



Regeling van de samenwerkingsschool in krimpgebieden

Grondwettelijke en wettelijke bandbreedte

Onderzoek voor het ministerie van OCW, directie primair onderwijs

**Nederlands Centrum voor
Onderwijsrecht**

Prof. mr. P.W.A. Huisman

Prof. mr. D. Mentink

Prof. mr. M.T.A.B. Laemers

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

|



Inhoud

1	Aanleiding en onderzoeksvragen	4
1.1	Aanleiding: krimpontwikkelingen en voorgenomen beleidsmaatregelen	4
1.2	Adviescontext en onderzoeksvragen	5
1.3	Methodologie, afbakening en leeswijzer	8
2	Grondwettelijke bandbreedte bij regeling van de samenwerkingschool	10
2.1	Interpretatievrijheid van de wetgever	11
2.1.1	Richtinggevend voor de wetgever: tekst en bedoeling van de Grondwetgever	11
2.1.2	Afronding en conclusies	12
2.2	Grondwet en wetgeschiedenis van de samenwerkingschool: de buitenrand	15
2.2.1	Het primaat van de grondwetgever en het duale onderwijsbestel uitgangspunt	15
2.2.2	In hoeverre legt de grondwetgever de wetgever aan banden?	19
2.2.3	De gedetailleerde wettelijke regeling van 2011 en tien wettelijke garanties voor het behoud van het duale stelsel	22
2.3	Samenvatting, conclusies en uitgangspunten voor de wetgever	23
3	Uitgangspunten voor de wetgever bij de vormgeving van de bestuurlijke inrichting en instandhouding van een samenwerkingschool	28
3.1	De samenwerkingschool als uitzondering: invulling en interpretatie	28
3.2	Instandhouding van een samenwerkingschool door een samenwerkingsbestuur	29
3.3	Instandhouding van een samenwerkingschool door een bevoegd gezag openbaar onderwijs	30
3.3.1	Publiekrechtelijke rechtsvorm in eerdere wetsvoorstellen	30
3.3.2	Publiekrechtelijke rechtsvorm voldoet niet aan grondnorm van 'evenwichtige zeggenschap'	32
3.3.3	Gescheiden rechtspositie juridisch niet mogelijk en niet praktisch	33
3.4	Conclusies en uitgangspunten voor de wetgever	34



4	Kaders bij het toezicht op het openbare karakter en bijzondere identiteit in een samenwerkingschool	36
4.1	Grondwettelijke uitgangspunten en huidige wettelijke regeling	36
4.2	Toezicht op het openbaar onderwijs	38
4.3	Toezicht op het bijzonder onderwijs	40
4.4	Conclusies en uitgangspunten voor de wetgever	41
5	Mogelijkheden aanpassing wettelijk regime totstandkomin samenwerkingsbesturen	44
5.1	Bijzondere totstandkomingsgeschiedenis	44
5.2	De huidige wettelijke regeling: twee belangrijke elementen	45
5.3	Conclusies en uitgangspunten voor de wetgever	47
6	Conclusies en antwoorden	48



1 Aanleiding en onderzoeksvragen

Dit hoofdstuk schetst kort de aanleiding en de centrale onderzoeksvragen. Leerlingendaling vormt een behoorlijke opgave voor het onderwijs. In gebieden met leerlingendaling staan schoolbesturen onder druk: hoe kan ook daar een kwalitatief goed en denominatief divers onderwijsaanbod in stand worden gehouden? De vorming van een samenwerkingschool kan volgens de staatssecretaris soelaas bieden aan schoolbesturen, ouders en leerlingen in deze gebieden. Dit roept wel een aantal constitutioneel-juridische vragen op rond de uitbreiding van de mogelijkheid om te komen tot een samenwerkingschool, en de (bestuurlijke) inrichting daarvan.

1.1 Aanleiding: krimpontwikkelingen en voorgenomen beleidsmaatregelen

Sinds 1 september 2011 is het mogelijk om een samenwerkingschool te vormen (zie de wijziging van de Grondwet in Stb. 2006, 170 en de wet terzake in Stb. 2011, 287). Een samenwerkingschool ontstaat uit een fusie tussen een openbare en een bijzondere school. Om de dualiteit van het stelsel met het eigen karakter van openbaar en bijzonder onderwijs te borgen heeft de wetgever bepaald dat de samenwerkingschool een uitzonderingsconstruct is, waaraan strikte wettelijke voorwaarden zijn verbonden (zie artikel 17d Wpo).¹

Zo is vorming van een samenwerkingschool alleen mogelijk wanneer één van de betrokken scholen in zijn voortbestaan wordt bedreigd. Daarvoor moet één van de scholen binnen zes jaar onder de opheffingsnorm komen. Dit wettelijk uitgangspunt roept vragen op bij de situatie waarin schoolbesturen in gebieden met leerlingendaling worden geconfronteerd. Juist door de krimpproblematiek worden de opheffingsnormen in dunbevolkte gebieden steeds lager, omdat deze gebaseerd zijn op de leerlingdichtheid. Hierdoor wordt niet aan de voorwaarde voor het vormen van een samenwerkingschool voldaan, terwijl er aan de andere kant nu al behoefte kan bestaan aan samenwerking om levensvatbare scholen voor de verdere toekomst te behouden. Ook andere regels kunnen de vorming van samenwerkingscholen in gebieden met leerlingendaling belemmeren. Zo kan op dit moment een openbaar schoolbestuur geen samenwerkingschool besturen. Het personeel van de samenwerkingschool moet een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst hebben en kan geen ambtelijke aanstelling krijgen, zoals in het openbaar onderwijs. De gemeente heeft een rol in het benoemen van het volledige bestuur van de stichting waaronder de samenwerkingschool valt en voor het toezicht op de bijzondere identiteit is een aparte rechtspersoon nodig (zie artikel 17d lid 5 Wpo).

¹ En gelijklopende bepaling artikel 53d Wvo en 28j Wec.



Vanwege deze strikte wettelijk vereisten wordt in gebieden met leerlingendaling steeds vaker gekozen voor een niet wettelijk geregelde oplossing: een fusie met als resultaat een openbare of een bijzondere school, die *informeel* als samenwerkingschool fungeert. Er zijn sinds 2011 slechts twee samenwerkingscholen in formele zin gevormd.²

De staatssecretaris van OCW wil voorkomen dat de huidige wetgeving en de dagelijkse praktijk in krimpgebieden uit de pas gaan lopen. Het regeerakkoord Rutte II zegt hierover het volgende: “In krimpgebieden moeten alle vormen van samenwerking mogelijk zijn. Denominatie noch fusietoets mag daarbij in de weg staan.” In de beleidsvisie ‘Leerlingendaling in primair en voortgezet onderwijs’ van 29 mei 2013³ is een voorstel tot wijziging van de wet aangekondigd waardoor de vorming van de samenwerkingschool makkelijker gemaakt wordt. Dit wetsvoorstel zou onder andere de volgende zaken moeten regelen:

- De eis dat een school met opheffing wordt bedreigd vervalt in dunbevolkte gebieden met leerlingendaling;
- Ook een openbaar bestuur mag een samenwerkingschool besturen;
- Voor het personeel mag worden gekozen: een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of een ambtelijke aanstelling.

In het kader van dit traject wordt momenteel de mogelijkheid tot het vereenvoudigen van de vorming van samenwerkingscholen onderzocht. Hierbij wordt eveneens gekeken naar de wettelijke vereisten die ten grondslag liggen aan het vormen van een samenwerkingsbestuur. Vragen rond de constitutioneel-juridische bandbreedte bij de nadere wettelijke vormgeving zijn hier van belang.

1.2 Adviescontext en onderzoeksvragen

De in 2011 wettelijk geregelde figuur van de samenwerkingschool is een scholenvariant in het bestaande, bij de grondwetsherziening van 1848 gevestigde tweestromenland van enerzijds openbaar onderwijs dat van overheidswege wordt gegeven, en anderzijds het bijzonder onderwijs dat van burgers uitgaat (d.i. individuen en particuliere groepen of organisaties).⁴

² Zie antwoorden op kamervragen van het lid Ypma (PvdA), Aanhangsel Handelingen II 2013/14, nr. 2242.

³ Kamerstukken II 2012/13, 31 293, nr. 167.

⁴ Daarbij past overigens wel de kanttekening dat de grondwetgever van 1848 niet de gemengde openbare school regelde zoals we die nu kennen. Hij gaf geen positieve aanwijzing omtrent het karakter van deze tak van onderwijs. Het duurde tot de Lager-onderwijswet van 1857 (de schoolwet-Van der Bruggen) totdat de strijd over de neutraliteit van de staat en de gemengde openbare school door de onderwijswetgever werd beslecht (geen openbare gezindtenscholen e.d). Daarbij regelde hij tevens dat godsdienstonderwijs in de schoollokalen *buiten de schooluren* door kerkgenootschappen kon worden gegeven. Uitgangspunt was derhalve het ongeschreven staatsrechtelijk beginsel van scheiding van kerk en staat. De grondwetgever van 1917 ging van dit in 1857 ingevoerde model uit, dat tot de dag vandaag de grondslag vormt van de inrichting van ons onderwijsbestel. Zie verder D. Mentink en B.P. Vermeulen, Artikel 23 Grondwet, de basis van het Nederlandse onderwijsrecht, Den Haag 2011, p. 23.

De samenwerkingschool is al jaren een veel besproken onderwerp. Zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer, maar ook de Raad van State en de Onderwijsraad heeft zich diverse malen gebogen over de fusie tussen een openbare en een bijzondere school. Gezien deze achtergrond en de complexiteit van de wetgeving, is de centrale vraag in dit onderzoek: *Welke ruimte bieden de grondwettelijke kaders voor het vereenvoudigen van de vorming van samenwerkingscholen in gebieden met leerlingendaling?*

Hierbij blijft de waarborging van het duale stelsel uitgangspunt. Tegelijkertijd zullen eventuele wetsvoorstellen ook recht moeten doen aan de noden van scholen in gebieden met leerlingendaling. Het adviesrapport heeft samengevat de volgende centrale en concrete vragen te beantwoorden:

1. *Welke mogelijkheden zijn er in constitutioneel opzicht om de reikwijdte van de wettelijke regeling voor de samenwerkingschool te verruimen in gebieden met leerlingendaling?*

De beleidsvisie leerlingendaling formuleert het voorstel om in gebieden met leerlingendaling de eis te laten vervallen dat één van de scholen binnen zes jaar onder de opheffingsnorm moet komen voordat de vorming van een samenwerkingschool is toegestaan. Welke constitutionele randvoorwaarden gelden hier, zonder afbreuk te doen aan het uitgangspunt dat de samenwerkingschool alleen is toegestaan in uitzonderingssituaties? Zie verder ook deelvraag 4.

