

Opmerkingen bij de preadviezen ten behoeve van het Najaarssymposium 2024 van de Vereniging van Onderwijsrecht.

Jan Veringa

1. Inleiding

“Het onderwijs is geen auto die rustig in revisie gaat. Je ligt op de motorkap te sleutelen terwijl de auto op volle snelheid doorrijdt”. Deze tekst was te vinden was in de Bildung Scheurkalender op 2 juli 2019. De uitspraak werd bij de debatten over de invoering van de Mammoetwet gedaan door oud-minister Gerard Veringa kort nadat hij in 1967 minister van Onderwijs en Wetenschappen was geworden.

Inmiddels zijn wij ruim een halve eeuw verder. Nog altijd is het onderwijs een voorwerp van aanhoudende zorg der regering en ook een onderwerp van veel maatschappelijk debat. Dat is goed, want het onderwijs vervult een cruciale rol in het voortbestaan van onze samenleving, zoals Renée van Schoonhoven in het ten geleide van deze preadviezen treffend beschrijft.

De preadviezen die vandaag voorliggen vormen, een mogelijk bescheiden, maar niet onbelangrijk, onderdeel van het maatschappelijk debat over het onderwijs. Ik heb de preadviezen met grote belangstelling gelezen en zij stimuleerden mij ook om nog eens diep te duiken in de sturingsdiscussie die op dit moment over het onderwijs woedt.

Graag dank ik het bestuur van de Vereniging voor Onderwijsrecht voor de uitnodiging om te reageren op de preadviezen die deze Najaarsvergadering voor liggen. Ik ben blij dat ik, nu ik al enige tijd geen rol meer speel in die verhoudingen tussen overheid en onderwijsveld, geheel vrij mijn licht of tegenlicht mag laten schijnen op de preadviezen.

Dat mijn visie enigszins ingekleurd zal zijn door de kennis en ervaringen die ik in mijn rol bij het ministerie van OCW heb opgedaan mag u incalculeren.

Allereerst wil ik de preadviseurs complimenteren met hun doorwrochte en boeiende adviezen. Ieder vanuit hun invalshoek van expertise laten zij een veelkleurig licht schijnen over de door het bestuur van de VOR gestelde vraag voor dit Najaarssymposium.

Omdat de mij toegemeten tijd om te reageren op de preadviezen noodzaakt tot een doelgerichte opbouw, heb ik mij voorgenomen om de hoofdvragen die het bestuur stelde in de reacties als leidraad te nemen. Ik vat die vragen kort samen:

- Zijn de rechtsverhoudingen in het onderwijs op drift? En zo ja,
- Wat zijn dan de remedies?

2. Het preadvies van Wouter Pors

Wouter Pors gaat in op de rechtsbescherming van onderwijsinstellingen tegen het handelen van de overheid.

Aan de hand van een aantal op casussen en ontwikkelingen analyseert hij het functioneren van de rechtsbescherming van onderwijsinstellingen. Ik heb die casussen en ontwikkelingen voor mijn bespreking in twee clusters ingedeeld:

Het eerste cluster gaat over de jurisprudentie over de openbaarheid van Inspectierapporten bij een viertal SvPO stichtingen èn over de jurisprudentie m.b.t. het gebruik van de zgn. aanwijzingsbevoegheid bij het Cornelius Haga Lyceum en de Stichting Islamitische School Amsterdam

Het tweede cluster betreft de ter discussie staande rechtmatigheid van herstelopdrachten die de Inspectie van het Onderwijs geeft aan schoolbesturen en de gebrekkige toepassing van de scheiding der machten, doordat de Inspectie bij de toepassing van haar werkzaamheden in feite deugdelijkheidseisen zou stellen.

De conclusie van Pors na zijn bespreking van de casuïstiek luidt dat in de praktijk een verschuiving richting beleidsregels en zelfs uitvoering optreedt die een ontoelaatbare aantasting vormt van de vrijheid van onderwijs, en dat het bestuursrecht een te complex systeem biedt om de belangen van scholen te beschermen.

