

EERSTE KAMER DER STATEN-GENERAAL

Vergaderjaar 2022/23

35 920 Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met onder andere de uitbreiding van het bestuurlijk handhavinginstrumentarium (Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs)

Nr. xxx Nota naar aanleiding van het verslag

Ontvangen

De regering dankt de vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) voor het verslag bij het voorstel van wet tot wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met onder andere de uitbreiding van het bestuurlijk handhavinginstrumentarium (Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs). Hieronder wordt ingegaan op de gestelde vragen.

Deze nota naar aanleiding van het verslag wordt gegeven mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

De leden van de CDA-fractie hebben kennisgenomen van de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 19 april 2023.¹ Hierin wordt enkele malen verwezen naar de Commissie maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef in het hoger onderwijs. In de regeling voor deze commissie wordt immers ook de term 'flagrant' gebruikt. Voor de leden van de CDA-fractie is niet helder waarom de Afdeling hierbij niet meldt dat deze regeling in relatie tot de 'burgerschapbepaling' in het hoger onderwijs onwettmatig is. Dat meldde zij eerder wel, in het advies bij het wetsvoorstel.² De genoemde ministeriële regeling is aan artikel 6.11 WHW verbonden. In de regeling wordt aangegeven dat de commissie de minister in voorkomende gevallen adviseert of een uiting "flagrant in strijd is met de kernwaarden van de democratische rechtsstaat." De Afdeling gaf in haar eerdere advies aan dat dit criterium niet is terug te voeren op een wettelijke grondslag, en aldus in strijd is met het legaliteitsbeginsel en met de vrijheid van godsdienst en meningsuiting. De leden van de CDA-fractie vragen een reactie en nadere motivering van de regering. Volgt de regering de redenering van de Afdeling?

De regering deelt de opvatting van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) dat de wijze waarop in het hoger onderwijs de verplichting tot bevordering

¹ Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. H.

² Kamerstukken I 2021/22, 35 920, nr. 4, p. 16.

van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef bij regeling is uitgewerkt in strijd is met het legaliteitsbeginsel niet. In deze regeling is als één van de twee toetsingscriteria opgenomen, dat een uitlating niet flagrant in strijd mag zijn met de kernwaarden van de Nederlandse democratische rechtsstaat. De Afdeling komt tot de conclusie dat deze toetsingsmaatstaf – althans het handhavingsinstrumentarium dat ingezet kan worden bij schending van deze norm – de grondrechten beperkt van degenen die de instelling formeel of informeel vertegenwoordigen en dat dit criterium niet te herleiden is tot de wettelijke grondslag. Naar het oordeel van de regering biedt de verplichting om het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef van studenten te bevorderen een voldoende (wettelijke) grondslag. Daartoe is voor de regering redengevend dat in de wet welbepaald is omschreven dat de bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef ten minste inhoudt dat de instellingen, met inbegrip van degenen die hen formeel of informeel vertegenwoordigen, zich onthouden van discriminatoire gedragingen en uitlatingen. Het gebruik van het woord 'ten minste' in deze bepaling biedt een grondslag om ook naast discriminatoire uitingen ook op andere gronden te oordelen dat sprake is van een schending de verplichting tot bevordering van het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef. Naar het oordeel van de regering staat het flagrant in strijd handelen met de kernwaarden van de Nederlandse democratische rechtsstaat, haaks op de verplichting om het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef te bevorderen. Om die reden is de regering van oordeel dat met de uitwerking in de regeling binnen de wettelijke toetsingsnorm is gebleven. Wanneer de commissie constateert dat sprake is van het flagrant in strijd handelen met de kernwaarden van de Nederlandse democratische rechtsstaat, zal zij bij haar advisering beoordelen of de uiting, gelet op de context waarin deze is gedaan, valt onder een grondrecht, de academische vrijheid of een ander fundamenteel recht en adviseert zij hoe de betrokken (grond)rechten tegen elkaar moeten worden afgewogen. Daarmee is naar het oordeel van de regering sprake van een zeer zorgvuldige beoordeling. Hiermee is geen sprake van een schending van het legaliteitsbeginsel.