2. *Welke voorwaarden, gelet op artikel 23 Gw, dienen gesteld te worden aan de bestuurlijke inrichting van een rechtspersoon voor de instandhouding van samenwerkingscholen?*

Zowel de Wvo als de Wpo stelt thans strikte eisen aan de bestuurlijke inrichting van rechtspersonen die een samenwerkingschool in stand houden. Deze eisen zijn volgens de beleidsbrief voor schoolbesturen een belemmering om een samenwerkingschool in de formele zin te vormen. De vraag is in hoeverre deze eisen gelet op het grondwettelijk kader noodzakelijk zijn om voldoende waarborgen te bieden voor het duale stelsel. Een belangrijke subvraag in dit verband is een onderzoek naar de mogelijkheid voor een stichting voor openbaar onderwijs of een samenwerkingsbestuur om een samenwerkingschool in stand te houden. Daarbij zou – gelet op algemene bevindingen en het antwoord op vraag 1- een toetsing moeten plaatsvinden:

- van een regeling waarbij een bestuur (één of meerdere) openbare scholen en (één of meerdere) samenwerkingscholen in stand houdt, en;
- een regeling waarbij een samenwerkingsbestuur een samenwerkingschool in stand houdt.

3. *Kan, gelet op 23 Gw, er sprake zijn van een onderscheiden rechtspositie van het personeel binnen de samenwerkingschool?*

Uit de vraag naar de bestuurlijke inrichting vloeit de vraag voort wat de gevolgen zijn voor de rechtspositie van het personeel. In de huidige wetgeving is het personeel dat verbonden is aan een samenwerkingschool altijd aangesteld krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (artikel 17d lid 4 Wpo). Is juridisch een constructie mogelijk, mede in het licht van 23 Gw en overige onderwijsregelgeving, waarbij het bevoegd gezag van een rechtspersoon die



openbare en samenwerkingscholen in stand houdt, de optie heeft voor wat betreft het personeel te kiezen tussen een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of een aanstelling als ambtenaar?⁵

4. *Welke opties zijn er, gelet op de constitutionele kaders, om het toezicht op het openbare karakter en de bijzondere identiteit van het onderwijs vorm te geven?*

Ook het toezicht op het openbare karakter en de bijzondere identiteit zijn thans in de wet strikt verankerd. Dit is mogelijk een belemmering om een samenwerkingschool in formele zin te vormen. De vraag is aldus in welke zin het toezicht vanwege de gemeente voor wat betreft het openbaar onderwijs en een externe rechtspersoon vanwege het bijzonder onderwijs noodzakelijk is. Elementen bij deze afweging kunnen zijn:

- Is toezicht als zodanig noodzakelijk of zijn er andere vormen denkbaar om de duurzaamheid van het karakter van het openbaar onderwijs en de denominatie van het bijzonder onderwijs te waarborgen?
- Indien toezicht uitgangspunt blijft, is het mogelijk dat het toezicht van de gemeente op het openbare karakter van het onderwijs op de samenwerkingschool bij een bijzonder schoolbestuur niet op bestuurlijk niveau, maar op het niveau van de samenwerkingschool wordt geregeld?
- Indien toezicht uitgangspunt blijft, is het noodzakelijk om het toezicht op de bijzondere identiteit van de samenwerkingschool te regelen via de overdragende rechtspersoon of de instelling van een aparte rechtspersoon? Is het bijvoorbeeld mogelijk om dit via een wettelijk verankerde identiteitscommissie te regelen?

De voornemens bij de aanpak van de krimp hebben tevens een mogelijke weerslag op de vorming van samenwerkingsbesturen. Sinds de inwerkingtreding van de wet fusietoets is de vorming van een samenwerkingsbestuur eveneens aan strikte regels gebonden. Daarom is in dit rapport tevens de volgende vraag te beantwoorden:

5. *Op welke wijze is het, gelet op de constitutionele kaders, mogelijk dat in gebieden met leerlingendaling binnen het duale stelsel ruimte worden geboden voor de vorming van samenwerkingsbesturen?*

Op dit moment geldt ook voor de vorming van samenwerkingsbesturen de eis dat één van de betrokken scholen met opheffing moet zijn bedreigd. Daarnaast is de vorming van een samenwerkingsbestuur altijd fusietoetsplichtig. In gebieden met leerlingendaling kunnen deze regels de instandhouding van een divers onderwijsaanbod belemmeren. Een mogelijkheid zou kunnen zijn om de vorming van samenwerkingsbesturen in de fusietoets op dezelfde manier te behandelen als andere bestuurlijke fusies. Is dit mogelijk zonder afbreuk te doen aan het duale stelsel?

⁵ Hierbij is ook in ogenschouw te nemen het initiatiefwetsvoorstel inzake normalisering rechtspositie ambtenaren, Kamerstukken II 2013/14, 32 550.



1.3 Methodologie, afbakening en leeswijzer

Gezien de aard van de vraag en de beperkte doorlooptijd is dit onderzoek verricht met behulp van desk-research, raadpleging van literatuur, Kamerstukken en verwijzing naar relevante jurisprudentie.

Hoofdstuk 2 start met een analyse over de mogelijkheden tot interpretatie en herinterpretatie van de wetgever, aan de hand van een beknopte historische terugblik. Welke bandbreedte heeft de wetgever in algemene zin met het oog op de Grondwet? Voor dit onderzoek is met name relevant dat artikel 23 Grondwet nog vrij recentelijk is gewijzigd, juist omwille van het wettelijke mogelijk maken van de samenwerkingsschool. Vervolgens zal in worden gegaan op de grondwettelijke bandbreedte ten aanzien van de regeling van de samenwerkingsschool. De 'bijgeleverde' proeve van een wetsvoorstel speelde een belangrijke rol in de parlementaire discussie. Uit de grondwettelijke discussie zijn enkele uitgangspunten geformuleerd die als richtsnoer gelden voor de (toekomstige) wetgever. Dit hoofdstuk beantwoordt de eerste deelvraag en bevat centrale uitgangspunten voor de beantwoording van de overige vragen.

Hoofdstuk 3 gaat, mede op basis van de analyse van hoofdstuk 2, in op de vraag van de totstandkoming van een samenwerkingsschool (deelvraag 2). De samenwerkingsschool is een uitzondering op de regel dat openbaar onderwijs in een openbare school, en bijzonder onderwijs in een bijzondere school wordt gegeven, maar in hoeverre heeft de grondwetgever hier richtpunten meegegeven voor de wetgever? Tevens is getoetst of een samenwerkingsschool door een rechtspersoon met openbare scholen (stichting voor openbaar onderwijs) of bijzondere scholen en openbare scholen (samenwerkingsbestuur) in stand kan worden gehouden. Omdat het antwoord op de derde deelvraag voortvloeit uit de tweede, is in dit hoofdstuk tevens een antwoord op de derde deelvraag : de mogelijkheid voor het bevoegd gezag een splitsing aan te brengen in de rechtspositie (arbeidsovereenkomst of aanstelling als ambtenaar).

Hoofdstuk 4 beschrijft de mogelijkheden, getoetst aan de uitgangspunten in hoofdstuk 2, om het toezicht op het openbaar onderwijs, dan wel de identiteit ten aanzien van het bijzonder onderwijs anders vorm te geven dan het huidig wettelijk kader. Zo is de vraag of het toezicht altijd extern moet worden belegd, of dat dit ook via interne vormen van toezicht kan geschieden, en of daarbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen het openbaar en bijzonder onderwijs.

Hoofdstuk 5 behandelt de vraag inzake de mogelijkheid om de huidige wettelijke regeling van de fusietoets om een samenwerkingsbestuur te vormen kan worden aangepast in de krimpgebieden, gelet op de uitgangspunten van artikel 23 Gw en het duale stelsel.

Tot slot bevat hoofdstuk 6 de conclusies, gericht op de kaders voor de wetgever en wetgeving gericht op de verruiming van de mogelijkheid van samenwerkingsscholen in krimpgebieden. Dit hoofdstuk is tevens te lezen als managementsamenvatting.





2 Grondwettelijke bandbreedte bij regeling van de samenwerkingschool

De wetgever kon het geven van openbaar en bijzonder binnen één (samenwerkings)school pas regelen nadat het vierde lid van artikel 23 Grondwet (over het aanbod van openbaar onderwijs) was gewijzigd. Met die grondwetsherziening van 2006 moest elke politieke twijfel worden weggenomen dat de samenwerkingschool een toelaatbare constructie binnen het huidige duale onderwijsbestel zou zijn. Gegeven deze totstandkomingsgeschiedenis ligt het voor de hand dat de centrale vraag van de adviesopdracht zich richt op het onderwijsartikel in de Grondwet. Opdrachtgever wil weten welke grondwettelijke ruimte er is voor het vereenvoudigen van de vorming van samenwerkingscholen in krimpgebieden. Of zoals de eerste in paragraaf 1.2 geformuleerde onderzoeksvraag luidt: *Welke mogelijkheden zijn er in constitutioneel opzicht om de reikwijdte van de wettelijke regeling voor de samenwerkingschool te verruimen in gebieden met leerlingdaling?*

Onderwijsjuridisch gezien gaat het bij deze vraag om het analyseren van de grondwettelijke randvoorwaarden die het handelen van de (toekomstige) wetgever structureren en normeren bij de regeling van de samenwerkingschool. Voor de beantwoording van deze vraag naar de grondwettelijke bandbreedte waarbinnen de wetgever kan opereren, is uiteraard eerst helderheid te verschaffen over de vraag hoe artikel 23 van de Grondwet door de wetgever dient te worden uitgelegd. Aan de orde is hier de kwestie van de door de wetgever te hanteren interpretatiemethode(n) bij de uitleg van de reikwijdte en de betekenis van de desbetreffende grondwettelijke bepalingen. In paragraaf 2.1 komt dit vraagstuk aan de orde en wordt onderzocht welke opvatting de grondwetgever daarover heeft. Ons onderzoek richt zich op de recente herziening van artikel 23 lid 4 Grondwet ten behoeve van een wettelijke regeling van de samenwerkingschool. Het blijkt dat de (toekomstige) wetgever gebonden is aan de geschiedenis en de uitleg die de grondwetgever aan artikel 23 Grondwet heeft gegeven. Gegeven deze conclusie was het voor ons onderzoek vervolgens van betekenis nauwgezet de wordingsgeschiedenis van de samenwerkingschool in kaart te brengen en te analyseren aan welke constitutionele uitgangspunten de wetgever volgens de grondwetgever gebonden is. In paragraaf 2.2 wordt verslag van dit onderzoek gedaan. Niet alleen zichtbaar wordt de moeite die grondwetgever en wetgever hebben gedaan om zo goed mogelijk de figuur van de samenwerkingschool binnen het duale onderwijsbestel te regelen. Ook duidelijk wordt dat de wetgever binnen de door de grondwetgever aangegeven randvoorwaarden of uitgangspunten voor wettelijke regeling van de samenwerkingschool zijn eigenstandige keuzen in uitwerking en detaillering kon en kan maken. Het betreft hier, met andere woorden, een vorm van wetgevingsbeleid. In de tijd en als gevolg van veranderende omstandigheden kan dit beleid van opzet, inhoud en intensiteit wijzigen. Dit geldt in het bijzonder ook voor het wetgevingsbeleid met betrekking tot gebieden met structurele leerlingdaling.