Om dit tij te keren stelt hij een 10 punten plan voor. Een aanzienlijk deel van die punten vraagt om wijziging van wetgeving. Dat zal een behoorlijk beslag leggen op het wetgevingsplan dat de directie WJZ van het ministerie van OCW jaarlijks moet

vaststellen. De urgentie, nut en noodzaak moeten dus zeer overtuigend kunnen worden vastgesteld.

Ik wil voor de beide clusters van casuïstiek die ik eerder heb benoemd een eerste weging maken of die urgentie, nut en noodzaak voldoende kunnen worden aangetoond.

Van het eerste cluster van geschillen tussen onderwijsinstellingen en de overheid die Pors heeft geproblematiseerd, geschillen over openbaarmaking van Inspectierapporten en geschillen over het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid zou ik eerst willen nagaan hoe breed deze de onderwijsinstellingen raken. Het betreft hier op de 1200 schoolbesturen in PO en VO een beperkt aantal geschillen. Het gaat daarbij om geschillen tussen instellingen en overheid die zich naar hun aard zelden voordoen. De aanwijzingsbevoegdheid is door de wetgever ook uitdrukkelijk als een ultimum remedium benoemd. De geschillen spelen zich ook af op het raakvlak van tegengestelde belangen waarvoor de wetgever een balans heeft gezocht. Bij de openbaarmaking van de Inspectierapporten ging het uiteindelijk om de afweging tussen enerzijds het recht van ouders en leerlingen om te weten of een school goed onderwijs verzorgt en anderzijds het recht van de school om onjuiste informatie op dit vlak tegen te gaan.

Bij de aanwijzingen ging het om de afweging tussen de vrijheid van onderwijs en de plicht van de overheid om te garanderen dat het onderwijs aan minimum kwaliteitseisen voldoet. In de tijd dat de aanwijzingen werden gegeven was er een grote maatschappelijke zorg dat bij de betreffende instellingen niet aan deze eisen werd voldaan en de wetgever had juist met het oog op dit soort situaties kort daarvoor wetgevingsinstrumentarium ontwikkeld. De regering heeft met de kennis van dat moment op de randen van dat instrumentarium gehandeld, en de rechter heeft dat

handelen getoetst. De regering heeft zich bij de uitspraken van de rechter neergelegd. Mijns inziens heeft daarmee de trias politica gefunctioneerd zoals bedoeld. Ik zeg niet dat regelgeving en uitvoering niet voor verbetering vatbaar zijn, maar de genoemde voorbeelden tonen niet aan dat de rechtsverhoudingen in het onderwijs op drift zijn, en ik zie hier ook geen nut en noodzaak van een tien punten plan.

Zou dat bij het tweede cluster van problematiek wel het geval zijn? Het gaat hier om de toepassing van herstelopdrachten door de Inspectie van het Onderwijs en de meer algemene door Pors bespeurde neiging van de Inspectie om door beleidsregels en in de uitvoering in de pedagogische en didactische vrijheid van scholen te treden.

Mijn overweging dat het niet moet gaan om incidentele geschillen die zich op de grens van de regulatieve pijler voordoen gaat hier niet op. Alle scholen hebben met de Inspectie te maken, het onderzoek van Renée van Schoonhoven laat zien dat een dwarsdoorsnede van instellingen met herstelopdrachten te maken krijgen, dus er ligt hier wel degelijk een discussie die het onderwijs breed raakt.

Een andere vraag is echter of juist is wat Van Schoonhoven en Pors stellen, namelijk dat de Inspectie hier in strijd met de wet, erger nog in strijd met de Grondwet handelt.

Van Schoonhoven heeft een ragfijn juridisch betoog opgebouwd waarin zij op basis van de WOT en de AWB de conclusie trekt dat de Inspectie niet de bevoegdheid bezit om herstelopdrachten te geven. Zij constateert dat de herstelopdracht zou kunnen worden gezien als een informele handhavingsactiviteit, maar ook dat de herstelopdracht op zich gezien moet worden als een inbreuk op de rechten en vrijheden van het schoolbestuur, waarbij zij verwijst naar het zgn. Methadonarrest.

