen de inspecteur en het bijzondere schoolbestuur over dit soort pacificatie-gevoelige zaken worden voorkomen.⁴⁰

Een uitstap naar 1963

Eerst bij de behandeling van de WVO uit 1963 spraken parlement en regering weer uitvoerig over horizontale delegatie. De protestants-christelijke fracties in de Tweede kamer verzetten zich heftig tegen de gehanteerde delegatiemethode die de regering in het wetsvoorstel had toegepast. Naar hun mening diende de wetgever rekening te houden met de *aard* van de te regelen materie: delegatie naar de Kroon behoorde minder omvangrijk te zijn naarmate rechten en vrijheden van burgers in het geding waren. Wezenlijke aangelegenheden die de vrijheid van onderwijs raakten en waarover in het onderwijs aanzienlijke meningsverschillen bestonden, moesten van delegatie worden uitgesloten (zoals de toelatingsvoorwaarden en de eindexamens).⁴¹

Met deze benadering kon de regering moeilijk uit de voeten. Het delegatievraagstuk was voor haar vooral een aangelegenheid van 'praktische aard', zonder de principiële materie rond de vrijheid van onderwijs uit het oog te verliezen. Volgens minister Cals was er een duidelijke schaduwkant aan een te strenge uitleg van het primaat van de wetgever. Een wet met allerlei gedetailleerde bepalingen

³⁹ P.F. Hubrecht, *De onderwijswetten in Nederland en hare uitvoering*. Derde Afdeling (Lager onderwijswet) Tweede Deel, Den Haag 1881, p.3-17.

⁴⁰ KB van 31 december 1920 (Stb. 952). Het besluit over het buitengewoon onderwijs gaat buitengewoon ver. De regering trad hier als *plaatsvervangend wetgever* op daar de wetgever in artikel 4 niet sprak over de te regelen onderwerpen e.d. Zie KB van 31 december 1920 (Stb. 948).

⁴¹ Kamerstukken II 1959/60, 5350, nr.7, p.11.

kon te veel van het goede zijn en verstarring in de hand werken. Het gevolg was dat zulke bepalingen van secundaire aard zelfs in strijd konden komen met de noodzakelijke aanpassing van het onderwijs aan de maatschappelijke ontwikkeling.⁴²

De 'praktische lijn' van de regering kon op een meerderheid rekenen, ondanks kritische geluiden uit de Tweede Kamer dat de regering met delegatie van regelgevende bevoegdheden soms al te ver was gegaan. De uitkomst was dat in de definitieve wettelijke regeling de horizontale delegatie op verschillende plaatsen was teruggedrongen, hetzij door meer in de wet vast te leggen, hetzij door de delegatie sterker te binden aan de wet.⁴³

5.3 Een vaste lijn voor delegatie?

De zogeheten Aanwijzingen voor de regelgeving⁴⁴ zijn voor een belangrijk deel te beschouwen als gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijke regelgeving. Zij hebben geen bindende kracht, maar zijn bedoeld voor degenen die direct belast zijn met het formuleren van regelingen. In meer algemene zin kunnen zij als toetsingskader worden gehanteerd bij het beoordelen van een wettelijke regeling. De in deze aanwijzingen vervatte 'heersende leer' met betrekking tot delegatie is als volgt samen te vatten.

- De wet moet in elk geval de hoofdelementen van een regeling bevatten. Hieronder wordt in ieder geval verstaan de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling (aanwijzing 22).
- Het primaat van de wetgever is richtsnoer bij de keuze van de elementen die voor delegatie in aanmerking komen. Lang niet alle onderdelen van een regeling zijn van die betekenis dat directe parlementaire invloed nodig is. De mogelijkheid om het regeringsbeleid achteraf te controleren, is dan voldoende (aanwijzing 22).
- Elke delegatie moet in de delegerende regeling zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden begrensd (aanwijzing 25).
- Delegatie of subdelegatie aan een minister wordt beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling en voorschriften die dikwijls wijziging behoeven (aanwijzing 26).
- Slechts in bijzondere gevallen wordt in de wet een formele betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving geregeld. De lichtste vorm, die van gecontroleerde delegatie, wordt slechts toegepast ingeval een materie regeling bij wet rechtvaardigt, maar zich daarvoor niet leent vanwege haar sterk technisch karakter, de noodzaak van snelle wijzigingen of de grote omvang van de te stellen regels (aanwijzingen 36 en 37). De toepassing van de voorwaardelijke delegatie kan wenselijk zijn als voor de regeling van de materie met een lagere regeling is te volstaan, maar om andere redenen alsnog de wetsprocedure de voorkeur heeft (aanwijzing 42 en 43).