2.1 Interpretatievrijheid van de wetgever

2.1.1 Bandbreedte en buitengrens

Het is net zoals bij de wet: *de* grondwetsbepaling bestaat niet. Zo zijn er strafrechtelijke wetten, fiscale wetten en milieuwetten met uiteenlopende soorten bepalingen.⁶ Zo kent de Grondwet zowel klassieke als sociale grondrechten, bevat artikel 23 Grondwet beide en hebben de afzonderlijke artikelleden van dit onderwijsartikel hun eigen karakteristiek en problemen bij uitleg en uitwerking door de wetgever. Bij die problemen moet vooral gedacht worden aan meningsverschillen die samenhangen met vragen over de *reikwijdte* van de desbetreffende bepalingen en grondrechtelijke begrippen, bijvoorbeeld over wat moet worden verstaan onder ‘eisen van deugdelijkheid’ en ‘richting’ in het vijfde artikellid. Maar stel dat een uitleg aan de hand van de tekst geen uitsluitel geeft. Heeft de toekomstige wetgever dan meer of minder de vrije hand, afhankelijk van de dan bestaande maatschappelijke en politieke kaders?⁷ En zo nee, wat is dan te doen om een conflict over de normatieve werking van een grondrechtbepaling te beslechten? Bij het openbaar onderwijs betreft het de normativiteit van de grondwettelijke garantie omtrent het aanbod van openbaar onderwijs (art. 23 lid 3 en 4 Gw); bij het bijzonder onderwijs betreft het de vrijheid van onderwijs, toegespitst op de vrijheid van inrichting.

Een grensprobleem van al dan niet ‘*unconstitutionality*’ deed zich voor bij het onderhavige onderwerp van de samenwerkingsschool.⁸ De regering moest in dit geval de ‘koninklijke weg’ van de grondwetsherziening kiezen omdat volgens de christelijke partijen de constructie van de samenwerkingsschool, zelfs als uitzondering, niet paste binnen de grondwettelijke ruimte die artikel 23 lid 4, tweede volzin Grondwet de wetgever aanreikte. Door aanscherping van de tekst van dit artikellid werd bij deze kwestie tussen regering en parlement – in hun hoedanigheid van grondwetgever – consensus bereikt over de vraag tot hoever de *buitengrens* van aanvullende wettelijke mogelijkheden zich precies uitstrekt om te kunnen voldoen aan de *garantiefunctie* van het openbaar onderwijs. Dus nu expliciet ook voor de mogelijkheid te regelen dat openbaar onderwijs buiten de openbare school in een samenwerkingsschool kan worden gegeven. De in 2006 gewijzigde tekst is daar vrij precies over. In de tweede volzin van het vierde lid wordt gesproken over het ontvangen van zodanig onderwijs, ‘*al dan niet in een openbare school*’.

Soms is een concrete grondwetsstekst nog niet voldoende, en blijkt hoe sterk opvattingen over de (tekstuele) kwaliteit van een grondwettelijk voorschrift afhankelijk kunnen zijn van het politiek-ideologische perspectief van waaruit geoordeeld wordt.⁹ Meer dan illustratief is de argumentatie

⁶ In het voetspoor van Ph. Eijlander, *De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving*, Zwolle 1993, p. 193-194.

⁷ Vgl. voor deze vraag het standpunt van de regering bij de behandeling van het wetsvoorstel ‘Goed onderwijs, goed bestuur’. Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 9, p. 18.

⁸ D. Mentink, *Het rigide grondwetsartikel en ontwikkelingen rond constitutionele toetsing*, in: NTOR-Jaarboek onderwijsrecht 2002-2004, p. 36-39.

⁹ Vgl. over deze politieke dimensie van het concept (grond)wetgevingskwaliteit: Ph. Eijlander, *Het wetgevingsbeleid na de bruikbare rechtsorde. In de beperking toont zich de meester?*, Preadvies voor de jaarvergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Nijmegen 2007, p. 38-39.

van de kleine christelijke fracties in de Eerste Kamer om bij tweede lezing tegen het voorstel van grondwetswijziging te stemmen. De interpretatie van het uitzonderingskarakter van de samenwerkingschool, zoals nader geclausuleerd in de *Proeve van wet*, was niet in de voorgestelde grondwetswijziging tot uitdrukking gebracht.¹⁰ En dat betekende te weinig rechtszekerheid met te veel ruimte voor een modificerende interpretatie door de wetgever. Aldus het fenomeen van de toekomstige wetgever als ‘verdacht’ interpreet, en allermint een onbekend verschijnsel in de wordingsgeschiedenis van dit artikellid.¹¹ Zowel in 1848 en 1917 werd gestreden voor een zo uitgewerkt mogelijke tekst om de wetgever zoveel mogelijk te binden aan de bedoeling van de grondwetgever. Destijds waren het echter de liberalen die streden voor een veel scherpere normering van de *alomtegenwoordigheid* van het openbaar (lager) onderwijs.¹² In het onderhavige geval betrof het de inzet van confessionele fracties, in hun vrees voor aantasting van het duale stelsel en in hun principiële belang van de gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs.

Het vorenstaande impliceert niet dat bij elke fundamenteel politieke twijfel over de reikwijdte van de *basisnormen* van het grondwetsartikel de weg van grondwetsherziening ingeslagen dient te worden om interpretatieve overeenstemming te bereiken. Ook op andere wijze kan een interpretatieconflict worden beslecht. Klassieke voorbeelden in het constitutionele onderwijsrecht betreffen de uitleg van het primaat van de wetgever in het kader van het decentralisatiebeleid (de zgn. kwestie van verticale delegatie) en voorts de wettelijke regeling van privaatrechtelijk bestuurd openbaar onderwijs door een zgn. overheidsstichting. In beide gevallen markeerde de wetgever de uiterste grens van zijn constitutionele speelruimte opnieuw door zijn uitleg te baseren op relevante ontwikkelingen in de rechtswetenschap.¹³

2.1.2 Richtinggevend voor de wetgever: tekst en bedoeling van de grondwetgever

In het Nederlandse rechtstelsel heeft de wetgever de exclusieve bevoegdheid grondwetsbepalingen uit te leggen (art. 120 Gw). De gang van zaken rond de samenwerkingschool laat echter zien dat de politieke legitimiteit van zijn uitleg beslissend voor hem is om zijn doel te bereiken. En gezien de positie die artikel 23 Grondwet in de Nederlandse onderwijssamenleving als basiswet inneemt, is voor de wetgever naast de tekst een uitleg aan de hand van de bedoeling van de grondwetgever leidend. Daarover het volgende.

¹⁰ Handelingen I 14 maart 2006, p. 21-961.

¹¹ Deze term is ontleend aan I.C. van der Vlies, *De gezichten van de Grondwet*, Regelmaat 1996, p. 189.

¹² Zie het op verzoek van de Tweede Kamer opgestelde advies van P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen*, juni 2011, p. 32-33.

¹³ D. Mentink, ‘Artikel 23? Een groen uitgeslagen grafmonument’. Over constitutionele interpretatie, openbaar onderwijs en de speelruimte voor de toekomstige wetgever, *NTOR* 2006, nr. 3, p. 140.

2.1.2.1 Welke interpretatiemethode?

Er bestaat geen theorie over *de* grondwetsinterpretatie als het gaat om een rangorde tussen de verschillende interpretatiemethoden.¹⁴ Wel wordt door vrijwel alle grondwetsinterpretatoren, in het licht van de tekst, naar de historische bedoeling van de grondwetgever gekeken. Met andere woorden, bij grondwetsinterpretatie vormt de historisch-grammaticale interpretatiemethode de harde kern van de argumentatie-opbouw.¹⁵ Daarbij kan in voorkomende gevallen een uitleg worden gevonden aan de hand van vooral ook de teleologische interpretatiemethode, die meer sociologisch is georiënteerd en die door zijn gerichtheid op de (constitutionele) praktijk vaak meer speelruimte voor de wetgever oplevert. Meestal wordt deze methode toegepast als andere benaderingen geen resultaat opleveren.¹⁶ Anders is er het risico dat actuele omstandigheden en beleidsmatige voorkeuren de grondwettelijke normen in normatieve zin onder druk zetten ofwel de overhand krijgen. Aldus het probleem van wat in de literatuur wordt genoemd de ‘normative Kraft des Faktischen’ in plaats van de ‘faktische Kraft des Normativen’.

2.1.2.2 De bepalende betekenis van de onderwijspacificatie

Bij de uitleg van het bepaalde in artikel 23 Grondwet weet de wetgever zich gebonden door de bedoeling van de grondwetgever en de traditie van op deze bepaling gebaseerde onderwijswetgeving.

Deze voorkeur voor de historische interpretatiemethode heeft alles te maken met de directe verbondenheid van dit grondwetsartikel met de onderwijspacificatie van 1917, het jaar waarin de grondwetgever de basis legde voor het huidige duale onderwijsbestel, de rol van de (rijks)overheid en de wijze van bekostiging. De hedendaagse waarderingen over dit directe verband lopen in en buiten de onderwijspolitiek uiteen. Onderwijsrechtelijk gezien valt echter te constateren dat sinds de grondwetsherziening van 1917 de tekst van het grondwetsartikel redactioneel nauwelijks is gewijzigd en dat de enige inhoudelijke wijziging, vanwege de samenwerkingschool, pas in 2006 tot stand kwam. Daarbij moet tevens bedacht worden dat bij de algehele grondwetsherziening van 1983 het onderwijsartikel als enige grondwetsbepaling buiten deze herziening bleef.¹⁷ Er bleek een onvoldoende onderwijspolitiek draagvlak voor tekstuele wijzigingen die consequenties zouden kunnen hebben voor de (heersende) uitleg van onderdelen van het grondwetsartikel op basis van de verworvenheden van onderwijspacificatie en de bedoeling van de (oorspronkelijke) grondwetgever.

In deze gang van zaken ligt de superioriteit van het onderwijsartikel in de onderwijssamenleving besloten. Al vanaf de grondwetsherziening van 1848 vormt dit artikel de uitgangsbasis én de sleutel voor het beslechten van onderwijskwesties waarover in de politiek principiële onenigheid ontstaat.

¹⁴ Gezien de onderzoeksopdracht gaan we verder voorbij aan de interpretatie van bepalingen in internationale verdragen.

¹⁵ In de woorden van D. J. Elzinga, Vier vuistregels voor grondwetsinterpretatie in zijn boek: *Oculi Iustitiae. Pleidooien voor een contextuele rechtsbenadering*, Deventer 1997, p. 63 en 71.

¹⁶ Vgl. ook Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*, Den Haag juli 2002, p. 19.

¹⁷ Zie verder D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag 2011, p. 27-29.

De parlementaire geschiedenis van de onderwijswetgeving is daardoor getekend. Een recent voorbeeld betreft de parlementaire behandeling in 2010 van het initiatiefwetsvoorstel-Van Dijk over de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen. Is een dergelijke aanscherping toelaatbaar in het licht van door de wetgever te stellen eisen van deugdelijkheid? In het debat erover keek de Tweede Kamer zelfs terug naar de bedoelingen van de grondwetgever van 1848.¹⁸

2.1.2.3 De wetgever en de vaste lijn volgens de grondwetgever

Een regering die zich tot doel stelt ingrijpende vernieuwingen via wetgeving te realiseren, kan artikel 23 Grondwet op haar weg vinden met betrekking tot de gewenste beleidsruimte voor regelgeving. Bepalingen in dit artikel kunnen dan ‘knellen’ op grond van de heersende uitleg. Daarom is het niet verwonderlijk dat in dergelijke omstandigheden de onderwijswetgever een voorkeur heeft voor een (dynamische) grondwetsuitleg die zoveel mogelijk bij de actualiteit en de beleidsintenties aansluit. Het betreft dan een interpretatie aan de hand van de hierboven genoemde teleologische methode.