Bladerend door de inhoudelijke beschrijvingen van herstelopdrachten in het onderzoek van Van Schoonhoven heb ik eigenlijk nergens voorbeelden gevonden waarin de Inspectie een herstelopdracht geeft die de school een pedagogisch-didactische richting op stuurt. De formuleringen zijn b.v. dat er “geen stimulerend leerklimaat” is, “evaluatie of borging van de kwaliteitscyclus ontbreekt”, of “onvoldoende zicht is op doelen”. De herstelopdrachten zijn dus gericht op herstellen van of aantonen van kwaliteitsproceskenmerken die maatschappij breed worden aanvaard als noodzakelijke voorwaarden van kwaliteitsborging. Het algemene beeld is ook dat scholen aan de herstelopdrachten kunnen voldoen zonder dat hun pedagogisch-didactische profiel wordt aangetast.

Ik meen daarom dat er nog wel wat vragen nader onderzocht zouden moeten worden voordat de conclusie getrokken kan worden of de herstelopdrachten onrechtmatig zijn. Heeft de wetgever echt bedoeld dat deze informele vorm van handhaving niet is toegestaan?

Maakt de herstelopdracht op dezelfde wijze inbreuk op de vrijheid van burgers of instellingen als de opdracht van de Inspectie voor de Volksgezondheid aan apothekers waarmee de vrijheid van een derde (een specifieke huisarts) volgens de Hoge Raad werd belemmerd?

En tenslotte: Is er -inhoudelijk- echt geen grondslag in de deugdelijkheidseisen?

Pors zelf gaat nog wat verder in zijn beoordeling van het handelen van de Inspectie. In zijn preadvies komt het beeld naar voren van een organisatie die stelselmatig zijn bevoegdheid inzet om de vrijheid van onderwijs te knevelen. Ik begrijp die invalshoek vanuit een poging om het debat te voeden, maar ik wil ook begrip vragen voor de

opdracht van de Inspectie om twee, soms gelijklopende, maar soms ook tegengestelde belangen op een evenwichtige wijze te borgen. Enerzijds het belang van leerlingen om goed onderwijs te krijgen, en anderzijds het belang van schoolbesturen om de richting van hun onderwijs te bepalen.

Ik denk dat de Inspectie professioneel probeert de balans daartussen te bewaren, maar ongetwijfeld lukt dat niet altijd, en er moet ruimte zijn om dat te bespreken.

Onderdelen van het tienpuntenplan van Pors kunnen daar zeker een nuttige bijdrage bij vormen. Maar ook in de casuïstiek over de Inspectie zie ik vooralsnog geen aanwijzingen dat de rechtsverhoudingen in het onderwijs op drift zijn.

3. Het preadvies van Machteld Claessens

Het preadvies van Machteld Claessens gaat niet over het bestaande complex van rechtsverhoudingen in het onderwijs, maar over de wens van de regering om die verhoudingen stevig bij te sturen.

Zij vertrekt haar betoog vanuit de drie zgn. “herijkingsbrieven” uit 2023 en 2024 van de voormalige ministers van en voor onderwijs. De meest concrete brief daarvan is de brief van 5 april 2024, waarin ook scenario’s voor een verdere ontwikkeling worden geschetst.

Vanuit de door de ministers aangegeven wens om te komen tot een fundamenteel sterkere sturing door de overheid van het onderwijs onderzoekt Claessens hoe deze sterkere overheidssturing zich verhoudt tot verdragsrechtelijke en grondwettelijke vrijheden van onderwijsinstellingen en tot de vanaf het begin van deze eeuw gegroeide, autonomie, decentralisatie en deregulering.

Inmiddels is er een nieuw kabinet aangetreden, maar in de brief van staatssecretaris Paul aan de Tweede Kamer van 30 september 2024 wordt bevestigd dat deze regering het debat over de brief van 5 april 2024 wil voortzetten.