Voorts hebben de leden van de CDA-fractie een vraag met betrekking tot hetgeen wordt opgemerkt in de voorlichting, waar de Afdeling stelt dat de aanwijzing in geval van open normen "alleen bij uitzonderlijke, (zeer) ernstige normschendingen, die bij het strafrecht in de buurt komen, passend is."³ Verder stelt de Afdeling: "In feite gaat het hier om strafwaardige gedragingen, waarbij de onderwijsvrijheid (...) niet aan de orde is."⁴ Hoe ziet de regering het bovenstaande in relatie tot de karakterisering van de aanwijzing door de Afdeling elders in de voorlichting: "een dergelijke spoedaanwijzing is te kenmerken als een ordemaatregel, met een preventief en herstel-karakter"?"⁵

³ Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. H, p. 3.

⁴ Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. H, p. 5.

⁵ Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. H, p. 2.

De eerste twee, door de leden van de CDA-fractie aangehaalde citaten hebben betrekking op de vraag onder welke voorwaarden een aanwijzing kan worden ingezet. Het laatste citaat heeft betrekking op een andere vraag, namelijk de aard van spoedaanwijzing. Dat de aanwijzing met betrekking tot de zorgplicht voor de veiligheid en de burgerschapsopdracht alleen ingeval van (kort gezegd) ernstige overtredingen kan worden ingezet, heeft geen invloed op de aard van de spoedaanwijzing. Dat blijft een op herstel gerichte ordemaatregel, nu deze altijd slechts tijdelijk geldig is en alleen kan verplichten tot het treffen van voorlopige maatregelen (zie onder meer het voorgestelde artikel 153a, eerste en vierde lid, van de Wet op het primair onderwijs). De spoedaanwijzing is dan ook niet bedoeld als maatregel om een definitieve oplossing te bewerkstelligen. Wel om schade zoveel mogelijk te voorkomen, terwijl wordt onderzocht of daadwerkelijk sprake is van wanbeheer, en zo ja, op welke wijze daartegen moet worden opgetreden.

Deze leden vragen zich af of de Afdeling in geval van toepassing bij open normen de (spoed)aanwijzing zo afbakt dat deze alleen in zeer uitzonderlijke gevallen juridisch inzetbaar is. Het gaat dan om gevallen die zich op de rand van of zelfs in het strafrecht bevinden. Deze leden vragen de regering of het in dat geval wel passend is dit instrument te karakteriseren als een herstelsanctie, wat de Afdeling impliciet wel lijkt te doen. Kan de regering aangeven of de sanctie in dat geval een punitief karakter heeft en daarmee ook een andersoortige rechtsbescherming op de 'ontvanger' van toepassing zou moeten zijn (overeenkomstig de bestuurlijke boete, cf. artikel 6 EVRM)?

De (spoed)aanwijzing ten aanzien van wanbeheer met betrekking tot de zorgplicht voor de veiligheid of de burgerschapsopdracht zal inderdaad alleen in uitzonderlijke gevallen voor toepassing in aanmerking komen. Dit volgt uit de wijze waarop het wanbeheer ten aanzien van genoemde zorgplicht en de burgerschapsopdracht is gedefinieerd. Zulk wanbeheer kan immers alleen worden geconstateerd indien (onder meer) sprake is van (dreigende) ernstige schade aan een of meer leerlingen respectievelijk (dreigende) ernstige aantasting van een of meer basiswaarden van de democratische rechtsstaat. Zie (onder meer) het voorgestelde artikel 153, tweede lid, onderdelen f en g, van de Wet op het primair onderwijs.

Het gaat hierbij steeds om (ernstige) overtredingen van de onderwijswetgeving – meer specifiek de wijze waarop de school zorgt voor de veiligheid van leerlingen en het burgerschapsonderwijs alsook de daarmee verband houdende zorgplicht voor de schoolcultuur. De aanwijzing is bedoeld om ervoor te zorgen dat die overtredingen worden opgeheven en voor de toekomst worden voorkomen, terwijl de spoedaanwijzing (zoals hierboven ook aangegeven) een ordemaatregel is. Daarmee is deze sanctie te karakteriseren als herstelsanctie. Zij is niet bedoeld om leed toe te voegen en dus niet punitief.

De leden van de D66-fractie willen graag weten hoe de regering op de voorlichting van de Afdeling reageert en of zij meent dat de voorlichting de uitvoering van het wetsvoorstel, zoals eerder door de leden van de D66-fractie gevraagd, zal beïnvloeden.