Bij de behandeling van het aanvankelijke wetsvoorstel over de samenwerkingschool (en daarna alleen over het samenwerkingsbestuur) liet staatssecretaris Netelenbos hierover geen onduidelijkheid bestaan. Zij verklaarde voorstander te zijn om artikel 23 teleologisch te verklaren, waardoor de ontwikkeling van de maatschappij in de beoordeling meegewogen kon worden. Een beoordeling op louter historische gronden zou te rigide zijn. En verder in haar woorden: “Dat leidt er op den duur toe dat je een geconserveerd en bevroren stelsel krijgt, dat absoluut niet meer past in een samenleving anno 1998 of – dat klinkt mooier – een samenleving van het jaar 2000. Het bestel gaat daardoor kraken en voldoet niet meer.”¹⁹ Deze zienswijze is vaker uitgesproken, nog in 2009 bij de schriftelijke behandeling van het voorstel van Wet goed onderwijs en goed bestuur. Op een vraag van de SGP-fractie waar de regering de principiële grens legt waarop inbreuk niet meer is toegestaan, antwoordde de regering: “De interpretatie van artikel 23 Grondwet is in de loop der jaren gewijzigd. Artikel 23 Grondwet wordt derhalve gelezen en geïnterpreteerd volgens de op dat moment bestaande maatschappelijke en politieke kaders. Dat zal in de toekomst ongetwijfeld ook het geval zijn. Om die reden kan een principiële grens ook niet worden getrokken.”²⁰ Daar bleef het overigens bij voornoemd wetsvoorstel op het punt van het waarborgen van de basiskwaliteit van scholen niet bij gezien de rekkelijke argumentatie van de regering om de legitimatie voor het opleggen van minimumleerresultaten via een bekostigingsvoorwaarde in artikel 23 lid 1 Grondwet te vinden.²¹

De wetgever is echter niet de grondwetgever. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de grondwetgever zich met deze uitlegmaterie nauwelijks of niet beziggehouden. Geheel anders ligt dat bij het onderwijsartikel. Bij de behandeling van het tweede lezingvoorstel over wijziging van artikel 23 lid 4 Grondwet ten behoeve van de samenwerkingschool stelde de regering, als

¹⁸ Handelingen II 15 april en 22 april 2010, p. 77-6544 (De Vries, CDA) en p. 80-6803 (Van Dijk, CDA).

¹⁹ Handelingen I 21 april 1998, p. 28-1431.

²⁰ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 9, p.18.

²¹ Er is nog meer. Uitgebreid daarover: D. Mentink en J. Sperling, Ontwikkelingen rondom het constitutionele onderwijsrecht, NTOOR-Jaarboek onderwijsrecht 2006-2010, p. 53-56.

medegroundwetgever, zich op het standpunt dat de *historisch-grammaticale* methode richtinggevend voor de wetgever is.²² Zij werd tot deze expliciete uitspraak in de slotfase van de behandeling (nogmaals)²³ gedwongen vanwege de aanhoudende zorg aan confessionele zijde over de handelingsruimte van de toekomstige wetgever.

2.1.3 Afronding en conclusies

De onderwijswetgever weet zich bij zijn constitutionele speelruimte beperkt door de geschiedenis en de uitleg die door de (oorspronkelijke) grondwetgever aan de betreffende grondrechtelijke norm is gegeven. De parlementaire praktijk wijst dat in hoge mate uit. Tevens laat die praktijk zien dat de wetgever in voorkomende gevallen de uiterste grenzen van het grondwetsartikel opzoekt om haar zorgplicht voor een pluriform stelsel van kwalitatief goede onderwijsvoorzieningen te kunnen aanscherpen. Dat gebeurt via de teleologische interpretatiemethode.

Nog zeer recentelijk heeft de medegroundwetgever bij de behandeling van de grondwetsherziening ten behoeve van de samenwerkingsschool zich op het standpunt gesteld dat de historisch-grammaticale interpretatiemethode richtinggevend is.²⁴ Dit standpunt is niet tegengesproken. Deze uitspraak van de grondwetgever is zeer opvallend, want een dergelijk standpunt is tot op heden alleen zo duidelijk door de grondwetgever verwoord met betrekking tot het grondwetsartikel over onderwijs.²⁵

2.2 Grondwet en wetsgeschiedenis van de samenwerkingsschool: de buitenrand

2.2.1 Het primaat van de grondwetgever en het duale onderwijsbestel uitgangspunt

2.2.1.1 De voorgeschiedenis van een vastgelopen wetsvoorstel

De wettelijke regeling van de samenwerkingsschool kent een zeer lange voorgeschiedenis die teruggaat tot de jaren zestig van de vorige eeuw.²⁶ Op de politieke agenda kwam de

²² Nadere memorie van antwoord, Kamerstukken I 2004/05, 28726, E, p. 1. Zie ook Kamerstukken C (p. 1-2) en D (p. 1-2).

²³ Al eerder helder in de Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2002/03, 28726, nr. 5, p. 2: "De speelruimte die de wetgever bij de politieke uitleg van artikel 23 Grondwet heeft, is altijd beperkt door de geschiedenis en de uitleg die er aan gegeven is door de grondwetgever. Naarmate de bedoeling van de grondwetgever duidelijker is, staat het de wetgever minder vrij om een andere invulling te geven dan de grondwetgever voor ogen stond."

²⁴ Getwist kan worden over deze formulering of de formulering 'grammaticaal-historische' interpretatiemethode. Eerder in het debat stelde de regering zich op het standpunt dat 'de reikwijdte en de betekenis van een grondwetswijziging in de eerste plaats wordt bepaald door de tekst en in de tweede plaats door de bedoeling van de grondwetgever'. Zie Handelingen II 1 april 2004, p. 4048. Hoe het zij, vanzelfsprekend blijft dat allereerst naar de tekst van een grondwetsbepaling wordt gekeken.

²⁵ Volledigheidshalve: in deze lijn ook de zienswijze van de Onderwijsraad in zijn recent advies over de interpretatie van het grondwetsartikel, getiteld: Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, Den Haag 2012, p. 78.

²⁶ Uitvoerig daarover P.W.A. Huisman, De samenwerkingsschool. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs (diss. KU Nijmegen), Den Haag 2002, p. 77 e.v.

samenwerkingsschool in 1990, het jaar dat het kabinet Lubbers III de Tijdelijke Adviescommissie Samenwerkingsscholen instelde. Het eindrapport verscheen een jaar later. En na enige parlementaire druk²⁷ – in een periode van schaalvergroting in het basisonderwijs – publiceerde het kabinet een *voorontwerp van wet* waarin naast twee nieuwe bestuursvormen voor het openbaar onderwijs (de overheidsstichting en de openbare rechtspersoon) de samenwerkingsschool werd geregeld. De kritiek daarop was niet gering, vooral uit de kring van de confessionele politiek en van de zijde van de twee vaste adviescolleges van de regering: de Onderwijsraad en de Raad van State. Beide colleges wezen de voorgestelde constructie van de samenwerkingsschool af vanwege strijd met het in artikel 23 Grondwet verankerde dualistisch onderwijsbestel: het onderwijs is openbaar ofwel bijzonder. Met andere woorden, *tertium non datur*.²⁸

Medio 1994 trad het ('parse') kabinet-Kok I aan en al spoedig daarna, in april 1995, werd twee afzonderlijke wetsvoorstellen bij de Tweede Kamer ingediend: één over twee nieuwe bestuursvormen voor het openbaar onderwijs en één over de samenwerkingsschool.²⁹ Wat deze variant van openbaar en bijzonder onderwijs betreft had de regering het zich niet gemakkelijk gemaakt door aanvankelijk met twee publiekrechtelijke en één privaatrechtelijke variant (de stichtingsvorm) te komen. Al snel daarna moest zij concluderen dat aan de publiekrechtelijke constructies te veel juridische haken en ogen zaten: er zou dan sprake zijn van een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.³⁰ Maar het terugbrengen tot de variant van de stichting was geen garantie voor een soepele voorgang van de behandeling van het gewijzigde wetsvoorstel. De regering zag zich zelfs genoodzaakt de Onderwijsraad opnieuw om advies te vragen, maar dat leverde geen nieuwe gezichtspunten op.³¹

De principiële kwestie bleef de constitutionele vraag over positie van de samenwerkingsschool binnen het twee stromenland van openbaar en bijzonder onderwijs. De regering zag hier geen belemmeringen en oordeelde met de voorgestelde constructie nadrukkelijk vast te houden aan de uitgangspunten van het duale stelsel en de basisregels in het constitutionele recht. Wie had gelijk? In de (politieke) uitleg van artikel 23 Grondwet botsten hier als het ware twee belangen: aan de ene kant de zorg voor het behoud van de verworvenheden van de onderwijspecificatie, en aan de andere kant de wil om in te spelen op veranderende maatschappelijke omstandigheden en ontwikkelingen

²⁷ Motie-De Cloe c.s., Kamerstukken II 1993/94, 23070, nr. 30.

²⁸ Advies Onderwijsraad d.d. 11 februari 1994, gepubliceerd in: Uitleg 1994, nr 7, p. 21-23; Advies Raad van State d.d. 19 oktober 1994, Kamerstukken II 1994-1995, 24127, A.

²⁹ Na eerst nog in februari 1995 advies te hebben gevraagd aan een aantal staatsrechtgeleerden. Staatssecretaris Netelenbos stuurde deze adviezen bij brief van 14 juni 1995 naar de Tweede Kamer. Kamerstukken II 1994/95, 24137, nr. 4.

³⁰ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1995-1996, 24137, nr. 6, p. 10-11; Nota van wijziging, Kamerstukken II 1995/96, 24137, nr. 7.

³¹ Advies van de Onderwijsraad d.d. 27 juni 1996, OR 96000070/Alg.

in het onderwijs. Een teleologisch gerichte argumentatie van de regering past daarbij.³² Het gevolg was dat belangrijke zaken op basis van de tekst en de context van artikel 23 lid 4 Gw discutabel bleven. Zo gaf het wetsvoorstel de gemeenteraad meer of minder een blanco volmacht om openbaar onderwijs in een samenwerkingschool als reguliere vorm aan te bieden. Maar een dergelijke inperking van het sociale grondrecht van een openbare (basis)school in de eigen gemeente, laat zich toch niet in dit artikellid lezen?³³

Hoe het zij, de meningsverschillen bleven overeind hoewel de regering aan de kritiek tegemoet kwam door op een belangrijk onderdeel als het toezicht op het behoud van het openbare karakter ofwel de identiteit het wetsvoorstel aan te scherpen. Tegelijkertijd presenteerde zij de ‘afgezwakte’ variant van het samenwerkingsbestuur als bestuurlijke paraplu voor openbare en bijzondere scholen.³⁴ Het samenwerkingsbestuur haalde de eindstreep van het Staatsblad in april 1998 (zie verder paragraaf 2.2.3). Met de samenwerkingschool in het wetsvoorstel liep het minder voorspoedig af. Na een opnieuw uitgebracht negatief advies van de Raad van State over constitutionele aspecten rond de samenwerkingschool – en voornamelijk zijn kritiek op het onvoldoende waarborgen van de ‘overheersende overheidsinvloed’ op het openbaar onderwijs – gaf de regering zich politiek gewonnen.³⁵

2.2.1.1 De cruciale rol van de Onderwijsraad: een grondwetstekst en de contouren van een wettelijke regeling

De weg naar wijziging van het grondwetsartikel werd nu ingeslagen om een wettelijke regeling van de samenwerkingschool alsnog te kunnen realiseren. Maar hoe moest een dergelijke wijziging er dan uitzien en welke alternatieven waren onderwijsrechtelijk te onderscheiden?³⁶ Het inmiddels aangetreden kabinet-Kok II verzocht eind 1998 de Onderwijsraad met een voorstel te komen dat aan de in het parlement naar vorengebrachte grondwettelijke bewaren tegemoet kon komen. Optredend als ‘pacificatie’-orgaan zou zijn advies een politiek legitimerende functie kunnen vervullen. Het advies, getiteld ‘Samen verder’, verscheen januari 2000.