Het lijkt er dus op dat het werk van Claessens niet voor niets is geweest.

In het begin van haar preadvies constateert Claessens al dat in de brieven nauwelijks te lezen is waarom in het verleden gekozen is voor de autonomie zoals die nu bestaat. Ook wordt niet ingegaan op de vraag op welke manier de huidige sturing in wetgeving is verankerd en op de vraag of die bestaande wetgeving inperking van de autonomie wel toelaat. Claessens vindt het gezien de impact van een fundamentele herijking van de sturing in het onderwijs ontoereikend om te stellen dat zo’n onderbouwing wel kan

worden opgenomen in wetsvoorstellen die nog volgen ter uitwerking van de nieuwe sturingsfilosofie.

Als overtuigd pleitbezorger van ordelijke wetgevingsprocessen wil ik op voorhand vast aangeven dat ik dit standpunt van Claessens volledig onderschrijf, zeker als het echt de bedoeling van de regering is om tot een fundamentele herijking van de sturing te komen.

Claessens heeft een groot deel van dat werk ter onderbouwing – maar ook ter begrenzing – in haar preadvies al gedaan. Het zou dus nuttig zijn als de regering dit herkenbaar meeneemt in de besluitvorming op basis van het debat dat in januari in de Tweede Kamer zal worden gevoerd.

Maar naar mijn oordeel is er nog wel meer onderbouwing die zou moeten uitgewerkt. Dat zijn geen juridische onderbouwingen, maar uit oogpunt van de kwaliteit van wetgeving meen ik dat ze relevant genoeg zijn om in dit gezelschap van onderwijsjuristen te delen.

De ontwikkeling van de huidige op een relatief grote autonomie gebaseerde onderwijssturing was geen geïsoleerde ontwikkeling exclusief voor de onderwijssector.

Het was een ontwikkeling die zich voordeed in alle domeinen van semi-publieke dienstverlening. Onderdeel van die bredere sturingsdiscussie waren niet alleen de sturingsverhoudingen tussen overheid en semi-publieke sector, maar ook de sturings- of governanceverhoudingen in die sectoren. Het geven van autonomie is immers alleen mogelijk als voldoende waarborgen bestaan dat de instellingen die autonomie kunnen waarmaken. In 2004 bracht de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid het advies “Bewijzen van goede dienstverlening” uit waarin deze kant van de medaille, de borging van de autonomie aan de kant van de “ontvanger” van de autonomie werd belicht en van ijkpunten werd voorzien.

Het IBO rapport “Koersen op kwaliteit en kansengelijkheid”, dat aan de brief van 5 april ten grondslag ligt, spreekt met geen woord over deze inzichten.

Maar terug naar het preadvies.

In haar samenvattende slotbeschouwing stelt Claessens, ik vertaal het een beetje in mijn eigen woorden, dat autonomie voor onderwijsinstellingen meer is dan een vrije politieke keuze van de overheid om op grond van utilitaire overwegingen die autonomie aan de onderwijsinstellingen wel of niet toe te kennen. De autonomie is een waarde op zich, noodzakelijk om kwalitatief, pluriform, toegankelijk en continuerend onderwijs te kunnen realiseren. Bovendien is de autonomie noodzakelijk om te kunnen voldoen aan verdragsrechtelijke en grondwettelijke vereisten.

Daarmee zijn de grenzen van die autonomie nog niet precies vastgelegd, maar ik steun Claessens in haar stelling dat als de regering aangeeft dat zij de bedoeling heeft tot een fundamentele herijking van het sturingsmodel te komen, de regering dan ook een fundamentele analyse van de verhouding daarvan met de vrijheid van en het recht op onderwijs niet achterwege kan laten.

Overigens heb ik nog wel aarzelingen of alle scenario's van sturing zoals geschetst in de brief van 5 april onder het predicaat van een fundamentele herijking van het sturingsmodel kunnen worden gerangschikt.