Het gaat hier om algemene richtlijnen, dus niet specifiek voor de wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen. Op grond van wat de traditie van de onderwijswetgeving leert, zijn de volgende 'lagen' in de vrijheid van onderwijs met betrekking tot te stellen deugdelijkheidseisen te onderscheiden.⁴⁵ Naar mate de eisen richtingsgevoeliger en onderwijsinhoudelijker zijn, dienen deze zo

⁴² Zoals Kamerstukken II 1960/61, 5350, nr.8, p.15.

⁴³ Meer over het hier genoemde en het leerstuk van het primaat van de wetgever in: D. Mentink, *Omstreden gemeentelijk onderwijsbeleid. Over grondwetsuitleg en het primaat van de wetgever, in het bijzonder met betrekking tot de decentralisatie van het onderwijsachterstandenbeleid en de huisvestingsvoorzieningen*. Den Haag 2004, p.32-43 en p.85-95.

⁴⁴ Besluit van de minister-president van 28 november 1992, Stcrt. Van 26 november 1992, nr. 230.

⁴⁵ Ontleend aan Mentink en Vermeulen 2011, p.63-64.

volledig mogelijk door de wetgever te worden gesteld. Naar mate zij technisch-concreter in hun uitwerking zijn en het politieke belang ervan is geneutraliseerd, kan een verdergaande vorm van delegatie worden toegepast.

Toetsing aan de hand van een voorbeeld

De regeling van de vakken – als kern van het onderwijs – was en is een zaak van de wetgever. De huidige, daaraan verbonden kerndoelen behoeven geen gedetailleerde regeling in de wet (zie hierboven aanwijzing 22). Volstaan kan worden met de regeling van de hoofdelementen (doel, reikwijdte, structurele elementen). Hieraan voldoet artikel 9 lid 5 en 6 WPO. Bepalend voor de ‘wat’-vraag (dat wat leerlingen aan het einde van de schoolloopbaan in het basisonderwijs bij de vakken moeten beheersen), is de uitwerking van de kerndoelen. Deze is zeer gedetailleerd en heeft een sterk onderwijskundig-technisch karakter. Aan de andere kant is het onderwijspolitieke belang ervan groot. Uit het oogpunt van democratische legitimatie ligt de tussenvorm van aanwijzing 42 dan ook voor de hand. Artikel 9 lid 5 WPO kent de voorhang-amvb met de figuur van voorwaardelijke delegatie. Met de figuur van gecontroleerde delegatie – waarbij het ontwerp aan het parlement wordt overlegd - had ook volstaan kunnen worden. Dat is een politieke keuze.

6 Tot slot: (toekomstig) wetgevingsbeleid

Het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel

De in artikel 23 Grondwet uitgewerkte deugdelijkheidsnorm moet voor de rijksoverheid waarborgen dat het onderwijs van voldoende kwaliteit is. Aan de wetgever is overgelaten vorm en inhoud te kiezen van deze aan het te bekostigen onderwijs op te leggen eisen van deugdelijkheid. Deze bevoegdheid strekt zich niet uit tot de kern van de vrijheid van onderwijs: de vrijheid van richting. Bovendien is de wetgever gebonden aan de maat van het noodzakelijke bij het inperken van de inrichtingsruimte van scholen. Bij het bijzonder onderwijs is er sprake van een inbreuk op een klassiek grondrecht. Grondregel daarbij is dat eerst tot inperking van de inrichtingsvrijheid kan worden besloten indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan. Uitgangspunt bij de afweging zijn het *proportionaliteitsbeginsel* en - daarop aansluitend - het subsidiariteitsbeginsel.⁴⁶ In de Aanwijzingen voor de regelgeving vinden we deze terug in de aanwijzingen 6, 7, 8 en 9.⁴⁷

Het 'wat' en het 'hoe'

Gegeven de open deugdelijkheidsnorm in het vijfde en zesde lid van artikel 23 Grondwet kunnen nieuwe visies van de overheid op het garanderen van de basiskwaliteit van het onderwijs in wetgeving tot uitdrukking worden gebracht. Dat kan betekenen er een wetgevingsbeleid tot ontwikkeling wordt gebracht waarin andere objecten van deugdelijkheid worden aangewezen of waarin voor een andere vormgeving wordt gekozen. Vooral de laatste jaren is er verschuiving opgetreden van het stellen van input- of proceseisen (zoals de verplichte vakken en de bevoegdheidseisen voor leerkrachten) naar output- of opbrengsteisen (examens, kerndoelen, minimumleerresultaten voor taak en rekenen).