Kern ervan was het voorstel tot een zodanig aangepaste formulering van de tweede volzin van artikel 23 lid 4 Grondwet dat er geen enkele onduidelijkheid kon bestaan over de vraag of openbaar onderwijs ook buiten de openbare school gegeven kon worden. De formulering kwam erop neer dat in de eerste volzin nadrukkelijk over *openbare* scholen werd gesproken en in de tweede volzin bepaald werd dat ‘tot het ontvangen van zondanig onderwijs, *al dan niet in de vorm van een*

³² Zoals in Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1994/95, 24137, nr. 3, p. 7 en 11 (‘Volgens ondergetekenden is een redelijke interpretatie van het grondrecht met oog voor ontwikkelingen in de praktijk geboden’).

³³ Vgl. bijvoorbeeld Kamerstukken II 1995/96, 24137, nr. 6, p. 22 en 24.

³⁴ Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 1996/97, 24137, nr. 12.

³⁵ Advies Raad van State d.d. 29 augustus 1997 en Nader rapport d.d. 29 september 1997; Kamerstukken II 1997/98, 24137, B, p. 2. Verder de brief aan de Tweede Kamer d.d. 30 september 1997, Kamerstukken II 1997/98, 24137, nr. 15.

³⁶ Vgl. D. Mentink, Het bijzondere van het onderwijsrecht (oratie Rotterdam), Utrecht 1998, p. 35-37.

openbare school, gelegenheid wordt gegeven'.³⁷ Uitgangspunt was en bleef het bestaande duale onderwijsbestel met de algemene regel dat openbaar onderwijs in openbare scholen en bijzonder onderwijs in bijzondere scholen zou worden gegeven. De samenwerkingsschool vormde – nog steeds volgens de Onderwijsraad - een uitzondering op deze regel, en de wetgever diende in zijn regeling deze figuur dan ook slechts *in bijzondere gevallen* toe te laten.³⁸

De Onderwijsraad liet het hier niet bij en schetste tevens de *contouren* van een wettelijke regeling, met minimumwaarborgen met het oog op de *gelijkwaardigheid* tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Het advies gaar hier op enkele onderdelen, waaronder dat van de 'toezichthouders' tamelijk ver in. De toekomstige wetgever wist wat hem in deze te doen.³⁹

2.2.1.2 Regel of uitzondering?

Zoals kon worden verwacht, omarmde het kabinet het advies van de Onderwijsraad. Maar niet helemaal. En laat het hier nu juist gaan om het belangrijkste strijdpunt in de uitleg van de *alomtegenwoordigheid* van het openbaar onderwijs, vastgelegd in de (aangepaste) tekst van het vierde artikellid. Het kabinet volhardde in het standpunt dat uit de tekst niet dwingend voortvloeide dat de samenwerkingsschool alleen in uitzonderingssituaties toegestaan was.⁴⁰ In het daarop volgende kamerdebat tekende zich de bekende tweedeling uit de schoolstrijd af: aan niet-confessionele zijde werd het standpunt van het kabinet gevolgd, aan confessionele zijde werd bij het advies van de Onderwijsraad aangesloten.⁴¹

Eind 2001 maakte de regering het eerste lezingvoorstel tot wijziging van artikel 23 lid 4 Grondwet aanhangig. Het wetsvoorstel was nagenoeg gelijk aan het voorstel van de Onderwijsraad, inclusief de overwegingen in verband met een wettelijke regeling.⁴² Maar in het midden bleef of de samenwerkingsschool nu al dan niet een reguliere variant was, want de Memorie van toelichting was daar allerminst helder over. De regering moest kleur bekennen. 'Na ampele afweging' bleek zij bereid de opvatting van de Onderwijsraad te volgen dat een samenwerkingsschool slechts het product van een fusie van een openbare en een bijzondere school kon zijn.⁴³ Dat standpunt werd uiteindelijk de opvatting van de grondwetgever, en later die van de wetgever.

³⁷ Onderwijsraad, *Samen verder*, Den Haag: Onderwijsraad 2000, p. 3

³⁸ *Idem*, p. 4.

³⁹ *Idem*, p. 8-11.

⁴⁰ Kabinetsreactie d.d. 6 oktober 2000 op advies Onderwijsraad, Kamerstukken II 2000/01, 27400 III, nr. 3, p. 5.

⁴¹ Kamerstukken II 2000/01, 27400 VIII, nr. 62.

⁴² Kamerstukken II 2001/02, 28081, nrs. 1-3.

⁴³ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2001/02, 28081, nr. 5, p. 5.

2.2.2 In hoeverre legt de grondwetgever de wetgever aan banden?

2.2.2.1 Algemeen

De parlementaire behandeling van het voorstel tot grondwetswijziging draaide in de kern om de vraag over de noodzaak en juridische mogelijkheid tot wettelijke regeling van de samenwerkingsschool, met al dan niet het risico tot doorbreking van het duale bestel zoals dat bij de onderwijspacificatie van 1917 in het grondwetsartikel werd verankerd. Het was de vraag die in het negatieve advies van de Raad van State werd opgeworpen en in allerlei varianten in het debat aan de orde kwam.⁴⁴ En zoals in de voorgaande paragrafen is geschetst, verliep de discussie langs de uit de schoolstrijd bekende onderwijspolitieke scheidslijnen. Het is daarom ook niet verwonderlijk te lezen hoe uitvoerig en intensief over interpretatiemethoden en over de samenwerkingsschool als reguliere of bijzondere constructie werd gedebatteerd. De politieke meningen erover stonden vaak lijnrecht tegenover elkaar. Aan de andere kant werd aan de uiteindelijke bedoeling van de grondwetgever, zoals we bij de twee voornoemde kwesties zagen, een doorslaggevende betekenis gehecht. Ergo, het primaat van de grondwetgever voor het handelen van de wetgever.

2.2.2.2 Randvoorwaarden voor de vorming en (bestuurlijke) inrichting van de samenwerkingsschool

Naast de voornoemde fundamentele kwesties werd het debat gedomineerd door de vraag hoe een bevredigende wettelijke regeling eruit zou moeten zien. Doel was het zo goed mogelijk waarborgen van het karakter of de identiteit van het openbaar en bijzonder onderwijs, met behoud van de *gelijkwaardigheid* van beide takken van onderwijs. De zaken die ter sprake werden gebracht lagen grotendeels in de lijn met de uitgangspunten voor een wettelijke regeling die de Onderwijsraad in zijn advies van januari 2000 had geformuleerd.

Geen discussie was er over de (juridische) band van het openbaar onderwijs met de overheid, of zoals de grondwetgever het in het vierde artikel formuleert: “In elke gemeente wordt van *overheidswege*...’ Onuitgesproken uitgangspunt in het debat was de grondwettelijke zorgplicht van de gemeente – en in het bijzonder de gemeenteraad als democratisch gekozen orgaan – de materiële kenmerken van het openbaar onderwijs te waarborgen. De vraag of openbaar onderwijs ook privaatrechtelijk bestuurd kan worden, was immers al beantwoord met de wettelijke regeling van de overheidsstichting. Het was in 1993, bij de behandeling van het daaraan voorafgaande initiatiefwetsvoorstel-Nuis, dat de Raad van State het grondwettelijke begrip ‘van overheidswege’ uitlegde in de betekenis van zowel ‘*door de overheid*’ als ‘*uit naam van de overheid*’ of ‘*op last van de overheid*’. De figuur van de stichting was aldus wettelijk mogelijk, mits daarbij verzekerd was dat deze stichting onder de *overheersende invloed* van de gemeente zou staan.⁴⁵ En juist dit laatste blijkt een rekkelijk begrip te zijn, zoals de wettelijke regelingen over de instandhouding van een of meer openbare scholen door een stichting en over het samenwerkingsbestuur laten zien. Bij de stichting zijn de betreffende voorschriften tamelijk nauwgezet, bij het samenwerkingsbestuur heel wat globaler. Bepalend in beide regelingen is de minimumnorm dat de essentialia van het openbaar onderwijs niet in het gedrang mogen komen en dat de gemeenteraad over voldoende juridische

⁴⁴ Advies Raad van State, Kamerstukken II 2001/02, 28081, A.

⁴⁵ Kamerstukken II 1993/94, 23134, A., p. 4-5.

middelen en statutair te regelen instrumenten dient te beschikken om zulks te controleren, te beoordelen en om zonodig in te grijpen, te corrigeren of anderszins in geval van ernstige taakverwaarlozing door het bestuur.⁴⁶

In het grondwettelijk debat over de gewenste wettelijke regeling van de inrichting van de samenwerkingsschool werden nogal wat concrete kwesties aangesneden. Deze hadden met name betrekking op het (externe) toezicht, de overheersende invloed van de overheid in het bestuur voorzover het openbaar onderwijs betreft, de taakverwaarlozing van het bestuur, het personeel (benoeming en inzet) en de algemene toegankelijkheid bij een samenwerkingsschool met al dan niet afzonderlijke groepen ('streams') naar richting, en de zeggenschapsverdeling binnen de samenwerkingsschool (waaronder de samenstelling van het bestuur).⁴⁷ De politieke druk om een en ander zo precies mogelijk te regelen, was des te groter daar het zowel om het verzekeren van het openbaar als het bijzonder onderwijs binnen één schoolverband ging, met als leidend beginsel de gelijkwaardigheid van beide takken van onderwijs. De beraadslagingen daarover richtten zich uiteraard op wat de regering over die onderwerpen in de Memorie van toelichting als haar opvatting – in aanvulling op die van de Onderwijsraad – had verwoord.⁴⁸ Maar er was meer. Om goed inzicht te bieden hoe een wettelijke regeling van de samenwerkingsschool eruit zou kunnen zien, had de regering in december 2002 *een Proeve* van de wettelijke regeling naar de Tweede Kamer gestuurd, als het ware als een interpretatieve verklaring over de uitvoering van het te wijzigen artikel 23 lid 4 van de Grondwet door de wetgever. Daarmee verwachtte de regering een voldoende draagvlak te krijgen voor de beoogde wettelijke regeling.⁴⁹

Naast bovengenoemde aangelegenheden betreffende de bestuurlijke inrichting was er het debat over de operationalisering van het uitgangspunt dat de samenwerkingsschool geen reguliere variant zou zijn. In de Proeve was voor de constructie gekozen dat een samenwerkingsschool uitsluitend tot stand kon komen indien een van beide scholen qua leerlingaantal *in enig jaar* onder de opheffingsnorm terecht kwam. Deze uitwerking leverde nogal wat kritiek op omdat met deze constructie te lang – 3 jaar volgens de Wpo - gewacht zou moeten worden en de mogelijkheid van de samenwerkingsschool waarschijnlijk 'mosterd na de maaltijd' zou zijn. De regering als medegrondwetgever zag dat bij nader inzien ook in en stelde bij de behandeling van het eerste lezingsvoorstel "dat de reikwijdte beter bepaald kan worden door het criterium of de continuïteit op langere termijn niet in gevaar komt. Dat kan overigens vele oorzaken hebben. Achteruitgang van het aantal leerlingen kan daar een gevolg van zijn."⁵⁰

⁴⁶ Vgl. Kamerstukken II 1997/98, 24137, nr. 142b, p. 6.