In ieder geval scenario A, dat voortbouwt op het gedachtengoed van de jaren 90, maar vermoedelijk niet de beoogde keuze is, sluit naadloos aan op de bestaande autonomie.

Scenario B bevat twee pijlers: ten eerste een fundamentele wijziging in de interne governance binnen de instellingen door een nieuwe invulling van de verhouding tussen

schoolniveau en bestuursniveau, ten tweede een wijziging in de bekostiging. Naar mijn mening is in ieder geval die eerste pijler een grote ingreep in de governance in het onderwijs. Een analyse zoals die van de WRR in 2004 ontbreekt hier nog volledig.

Voor mij is wel de vraag of de in scenario B voorgestelde wijziging van de bekostiging, door de invoering van genormeerde bekostiging, maar onder afschaffing van het subsidie instrument, wel zo'n enorme ingreep in de autonomie is. Normeringen zoals de verhouding tussen personele en materiële middelen hebben lang bestaan. Bestaande wetgeving zoals de WNT en quotumwetgeving normeert ook de besteding van de lumpsum. Normeringen m.b.t. inzet van middelen voor huisvesting bestaan nog altijd.

Of de normering zoals voorzien in het wetsvoorstel Strategisch HRM beleid een gelukkige en werkbare normering is lijkt mij voor discussie vatbaar, maar bepaalde vormen van normering, zoals pas toe of leg uit, die inhoudelijk aansluiten bij wat breed gedragen wordt in de onderwijssector tasten naar mijn mening de huidige autonomie niet aan.

Scenario C , volledige sturing op schoolniveau, kan ik mij niet goed voorstellen. Maar een sturings – en verantwoordingsrelatie van OCW met 8000 scholen lijkt mij zo complex dat de sturing gemakkelijk een top-down karakter zal krijgen. Van autonomie zal dan weinig overblijven.

Terug naar de hoofdvragen aan de preadviseurs.

Zijn de rechtsverhoudingen in het onderwijs op drift? En wat zijn de remedies?

Claessens heeft volgens mij goed aangetoond dat de rechtsverhoudingen in het onderwijs in het huidige politieke klimaat zeker het risico lopen op drift te geraken, als we niet gezamenlijk werken aan een goede analyse van nut, noodzaak en

grondwettelijke verankering van gewenste fundamentele wijzigingen in de sturing.

Autonomie is een onmisbaar beginsel in de sturing van een systeem dat zo op professionals rust als het onderwijs. Als we dat zouden verliezen raakt het onderwijs op drift.

Voor de remedies heeft Claessens een mooie voorzet gegeven. Hopelijk gaan de beleidsmakers daar goed gebruik van maken.

4. Het preadvies van Jochem Streefkerk

Het preadvies van Jochem Streefkerk richt zich niet op de rechtsverhoudingen tussen overheid en onderwijs, maar op de rechtsverhoudingen binnen en tussen de onderwijsinstellingen. Hij gaat in op de neiging de verhoudingen binnen de onderwijsorganisaties te juridiseren. Dat vind hij onwenselijk omdat juridisering op langere termijn niet bereikt wat binnen een organisatie wenselijk is, namelijk dat verschillen van inzicht worden overbrugd, i.p.v. beslecht.

Streefkerk benoemt in zijn preadvies een aantal contrapunten waardoor de rechtsverhoudingen in de onderwijsinstellingen worden beïnvloed. Enkele treffende contrapunten wil ik hier benoemen. Het contrapunt van *collectief en individueel* duidt op de spanning die in de onderwijsorganisatie bij iedere beslissing bestaat tussen het belang van de individuele leerling en het belang van het collectief. Vaak lopen individueel belang en collectief belang samen op, maar soms kan het voldoen aan een individueel belang het collectieve nut van een beslissing beperken. Het contrapunt van *maakbaarheid en feilbaarheid* duidt op de spanning in de onderwijsorganisaties dat zij geacht worden leerlingen toe te rusten voor de samenleving, en daar ook op afgerekend worden, maar dat tegelijkertijd de ontwikkeling van iedere individuele leerling niet maakbaar is. De leerlingen zijn feilbaar, en de instelling is dat in het realiseren van zijn opdracht ook, maar de instelling wordt wel afgerekend langs de maatlat van het maakbaarheidsideaal.