Voor zover de voorlichting de interpretatie van de begrippen "wezenlijk" en "flagrant" betreft, verwijst de regering naar onderstaande beantwoording van de vragen van de fracties van de ChristenUnie en de SGP. Ten aanzien van de overige delen van de voorlichting merkt de regering het volgende op.

In paragraaf 2 van de voorlichting gaat de Afdeling in op de uit de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de veiligheid (voor zover die overlap vertoont met de burgerschapsopdracht⁶) voortvloeiende normering. De Afdeling stelt dat deze verplichtingen terughoudend moeten worden geïnterpreteerd en dat het toezicht daarop ook terughoudend moet zijn. Er zou dus veel ruimte zijn voor eigen invulling door het bevoegd gezag. Bij een verschil van inzicht over de interpretatie van deze verplichtingen zou de interpretatie van het bevoegd gezag prevaleren.

De Afdeling stelt terecht dat de invulling van de burgerschapsopdracht veel ruimte laat aan schoolbesturen over de invulling daarvan. Dat is in de wetsgeschiedenis ook aangegeven.⁷ Daaruit volgt echter ook dat die ruimte niet onbepikt is en dat de terughoudendheid met name ziet op de religieuze of levensbeschouwelijke grondslag van de school.⁸ Ook die visie kan (in uitzonderlijke gevallen) evenwel in strijd komen met de burgerschapsopdracht. Bijvoorbeeld wanneer die visie antirechtsstatelijk of discriminerend is.⁹

Ongeacht die eigen visie, verplicht de burgerschapsopdracht tot het bevorderen van kennis van en respect voor de basiswaarden van de democratische rechtsstaat. De methode die scholen daarvoor gebruiken ("het hoe") is in beginsel aan de scholen zelf.¹⁰ Ook in zoverre is er dus sprake van terughoudendheid. Echter, ten aanzien van "het wat" – dus óf scholen daadwerkelijk kennis van en respect voor de basiswaarden bevorderen – is er geen terughoudend toezicht: "Aangaande "het wat" is de ruimte beperkter. Scholen moeten er zorg voor dragen dat hun visie op burgerschapsonderwijs op herkenbare, samenhangende en doelgerichte wijze wordt vormgegeven. Tevens wordt van hen verwacht dat zij deze visie in de onderwijspraktijk terug laten komen en de school daadwerkelijk als oefenplaats fungeert. Ook dienen zij hun burgerschapsonderwijs te monitoren in het kader van het stelsel qua kwaliteitszorg. Het toezicht aangaande deze elementen is dus niet terughoudend van aard. (...) Het voorafgaande betekent dat de inspectie waar het gaat om hoe de school burgerschap naar inhoud en aanpak invult

⁶ Kamerstukken I 2022/23, 35 920, H, p. 4. De Afdeling stelt terecht dat de zorgplicht voor de veiligheid een vergaande inspanningsverplichting behelst.

⁷ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 6, p. 41.

⁸ Idem.

⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 6, p. 32.

¹⁰ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 6, p. 41.

terughoudend is, en het toezicht zich richt op de vraag of scholen invulling geven aan bevordering van basiswaarden en sociale en maatschappelijke competenties.”¹¹ En ook: “Binnen deze brede opdracht geldt de gemeenschappelijke kern die de diverse visies op burgerschap gemeenschappelijk hebben als verplicht uitgangspunt. Die kern omvat de principes en uitgangspunten van de democratische rechtsstaat.”¹²

Specifiek ten aanzien van de schoolcultuur is daarnaast ook aangegeven dat het inspectietoezicht zich op die gemeenschappelijke kern richt: “Concreet zal de inspectie toezien op de naleving van het volgende: draagt het bevoegd gezag zorg voor een schoolcultuur waarin alle bij het aanbieden van onderwijs betrokken personen vrijheid van meningsuiting, gelijkwaardigheid en het afwijzen van discriminatie, verdraagzaamheid en het afwijzen van onverdraagzaamheid, onderling begrip en autonomie van leerlingen als centrale spelregels hanteren en voorleven? En creëert het daarmee een omgeving waarin leerlingen worden gestimuleerd actief te oefenen met de omgang met de basiswaarden van de democratische rechtsstaat?”¹³