⁴⁷ Zoals Kamerstukken II 2001/02, 28081, nr. 5, p. 10-12 en p. 15-16; Handelingen II 6 februari 2002, p. 47-3389-3390; Handelingen II 1 april 2005, p. 62-4033.

⁴⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28081, nr. 3, p. 4-6.

⁴⁹ n de woorden van de regering. Zie Kamerstukken II 2009/10, 32134, nr. 3, p. 1

⁵⁰ Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2004/05, 28726, C, p. 6-7. In de Tweede Kamer was eerder al aangestipt dat een 'onomkeerbaar' perspectief, bijvoorbeeld in het kader van de vergrijzing in een bepaald gebied, een dergelijke situatie zou kunnen opleveren dat de samenwerkingsschool in beeld kwam. Citaat: "Het meerjarige perspectief is wat telt in opheffings- en stichtingsnormen. Vanaf enig jaar is natuurlijk wel (vervolg voetnoot)

Dit standpunt met de continuïteitsvraag en het meerjarenperspectief als breder uitgangspunt om tot een samenwerkingschool te komen, bevredigde. Niet in geding was dat deze nieuwe open norm geobjectiveerd en geclausuleerd zou worden aan de hand van getalsnormen. Dat was ook niet te verwachten gezien de lange wetgevingsgeschiedenis van de getalsmatige criteria voor stichting en opheffing in de Lager-onderwijswet en de daarop volgende Wet op het basisonderwijs.⁵¹

2.2.2.3 Een 'bindende' Proeve?

Zoals hierboven al bleek, liepen de reacties op de Proeve uiteen: van meer tot anders regelen en van minder tot ook nog te regelen.⁵² Maar in hoeverre is de wetgever aan de beraadslagingen hierover gebonden? Valt niet te stellen dat de (toekomstige) wetgever door de Proeve en het debat van de grondwetgever erover in materiële zin werd gebonden?⁵³

Terug naar de beraadslagingen. Hoezeer van confessionele zijde gehecht werd aan een beoordeling van de Proeve bleek toen van CDA-zijde werd voorgesteld eerst overeenstemming te bereiken over het in te dienen wetsvoorstel, waarna vervolgens gestemd kon worden over de grondwetswijziging.⁵⁴ Verderop in het debat suggereerde de VVD-fractie de regering alvast een wetsvoorstel voor advies aan de Raad van State voor te leggen. De regering voelde daar niets voor. Op meerdere momenten in het debat formuleerde zij haar principiële standpunt.⁵⁵ Eerst een citaat uit een schriftelijk overleg:

“Wanneer een sterke koppeling zou worden gelegd tussen de grondwetswijziging en de invulling daarvan door de wetgever of de advisering door de raad van state over een wetsvoorstel, zou immers niet de grondwetsbepaling, maar de opvatting van de wetgever van dat moment waarop de grondwetswijziging tot stand komt, doorslaggevend zijn. De interpretatie zou geheel in het licht van deze verwachting van de wetgever van morgen komen te staan. De wetgever van overmorgen kan echter andere opvattingen hebben omdat per definitie nooit kan worden verzekerd dat de wetgever zich in de toekomst aan een bepaalde interpretatie van de grondwet zal houden, met dien verstande dat de speelruimte die de

wat anders dan in enig jaar. Dat geldt zeker in een fase waarin een bestaande school, bijvoorbeeld door vergrijzing in de omgeving of concurrentie van andere scholen, terugzakt naar de sfeer van de opheffingsnorm. In dat geval zal er beleid worden opgezet. [...] Als echter sprake is van onomkeerbaarheid vanaf enig jaar, dan moet actie worden ondernomen”, Handelingen II 1 april 2004, p.62-4041 (Vd. Vlies).

- ⁵¹ Voor een overzicht, zie D. Mentink, *Recht op voldoende openbaar onderwijs. Grondwettelijke norm, wettelijke uitwerking en ontwikkelingen*, 1996, p. 73-99.
- ⁵² Vgl. Verslag bij tweede lezingvoorstel, Kamerstukken II 2002/03, 28726, nr. 4, p. 4-6; Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2002/03, 28726, nr. 5, p. 4-7; Handelingen II 1 april 2004, p. 62-4026 e.v. en p. 62-4042-43.
- ⁵³ In formele, staatsrechtelijke zin is dat uiteraard niet het geval daar in het Nederlandse rechtssysteem de formele wetgever - gegeven het constitutionele toetsingsverbod (art. 120 Gw) - de exclusieve bevoegdheid heeft de desbetreffende grondwettelijke bepalingen uit te leggen.
- ⁵⁴ Handelingen II 2003/04, p. 62-4023.
- ⁵⁵ Zie ook Handelingen II 2003/04, p. 62-4038-4039.

wetgever bij de uitleg van artikel 23 Grondwet heeft, altijd beperkt is door de geschiedenis en de uitleg die eraan is gegeven door de Grondwetgever.⁵⁶

En geheel aan het slot van de behandeling van het tweede lezingvoorstel in de Eerste Kamer stelde minister Van der Hoeven nog eens nadrukkelijk:

“De Tweede Kamer heeft een proeve ontvangen van de wettelijke regeling. Inderdaad praten wij daar nu niet over; dat komt later aan de orde. Bij het in te dienen wetsvoorstel zullen de uitgangspunten, zoals het behoud van het duale bestel, voldoende waarborgen dat er nooit sprake zal zijn van dwang en dat de samenwerkingsschool alleen in uitzonderingssituaties gesticht kan worden. Die uitgangspunten zullen in acht genomen worden. Uiteraard wordt de tekst van de proeve ook afgezet tegen andere ambities van het kabinet. Hierbij denk ik met name aan de ambities inzake deregulering.”⁵⁷

Samenvattend

Via een ‘proeve’ kon de grondwetgever aldus niet gebonden worden; de in de grondwetsgeschiedenis naar voren gebrachte uitgangspunten gelden als richtsnoer, maar de in de tijd (zoals thans in de wetgeving na wetsvoorstel 24 134) vastgestelde concrete voorschriften gelden niet als enige mogelijke uitleg. De uitwerking en accentuering van onderdelen kunnen door de tijd en door interpretatie van de wetgever verschillen.

2.2.3 De gedetailleerde wettelijke regeling van 2011 en tien wettelijke garanties voor behoud van het duale stelsel

Na de in maart 2006 doorgevoerde grondwetswijziging moest tot september 2009 worden gewacht alvorens het wetsvoorstel bij de Tweede werd ingediend.⁵⁸ Kennelijk was er geen politieke haast ondanks de voorliggende Proeve, want wanneer we de tekst van het wetsvoorstel vergelijken met die van de Proeve is er weinig tijd nodig om te kunnen concluderen dat er qua opzet, voorschriften, detaillering en toelichting weinig of geen verschillen zijn. De regering speelde politiek duidelijk op ‘safe’, een situatie die enigszins is te vergelijken met de herziening van het grondwetsartikel in 1917, die bedoeld was voor een nieuwe lager onderwijswet (die van 1920). Destijds ontwierp de staatscommissie (de zgn. Pacificatie- of Bevredigingscommissie) zowel een ontwerpgrondwets tekst als een ontwerp wetstekst. En na de grondwetsherziening diende de regering een wetsvoorstel in dat geheel in de lijn lag van het ontwerp van de Pacificatiecommissie.

De regering was helder in haar opvatting over de randvoorwaarden voor de bestuurlijke inrichting van de samenwerkingsschool. Of in haar woorden: wat zijn de “maximale garanties voor het behoud van het duale stelsel”? De Memorie van toelichting geeft het volgende overzicht van tien *wettelijke waarborgen*:⁵⁹

- de school komt alleen door fusie tot stand;

⁵⁶ Kamerstukken II 2004/05, 28081, nr. 8, p. 6.

⁵⁷ Handelingen I 7 maart 2006 p. 20-939.

⁵⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32134, nrs 1-3.

⁵⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32134, nr. 3, p. 9.

- de school is het product van oprichtende rechtspersonen;
- de oprichtende rechtspersonen 'of daartoe aangewezen rechtspersonen die voor partijen meer geschikt worden geacht', houden toezicht op het behoud van de identiteit van het te geven openbaar en bijzonder onderwijs;
- er is een verslagverplichting van het bestuur aan de gemeente met het oog op het beleid ten aanzien van het openbaar onderwijs;
- wijziging van de statuten vereist goedkeuring van de gemeenteraad en de toezichthoudende rechtspersoon;
- voorschriften omtrent de inhoud van de statuten;
- schoolplan en schoolgids geven aan op welke wijze invulling wordt gegeven aan het openbare en bijzondere karakter van het onderwijs;
- de statuten voorzien in een evenwichtige zeggenschapsverdeling wat betreft openbaar en bijzonder onderwijs;
- er is een taakverwaarlozingsregeling voor zowel het openbaar als bijzonder onderwijs;
- er is een geschillenregeling.

Als dit overzicht van wettelijke waarborgen wordt vergeleken met de wettekst – die inhoudelijk niet afwijkt van de tekst in het wetsvoorstel – blijkt hoezeer deze *'blauwdruk'-regeling* primair tot doel heeft op voorhand alle risico's uit te schakelen met betrekking tot het behoud van het karakter van openbaar en bijzonder onderwijs. En voorzover het om een meer of minder open geformuleerd voorschrift ging, was er aan confessionele zijde tot het laatst toe in de Eerste Kamer behoefte aan meer zekerheid, bijvoorbeeld over wat precies onder het begrip evenwichtige zeggenschapsverdeling moest worden verstaan (vgl. o.a. art. 17d lid 6 onder b Wpo)⁶⁰ Over de uitvoerbaarheid van de wettelijke regeling werd bij de behandeling van het wetsvoorstel nauwelijks gesproken.⁶¹

2.3 Samenvatting, conclusies en uitgangspunten voor de wetgever

Sinds 1 september 2011 is de nieuwe wettelijke regeling van kracht. Tot op heden is het praktische effect ervan echter zeer gering. Tot medio 2013 heeft de minister aan twee van de drie aanvragers voor een samenwerkingsschool toestemming verleend. Klaarblijkelijk vormen de strikte regels voor samenwerking een zodanige belemmering dat het kabinet-Rutte II daar het nodige aan wil doen. In het regeerakkoord is het voornemen uitgesproken de vorming en het bestuurlijk onderbrengen van

⁶⁰ Handelingen I 24 mei 2011, p. 28-14-65.

⁶¹ Vgl. o.a. de paragraaf 'Administratieve lasten' in de Memorie van toelichting, met de opmerkelijke berekening van het aantal uren dat nodig zou zijn om de jaarlijkse rapportage aan de gemeenteraad op te stellen! Kamerstukken II 2009/10, 32134, nr. 3, p. 10.



een samenwerkingschool eenvoudiger te maken.⁶² Echter welke onderwijsjuridische ruimte is er om dit beleidsdoel te realiseren?