De oplossing in het omgaan met deze contrapunten wordt volgens Streefkerk nu vaak gevonden in een juridisch-instrumentele benadering van verhoudingen. Hij pleit ervoor

deze benadering in te ruilen voor een kwalitatieve benadering, die zijn grondslag zou kunnen vinden in de gedeelde basis van de onderwijsgemeenschap.

Aan het slot van zijn preadvies gaat Streefkerk dieper in op het overbruggen van verschillen.

Hij somt de vele regelingen op die er in het onderwijs bestaan om geschillen te behandelen. Deze rijke schakering van procedures, vaak toegesneden op een specifiek soort van geschillen heeft zijns inziens vaak wel het voordeel van een gerichte inhoudelijke behandeling van zaken en werkt vaak sneller dan bij een civiele rechter.

Toch zijn het altijd als juridische procedures vormgegeven trajecten waarin partijen tegen over elkaar staan. De beoordeling, vaak door commissies, is gebonden aan specifieke regels en blijft binnen het domein waar het vraagstuk zich voordoet.

Om deze reden breekt Streefkerk een lans voor de invoering van een ombudsfunctie in de instellingen. Dat zou een onafhankelijke, ombudsachtige functionaris zijn die zich actief en met gezag kan uitlaten over ontstane verhoudingen, zonder dat een juridisch oordeel nodig is en zonder een procedurele setting.

Daar hoort dan ook bij, als ik Streefkerk goed begrijp, dat onderwijsorganisaties ook bereid moeten zijn om echte belangenafwegingen te maken op basis van het evenredigheidsbeginsel.

Streefkerk besluit met de hartekreet om ons in organisaties minder als jurist op te stellen. Als toch juridisch getinte beslissingen moeten worden genomen moeten die voorafgegaan worden door een beschrijving van de waarden en normen van de betrokken onderwijsgemeenschap.

Ik onderschrijf deze oproep graag. De vraag is wel hoe we zo'n ontwikkeling kunnen stimuleren of borgen. Een wettelijke verplichting tot het instellen van een ombudsfunctie lijkt mij niet de aangewezen weg en wordt door Streefkerk ook niet aanbevolen. Het loket voor klachten en bezwaren als in het mbo en ho zou een begin kunnen zijn, maar dan met een zo ruim mogelijke invulling.

De sleutel voor stimulering en borging zou mogelijk kunnen worden gezocht in de governance driehoek van bestuur, medezeggenschap en intern toezicht. Deze driehoek zou de laagdrempelige, brede behandeling van "verschillen" in de jaarlijkse cyclus van bestuur en toezicht kunnen opnemen.

Tot slot ook bij dit preadvies mijn conclusie in het licht van de vragen van het bestuur aan de preadviseurs.

Volgens mij heeft Streefkerk overtuigend aangegeven dat een te sterke juridisering kan bijdragen aan het op drift raken van de rechtsverhoudingen in het onderwijs, maar dat er remedies zijn. Een van die remedies vraagt veel van onszelf als onderwijsjurist, waar we in het stelsel ook actief zijn. Het vraagt dat we onze rol als jurist kunnen relativeren en met een brede blik, met compassie kunnen kijken naar de opgaven die we tegen komen.

5. Overkoepelend inzicht

Ik kom tot een overkoepelend inzicht. Ik begon met het beeld van de rijdende auto.

Dreigt deze auto op drift of in de slip te raken als we kijken naar de rechtsverhoudingen in het onderwijs? Het zal een grote uitdaging zijn om dat te vermijden.

Daarom is het goed om aanhoudend, vriendelijk, maar wel op het randje van hinderlijk, aandacht te blijven vragen voor de consistentie, uitvoerbaarheid en evaluatie van onze wetgeving en van ons beleid. Deze preadviezen zijn daar een waardevolle bijdrage aan.