Deze ontwikkeling op het gebied van deugdelijkheidseisen zet zich onverminderd voort en wordt thans vooral ook gevoed door het pleidooi van de parlementaire commissie-Dijsselbloem om voor de toekomst het onderscheid tussen het 'wat' en het 'hoe' in het onderwijs weer te gaan hanteren, als *basis criterium* in de rolverdeling tussen overheid en scholen. Tegelijkertijd meende de commissie dat de wetgever niet kon volstaan met opbrengsteisen ter verzekering van deugdelijk onderwijs. Input- of proceseisen als de kwaliteit van leraren en de onderwijstijd zag zij als essentiële voorwaarden of 'ankerpunten' voor het bereiken van de leerresultaten.⁴⁸

Deze visie op het 'wat' en 'hoe' vindt aansluiting op het concept van *doelregelgeving*, een vorm van regelgeving die staat tegenover de meer traditionele *middelregelgeving*. De wetgever beperkt zich in dit geval tot het voorschrijven van de uitkomst of het te bereiken doel. Hoofdkenmerk van dit concept is dat doelregelgeving wordt vastgesteld met het oog op de handelingsvrijheid van de normadressaat. Een recent promotie-onderzoek laat zien wat de pro's en contra's daarvan kunnen zijn, ook voor het (basis)onderwijs.⁴⁹

⁴⁶ Vgl. Mentink 1989, p.208-209.

⁴⁷ Met de opschriften: 'Alleen nieuwe regeling indien noodzakelijk' (aanwijzing 6), 'Stappen voorafgaand aan beslissing tot regelgeving' (aanwijzing 7), 'Aansluiten bij zelfregulerend vermogen' (aanwijzing 8) en 'Afwegingsaspecten bij keuze overheidsinterventie' (aanwijzing 9).

⁴⁸ Eindrapport 2008, p.142-143 en p.138-139.

⁴⁹ W. Timmer, *Het doel gesteld. Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving* (EUR-proefschrift), uitgave in de reeks van het Centre for Law & Innovation. Rotterdam 2011, p.2 en p.149-270 (casus artikel 8 lid 1 WPO).

Er is meer. De visie op deugdelijkheidseisen van de commissie-Dijsselbloem kan onderwijsjuridisch ook zo worden verstaan dat er een wetgevingsbeleid inzake deugdelijkheidseisen van de grond dient te komen waarin de vraag centraal staat hoe het beste gecontroleerd kan worden of bepaalde wettelijke deugdelijkheidseisen nog wel nodig, uitvoerbaar of goed te handhaven zijn. Tot op heden is hieromtrent nog geen begin gemaakt.⁵⁰

Aan een dergelijk beleid is op verschillende manieren handen en voeten te geven. Drie voorbeelden. In de sectorwetten zou een verplichte periodieke evaluatie van proces- of inputeisen kunnen worden opgenomen, als garantie dat het pakket van deugdelijkheidseisen aan zijn doel blijft beantwoorden. Een tweede mogelijkheid sluit aan op het recente arrest van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak over de burgerschapsvorming bij de As Siddieq-school.⁵¹ In het onderhavige geval bleek de Inspectie onrechtmatig toezicht te hebben uitgeoefend door via de kerndoelen nadere eisen te stellen aan artikel 8 lid 3 WPO. De bedoeling van het oorspronkelijke initiatiefwetsvoorstel was nu juist om scholen alle ruimte te laten zelf invulling aan de integratiedoelstellingen te geven. Niet het 'hoe' maar slechts het 'dat' is wettelijk voorgeschreven. In lijn met dit arrest zou de wetgever in voorkomende gevallen duidelijk kunnen aangeven tot hoever het toezicht terzake zich uitstrekt. Artikel 8 WPO kan als proeftuin voor de wetgevingsjurist dienen. Daarnaast zou een model kunnen worden uitgewerkt waarin excellente en initiatiefrijke scholen worden 'beloond' met minder proces- of inputeisen. De figuur van de *vrijstelling* biedt een wenkend perspectief.⁵² Aldus regelgeving-op-maat met bijbehorend toezicht-op-maat. Al met al nog genoeg te doen.

⁵⁰ Mentink en Vermeulen 2011, p.101.

⁵¹ ABBRvS 30 maart 2011, nr. 201006801/1/H2, LJN BP9541; Kamerstukken II 2010/11, 31293, nr. 98.

⁵² Commissie-Dijsselbloem, *Deelonderzoek hoogeraren onderwijsrecht*, Kamerstukken II 2007/08, 31007, nr.8, p.121-122.