Waar het dus niet de eigen levensbeschouwelijke of religieuze visie van de school betreft of de methode die de school voor het burgerschapsonderwijs hanteert, is derhalve geen sprake van terughoudend toezicht, anders dan de Afdeling lijkt te suggereren. Dit toezicht vereist overigens steeds een contextuele beoordeling.¹⁴

Voor zover de wet ruimte laat aan scholen, is het niet mogelijk om daarover, zo stelt de Afdeling terecht, regels te stellen in de onderzoekskaders. Die zouden immers buiten het wettelijk kader treden en daarmee iedere grondslag ontberen. Wel mag in de onderzoekskaders, binnen de grenzen van de wettelijke norm, worden aangegeven op welke wijze die norm wordt geïnterpreteerd. Om die reden richten de onderzoekskaders zich op “het wat”, door (met name) een uitwerking te geven van de basiswaarden van de democratische rechtsstaat (vrijheid, gelijkwaardigheid, solidariteit), namelijk: vrijheid van meningsuiting, het gelijkheidsbeginsel, begrip voor anderen, verdraagzaamheid (tolerantie), afwijzen van onverdraagzaamheid, afwijzen van discriminatie, autonomie en verantwoordelijkheidsbesef. Deze uitwerking vindt een stevige basis in de wetsgeschiedenis van de burgerschapsopdracht: “Dit betekent dat scholen aandacht besteden aan de elementen actieve bevordering van autonomie, vrijheid van meningsuiting, het gelijkheidsbeginsel, verdraagzaamheid, begrip en verantwoordelijkheidsbesef, en het afwijzen van onverdraagzaamheid en discriminatie. Deze elementen vormen in de onderwijspraktijk de minimale kern waaraan een school moet voldoen bij de bevordering van het respect voor en de kennis van de basiswaarden vrijheid, gelijkwaardigheid en solidariteit.”¹⁵

¹¹ Idem.

¹² Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 3, p. 18.

¹³ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 3, p. 17.

¹⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 6, p. 10.

¹⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 6, p. 20.

De onderzoekskaders zijn, gelet op het voorgaande, niet te beschouwen als een zelfstandige normstelling, die de wettelijke kaders te buiten zouden gaan.

De Afdeling merkt nog het een en ander op over de rechtszekerheid. Vanzelfsprekend is dit een belangrijk rechtsbeginsel waarnaar de overheid zich dient te richten. Om die reden zijn de aanwijzings- en spoedaanwijzingsbevoegdheid voorzien van allerhande waarborgen, als gevolg waarvan deze instrumenten alleen in uitzonderlijke gevallen voor toepassing in aanmerking komen. Daarmee is de rechtszekerheid (en overigens ook de proportionaliteit en subsidiariteit) gegarandeerd. De Afdeling lijkt te suggereren dat het rechtszekerheidsbeginsel, bovenop de terughoudendheid die uit deze waarborgen voortvloeien, noopt tot nog meer terughoudendheid. Daarin kan de regering niet meegaan. Aan het rechtszekerheidsbeginsel is, als gezegd, immers reeds tegemoetgekomen door de genoemde waarborgen en niet goed valt in te zien voor welke aanvullende terughoudendheid nog ruimte zou zijn, zonder de slagvaardigheid van de instrumenten te verliezen.

De leden van de fracties van de ChristenUnie en de SGP brengen in herinnering dat de Eerste Kamer naar aanleiding van wijzigingen in het wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs voorlichting heeft gevraagd aan de Afdeling advisering van de Raad van State, met name over twee termen die in het wetsvoorstel een belangrijke rol vervullen. De Afdeling heeft de Eerste Kamer de gevraagde voorlichting doen toekomen op 19 april 2023. Naar aanleiding van deze voorlichting hebben de leden van de genoemde fracties nog een tweetal vragen.

Kan de regering instemmen met de interpretatie van de Afdeling, zoals toegelicht in de voorlichting en samengevat in het resumé, of ziet de regering ruimte voor andere interpretaties? De leden van de fracties van CDA, GroenLinks, PvdA, SP en PvdD sluiten zich bij deze vraag aan.

De Afdeling geeft aan het begrip "wezenlijk vermoeden" de uitleg "substantiële mate van waarschijnlijkheid". Dit is in lijn met de toelichting bij de derde nota van wijziging.¹⁶ De regering kan derhalve instemmen met deze interpretatie.