In dit hoofdstuk is deze vraag behandeld vanuit het perspectief van de grondwetgever. Welke mogelijkheden zijn er in constitutioneel opzicht om de reikwijdte van de wettelijke regeling voor de samenwerkingschool te verruimen, al dan niet in gebieden met leerlingdaling? Geanalyseerd is het complexe vraagstuk van de speelruimte die de wetgever van de grondwetgever heeft gekregen zijn eigen wetgevingsbeleid terzake te voeren. Bij de samenwerkingschool komt daar nog bij dat met deze constructie onlosmakelijk de politieke discussie over de verworvenheden van de onderwijspaceficatie, en in het bijzonder het behoud van het duale bestel, is verbonden. Deze stelseldiscussie heeft het debat over al dan niet een samenwerkingschool van het begin tot het eind bepaald. Voldoende politiek draagvlak werd gevonden door de Onderwijsraad als ‘paceficatie’ orgaan ten behoeve van de wijziging van artikel 23 lid 4 Grondwet in te schakelen, bij de behandeling van die wijziging een Proeve van een wettelijke regeling te betrekken en uiteindelijk een wettelijke regeling tot stand te brengen die geheel op die van de Proeve is toegesneden.

Vanuit die bijzondere politieke context bekeken, liggen kwesties voor de hand over de wijze van uitleg van artikel 23 Grondwet en de mate van binding van de wetgever aan de Proeve inclusief de beschouwingen door de grondwetgever erover. Wat de eerste kwestie betreft heeft onze analyse uitgewezen dat de grondwetgever nadrukkelijk van opvatting is dat de *historisch-grammaticale interpretatiemethode* richtinggevend voor de wetgever is. Voor wat de tweede kwestie betreft blijkt uit onze analyse dat de wetgever niet gebonden kan worden een ontwerp tekst als die van de Proeve, maar dat aan de andere kant de bedoeling van de grondwetgever impliceert dat hij zich in elk geval gebonden weet aan de uitgangspunten van de te regelen materie, en in het bijzonder de voorwaarden die zekerheid bieden voor het behoud van het duale bestel. In het voorkomende geval heeft de wetgever weinig of geen licht laten bestaan tussen de Proeve en de wettelijke regeling. Dat is echter geen wet van Meden en Perzen. Wetgeving is en blijft afhankelijk van zich wijzigende ontwikkelingen in het onderwijs, het recht en wetgevingsbeleid. In dat kader kan ook de vraag beantwoord worden of het mogelijk is in gebieden met leerlingdaling de eis te laten vervallen dat één van de scholen binnen zes jaar onder de opheffingsnorm moet komen voordat de vorming van een samenwerkingschool is toegestaan. Deze uitwerking is een daad van wetgevingsbeleid. Uitgangspunt van de grondwetgever is dat de samenwerkingschool als niet-reguliere variant kan worden toegelaten als de *continuïteit* van het openbaar en bijzonder onderwijs vanwege een te gering aantal leerlingen op termijn in gevaar komt. De wetgever dient deze open norm uit te werken in de vorm van objectieve getalscriteria. De grondwetgever laat het aan de wetgever over in voorkomende gevallen een onderscheid in opheffingsnormen aan te brengen, afhankelijk van bevolkingsdichtheid dan wel op grond van het beginsel van de alomtegenwoordigheid van het openbaar funderend onderwijs, vastgelegd in artikel 23 lid 4 Grondwet. Meer in het bijzonder is het aan de wetgever om nadere regels te stellen omtrent de opheffingsnormen, en te motiveren aan de hand van demografische cijfers in welke mate sprake is van een ‘onomkeerbaar’ proces door krimp.

⁶² Ontleend aan de beantwoording van vragen van het Tweede Kamerlid Ypma (PvdA), Aanhangsel Handelingen II 2012/13, 2242 (Positie openbaar onderwijs binnen samenwerkingscholen).

Deze speelruimte van de wetgever past in een wetgevingstraditie die steunt op de grondwettelijke regeling van de onderwijspacificatie in 1917.

In algemene zin gelden bij de bestuurlijke inrichting en de totstandkoming van de samenwerkingschool voor de wetgever de volgende uitgangspunten:

- *Openbaar en bijzonder onderwijs: algemeen.* Wat het openbaar onderwijs betreft heeft de grondwetgever in artikel 23 lid 4 de garantiefunctie van het openbaar onderwijs zo precies mogelijk geformuleerd. Met de in 1917 tot stand gekomen tekst van de tweede volzin van dit artikellid heeft de grondwetgever aan de toekomstige wetgever overgelaten te bepalen hoe in een situatie dat er geen openbare school ‘in elke gemeente’ kan zijn er toch voldaan kan worden aan de behoefte om openbaar onderwijs te genieten.⁶³ Uitgangspunt bij de positie van het openbaar onderwijs binnen de samenwerkingschool is het grondwettelijke vereiste ‘van overheidswege’. Hieruit vloeit voort dat een democratisch gekozen overheidsorgaan als de gemeenteraad over voldoende wettelijke mogelijkheden moet beschikken om het karakter van het openbaar onderwijs te kunnen waarborgen en om de continuïteit van het openbaar onderwijs zeker te stellen. Hierbij hoort als ondergrens een preventief toezicht bij vaststelling en wijziging van de statuten en de mogelijkheid van ingrijpen bij ernstige taakverwaarlozing door het bestuur. Voor het bijzonder onderwijs geldt het klassieke grondrecht van de vrijheid van onderwijs en meer in het bijzonder de vrijheid van inrichting, waaronder het aspect van de bestuurlijke inrichting. Bij wettelijke regeling van de samenwerkingschool geldt als uitgangspunt de gelijkwaardigheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Deze gelijkwaardigheid qua beklemmende wettelijke voorschriften ligt al besloten in het zesde en zevende lid van het grondwetsartikel als het om te stellen deugdelijkheidseisen of bekostigingsvoorwaarden gaat. Met het oog op de vrijheid van onderwijs is de wetgever gebonden aan het voeren van een zo terughoudend mogelijk beleid met betrekking tot de bestuurlijke inrichting.⁶⁴ Daarbij past een vorm van *geconditioneerde regelgeving*,⁶⁵ inhoudende dat de wetgever voorschrijft *wat* er statutair geregeld moet worden en dat hij aan de rechtspersoon zoveel mogelijk overlaat te bepalen *hoe* aan de wettelijke bekostigingsvoorwaarde het beste invulling is te geven. Dit geldt met name voor de voorschriften over het voorzien in een evenwichtige zeggenschapsverdeling binnen het bestuur en de wijze van het (gemeentelijke) toezicht.

- *Het duale bestel als grondplan.* De samenwerkingschool is een constructie die voor het openbaar onderwijs haar grondwettelijke basis in de tweede volzin van artikel 23 lid 4 Grondwet vindt. De huidige wetgever heeft dat ook zo uitgelegd en uitgewerkt: het is een aanvullende vorm voor situaties waarin er geen zelfstandige openbare scholen in stand gehouden kunnen worden. Wat het samenwerkingsbestuur betreft is dat voor het openbaar onderwijs niet zo duidelijk. In dat geval is er

⁶³ Artikel 23 lid 4 Grondwet bepaalt dat in elke gemeente van overheidswege voldoende “openbaar algemeen vormend lager onderwijs” in een genoegzaam aantal openbare scholen wordt gegeven. Deze hoofdregel strekt zich dus uit tot het huidige funderend onderwijs ofwel het onderwijs in de leerplichtige leeftijd. Zie D. Mentink en Vermeulen, Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht, Den Haag: Sdu 2011, p. 89.

⁶⁴ Zie verder Mentink en Vermeulen, a.w. (noot 63), p. 98-100.

⁶⁵ In de literatuur wordt ook gesproken van ‘doelregelgeving’.

immers sprake van een bestuurlijke ‘paraplu’-constructie met zelfstandige openbare scholen. Gelet op de tekst van de eerste volzin van het vierde artikellid – dus op basis van de grammaticale interpretatiemethode – zou dan ook geconcludeerd kunnen worden dat het hier om een (semi-) reguliere variant gaat. De grondwetgever spreekt immers over ‘in een genoegzaam aantal openbare scholen’. De grondwetgever heeft zich daar niet verder over uitgesproken (zie verder hoofdstuk 3). Hoe het zij, uitgangspunt voor de grondwetgever is het behoud van het duale bestel in de betekenis van zelfstandige openbare en bijzondere scholen met ‘eigen’ besturen. Bij de samenwerkingschool is het uitgangspunt van de grondwetgever de gelijkwaardigheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs binnen zo’n school en de gelijkwaardigheid van wettelijke regeling (zie ook hierboven).⁶⁶

- *Behoud van het karakter.* Nu het openbaar onderwijs ook privaatrechtelijk bestuurd kan worden, is bepalend de wijze waarop de zogeheten overheersende invloed van de overheid in het bestuur gegarandeerd wordt. Voorkomen moet worden dat de essentialia van het openbaar onderwijs – zijnde de materiële kenmerken van dit onderwijs, waaronder de algemene toegankelijkheid - niet in gedrang komen.⁶⁷ De wetgever heeft aan dit criterium van ‘overheersende invloed’ meer of minder concrete inhoud gegeven, afhankelijk van de desbetreffende constructie. Het meest globaal zijn de voorschriften voor het samenwerkingsbestuur. Mutatis mutandis geldt dit voor het bijzonder onderwijs, met bijvoorbeeld aanvullende voorschriften bij de samenwerkingschool over het toezicht op de identiteit (zoals art. 17d lid 5 Wpo). De grondwetgever heeft de wetgever echter niet gebonden aan een specifieke vormgeving of een bepaalde mate van detaillering. Zoals eerder geconcludeerd is uitgangspunt van de grondwetgever een gelijkwaardige regeling voor het openbaar en bijzonder onderwijs met inachtneming van het uitgangspunt dat, voor wat betreft het openbaar onderwijs, een overheersende invloed van de overheid op het bestuur is verzekerd.

⁶⁶ Dit beginsel is voor het eerst verwoord in het advies van de Onderwijsraad over een aangepaste tekst van artikel 23 lid 4 Grondwet. Zie Onderwijsraad, Samen verder. Advies inzake de samenwerkingschool, Den Haag 2000, p. 4.

⁶⁷ In de woorden van de regering, Kamerstukken I 1997/98, 24137, nr. 142b, p. 6.





3 Uitgangspunten voor de wetgever bij de vormgeving van de bestuurlijke inrichting en instandhouding van een samenwerkingschool

In dit hoofdstuk staat op de eerste plaats centraal welke invulling door de wetgever is gegeven aan het uitgangspunt dat een samenwerkingschool alleen bij wijze van uitzondering tot stand kan komen (par. 3.1). Bij de huidige wettelijke regeling wordt een samenwerkingschool in stand gehouden door een stichting. Getoetst wordt of een dergelijke school ook in stand gehouden kan worden door een samenwerkingsbestuur (3.2) dan wel een stichting voor openbaar onderwijs (3.3). Daaruit volgt ook het antwoord in hoeverre het mogelijk is of er voor gekozen kan worden het personeel aan te stellen volgens arbeidsovereenkomst of aan te stellen als ambtenaar (3.3.3). De slotparagraaf bevat enkele conclusies, waarin enkele uitgangspunten worden geformuleerd voor de wetgever.