Ten aanzien van het begrip flagrant stelt de Afdeling het volgende: "Indien de term 'flagrant' zodanig wordt uitgelegd dat een enkel ernstig incident nog geen wanbeheer behoeft te betekenen, maar het bevoegd gezag ruimte gegeven wordt om op het incident – snel – te reageren, ziet de Afdeling geen bezwaar in het gebruik ervan in relatie tot het bestuursrecht." De regering merkt op dat deze interpretatie niet strookt met de toelichting bij het amendement, waarmee dit begrip in het wetsvoorstel is geïntroduceerd. Daarin staat immers: "Het betreft hier uitzonderlijke, incidentele

¹⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35 920, nr. 24, p. 6.

overtredingen, die zodanig ernstig zijn dat zij direct aanleiding geven voor een zware sanctie als een aanwijzing.”¹⁷ Zie hierover ook de nadere memorie van antwoord.¹⁸ De regering deelt derhalve niet de interpretatie die de Afdeling aan het begrip “flagrant” geeft. Ook een incidentele, zeer ernstige overtreding van de burgerschapsopdracht kan wanbeheer opleveren.

In materiële zin, echter, geeft de interpretatie van de Afdeling wel weer op welke wijze de aanwijzing in de praktijk zal (moeten) worden toegepast. Indien een bevoegd gezag adequaat reageert op het geconstateerde wanbeheer, zal geen aanwijzing worden opgelegd. Als het bevoegd gezag uit zichzelf het probleem al oplost, is een aanwijzing immers overbodig. Een en ander volgt ook uit het subsidiariteitsbeginsel en is ook aangegeven in de toelichting bij de derde nota van wijziging: “Indien een bevoegd gezag zich, na constatering van het (wezenlijk vermoeden van) wanbeheer op geloofwaardige wijze constructief en meewerkend opstelt, is het bijvoorbeeld niet nodig om een aanwijzing op te leggen, maar kan worden volstaan met een herstelopdracht.” Hoewel de regering dus de interpretatie van de Afdeling, formeel beschouwd, niet onderschrijft, is er in materiële zin geen verschil van inzicht over de toepassing van de aanwijzing.

Indien de regering instemt met de interpretatie van de Afdeling, wat voegt deze wet dan toe aan het instrumentarium dat nu al beschikbaar is?

Voor een onderbouwing van nut en noodzaak van de bevoegdheden die het wetsvoorstel beoogt in het leven te roepen, verwijst de regering naar de memorie van toelichting¹⁹ (paragraaf 3), de nota naar aanleiding van het verslag²⁰ (p. 6 t/m 16) en de beantwoording van door de Tweede Kamer gestelde nadere vragen²¹ (zie het antwoord op de vragen 2, 3, 28, 30, 31 en 34).

Zoals in de memorie van antwoord is aangegeven²² komt deze onderbouwing neer op het volgende. Er zullen zich nu eenmaal casussen voordoen waarin het bestuur van een onderwijsinstelling niet in staat of bereid is om een onwenselijke situatie te beëindigen. Het bestaande handavingsinstrumentarium schiet dan tekort, omdat dit in onvoldoende situaties de mogelijkheid biedt om een aanwijzing te geven, waarmee de minister een specifieke maatregel dwingend kan voorschrijven om het onderwijs aan een school of instelling weer op de rails te krijgen. Een aanwijzing in verband met wanbeheer ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs is immers thans slechts mogelijk, indien sprake is van ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs én de kwaliteit van het stelsel daardoor in gevaar komt. Verder is er geen specifieke grondslag voor het

¹⁷ Kamerstukken II 2022/23, 35 920, nr. 23.

¹⁸ Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. G, p. 8.

¹⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35 920, nr. 3.

²⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35 920, nr. 6.

²¹ Kamerstukken II 2021/22, 35 920, nr. 32.

²² Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. C, p. 2-3.

geven van een aanwijzing ten aanzien van twee basisnormen in onze onderwijswetgeving voor funderend onderwijs: de zorgplicht voor de veiligheid en de burgerschapsopdracht.

Ook biedt het handhavingsinstrumentarium nog geen mogelijkheid om met spoed voorlopige maatregelen aan een bevoegd gezag voor te schrijven, in urgente situaties.

De Minister voor Primair en Voortgezet Onderwijs,

Dennis Wiersma