3.1 De samenwerkingschool als uitzondering: invulling en interpretatie

Een belangrijke subvraag in dit advies is of de wetgever in gebieden met leerlingendaling de eis kan laten vervallen dat één van de scholen binnen zes jaar onder de opheffingsnorm moet komen voordat de vorming van een samenwerkingschool is toegestaan (artikel 17d lid 2 WPO). Concreet stelt de staatssecretaris voor dat de Wpo en Wvo zodanig worden gewijzigd dat in dunbevolkte gebieden met leerlingendaling de eis vervalt dat een school met opheffing wordt bedreigd.⁶⁸

Zoals in het vorige hoofdstuk geschetst is een uitgangspunt dat de samenwerkingschool een uitzondering is, waarbij de continuïteit van het aanbod van onderwijs aan de orde is.

In het wetsvoorstel werd het uitgangspunt dat de continuïteit in gevaar moest zijn expliciet verknoopt met de opheffingsnorm. Andere oorzaken zoals bestuurlijke, financiële of organisatorische redenen, of segregatie, die aanleiding zouden kunnen vormen voor het continuïteitsproblemen zouden volgens de memorie van toelichting geen reden kunnen zijn om te fuseren tot een samenwerkingschool.⁶⁹ De termijn van 6 jaar⁷⁰ werd geïntroduceerd n.a.v. het advies van de Raad van State. De raad vond dat het voorstel van de regering waarin het bevoegd gezag aan de hand van een prognose zou moeten aantonen dat het onder de opheffingsnorm zou komen, zonder een periode te noemen, onvoldoende geobjectiveerd. De regering stelde daarop dat de vaststelling van een prognoseperiode nodig was om te “voorkomen dat een

⁶⁸ Kamerstukken II 2012/13, 31 293, nr. 167 p.11.

⁶⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 134, nr. 3, p.6.

⁷⁰ De MvT stelt: “Er is gekozen voor een termijn van zes jaar omdat dit aansluit bij de gegevensverzameling door Cfi ten behoeve van de prognoses in het kader van de voorzieningenplanning. Dit zesde jaar komt ook voor in bijlage 1 voor de berekeningsmethodiek bij de Regeling voorzieningenplanning VO, waarin de methodiek voor het opstellen van prognoses is uitgewerkt. Voor het primair onderwijs is die methodiek niet relevant maar uit een oogpunt van gelijke behandeling is voor alle sectoren gekozen voor de termijn van zes jaar”. Kamerstukken II 2009/10, 32 134, nr. 3 p.5.

samenwerkingsschool te vroeg van start zou kunnen gaan. Zoals de Raad van State aangeeft in zijn advies wordt op deze wijze recht gedaan aan het uitgangspunt dat de samenwerkingsschool alleen is toegestaan in uitzonderingssituaties.”⁷¹

In de verdere behandeling werd door het kamerlid Van der Ham (D66) een amendement ingediend om (o.a.) artikel 17d lid 2 Wpo te schrappen.⁷² Dit is expliciet verworpen door de Tweede Kamer.⁷³ In de Eerste Kamer werd door het kamerlid Dölle (CDA) gerefereerd aan de krimpgebieden, maar in verbinding met de opheffingsnorm. De samenwerkingsschool is volgens hem “een vluchtheuvel in de uitzonderlijke situatie waarin een openbare of een bijzondere school structureel onder de opheffingsnorm dreigde te zakken. Denk daarbij aan vergrijzende stadswijken, krimpregio's en vergelijkbare demografische ontwikkelingen”.⁷⁴

Geconcludeerd kan worden dat de wetgever in lijn met de uitspraken van de grondwetgever handelde: de vraag wanneer een samenwerkingsschool gevormd kan worden hangt samen met het criterium dat op langere termijn de continuïteit in gevaar is. Deze open norm moet geobjectiveerd worden aan de hand van getalscriteria. Het niet voldoen aan die getalsnormen betekent per definitie discontinuïteit van de school en het onderwijs.

Het vastleggen van opheffingsnormen, en het verbinden van een termijn waarbinnen de school onder de opheffingsnorm zakt, is per definitie een zaak van de wetgever.⁷⁵ Aldus is het mogelijk om binnen de gegeven grondwettelijke uitgangspunten, te variëren in opheffingsnormen, termijnen en gebieden waar al dan niet sprake is van krimp(leerlingendaling). De systematiek en de normen moet echter wel zodanig zijn ingericht dat er wordt voldaan de eisen van objectiviteit, verknoopt met bevolkings/leerlingprognoses.

3.2 Instandhouding van een samenwerkingsschool door een samenwerkingsbestuur

Kan een samenwerkingsbestuur ook een samenwerkingsschool in stand houden? Geconcludeerd kan worden dat dit in beginsel, in het licht van artikel 23 Grondwet en de wijze waarop de wetgever daar uitleg aan heeft gegeven, toelaatbaar is. De simpele reden daarvoor is dat de wetgever dit thans al heeft bepaald in artikel 17 Wpo, resp. 53c Wvo inzake het samenwerkingsbestuur bij de totstandkoming van de wet samenwerkingsscholen. In de memorie van toelichting van wetsvoorstel 32 134 is ten aanzien van de wijziging van artikel 17d Wpo namelijk opgemerkt:” Weliswaar is in de

⁷¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 134, nr. 3, p.5.

⁷² Kamerstukken II 2009/10, 32 134, nr. 18.

⁷³ O.a. Elias (VVD) spreekt van ‘destructief’ en ‘ongrondwettig’, in Handelingen II 2010/11, 13 januari 2011, p. 39-8-2. Het werd met uitzondering van de steun van SP, Groen Links en D66 tijdens de behandeling in de Tweede Kamer verworpen. Handelingen II 1 februari 2011, p. 46-17-29.

⁷⁴ Handelingen I 24 mei 2011, p 28-14-64.

⁷⁵ De wet maakt het ook mogelijk dat de minister onder voorwaarden op individuele basis afwijkt van de opheffingsnorm, bijvoorbeeld bij zeer kleine openbare scholen, zie art. 157a Wpo.

tekst steeds sprake van de instandhouding van openbare en bijzondere scholen, maar ook de instandhouding van een samenwerkingschool door een dergelijke stichting is mogelijk, omdat de voorschriften voor bijzondere scholen van overeenkomstige toepassing zijn op samenwerkingscholen".⁷⁶ De bepaling ten aanzien van het toezicht op de openbare school werd daarom gewijzigd in het toezicht op het openbaar onderwijs, mede in verband met de introductie van de samenwerkingschool. De betreffende passage is niet bestreden. Het antwoord op recente Kamervragen over de positie van het openbaar onderwijs binnen samenwerkingscholen, waarin werd gesteld " Een samenwerkingschool kan vanwege de wettelijk verplichte statutaire bepalingen van een bestuur voor openbaar onderwijs en de arbeidsrechtelijke verhoudingen alleen worden ondergebracht bij een bestuur voor bijzonder onderwijs of een samenwerkingsbestuur", is dus juist.⁷⁷

Wanneer de samenwerkingschool echter in stand wordt gehouden door een samenwerkingsbestuur, moet de rechtspersoon echter wel ingericht zijn conform artikel 17d Wpo. Een samenwerkingsbestuur kan aldus een samenwerkingschool in stand houden, maar dat betekent dat het wettelijk raamwerk van artikel 17d Wpo, lid 5 en 6 (met externe toezichthouders namens het bijzonder onderwijs, benoeming van de bestuursleden door de gemeenteraad etc.) van toepassing is. De vraag is vervolgens in hoeverre de bestuurlijke inrichting aangepast kan worden, zodat een samenwerkingsbestuur bijvoorbeeld niet hoeft te werken met 'externe rechtspersonen' die toezicht houden op de identiteit van het bijzonder onderwijs.⁷⁸ Nu voor de samenwerkingschool dit in principe een keuze is geweest van de wetgever, zou bij aanpassing dit mutatis mutandis uiteraard ook kunnen opgaan voor instandhouding door een samenwerkingsbestuur. In hoofdstuk 4 zal dit nader aan de orde komen.

3.3 Instandhouding van een samenwerkingschool door een bevoegd gezag openbaar onderwijs

3.3.1 Publiekrechtelijke rechtsvorm in eerdere wetsvoorstellen

Bij de indiening van het wetsvoorstel samenwerkingscholen in 1995 werd het wettelijk regime van de bijzondere school als uitgangspunt genomen, om daarmee de terughoudende rol van de wetgever te benadrukken.⁷⁹ De grondwetsgeschiedenis geeft aan dat naast het borgen van de materiële kenmerken, ook de bestuurlijke inbedding van het openbaar onderwijs in samenwerkingsconstructies een taak van de wetgever: "Volgens de bestaande opvattingen over art.

⁷⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32134, nr. 3 p.11.

⁷⁷ Aanhangsel Handelingen II 2013/14, 2242.

⁷⁸ De vraag is overigens of op dit moment het mogelijk is dat een samenwerkingsbestuur louter kan bestaan uit openbare scholen en samenwerkingscholen. Voorshands staat dit op gespannen voet met artikel 17 lid 2 Wpo waarin als statutaire doel van de stichting wordt genoemd "in elk geval het geven van openbaar onderwijs en onderwijs van een of meer richtingen in *afzonderlijke* scholen voor openbaar onderscheidenlijk bijzonder onderwijs". Bij een samenwerkingschool is er geen sprake van een afzonderlijke school voor bijzonder onderwijs.

⁷⁹ Kamerstukken II 1994/95, 24137, nr. 3 p. 4.

23 Gw zijn niet slechts de inhoudelijke kenmerken bepalend voor de kwalificatie openbaar onderwijs, maar ook de organisatiestructuur waarin dit onderwijs wordt aangeboden.”⁸⁰

Kan – gelet op de uitgangspunten zoals verwoord door de grondwetgever- een samenwerkingschool in stand worden gehouden door een stichting voor openbaar onderwijs?

In het eerste, oorspronkelijke wetsvoorstel van 1995 (vóór de grondwetswijziging) waren twee publiekrechtelijke varianten opgenomen. Bestuurlijke samenwerking tussen het bevoegd gezag van een openbare school en dat van een bijzondere school, zouden ook tot stand kunnen komen via een gemeenschappelijke regeling van een gemeente met een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen⁸¹ en een openbare rechtspersoon.

Er werden echter in het verslag door verschillende fracties veel vragen gesteld in hoeverre bij deze varianten de vrijheid van het bijzonder onderwijs (zoals de vrijheid van inrichting) tot uitdrukking zou kunnen komen, omdat door het primaat van het publiekrecht bijvoorbeeld elke vorm van personeelsbeleid op grond van richting bij voorbaat uitgesloten moest worden geacht. Daarop antwoordde de regering in de nota naar aanleiding van het verslag: “In het aan de Tweede Kamer voorgelegde wetsvoorstel wordt ervan uitgegaan dat er noch bij een stichting noch bij een openbare rechtspersoon en een openbaar lichaam op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen sprake is van een bestuursorgaan (en dus evenmin van openbare dienst) omdat er nooit sprake zou zijn van overwegende overheidsinvloed. Nadere doordenking, mede naar aanleiding van diverse vragen in het verslag, leidt tot de vraag of deze opvatting wel houdbaar is. Een rechter zal naar alle waarschijnlijkheid namelijk oordelen dat enkel reeds door het instellen van een openbare rechtspersoon c.q. een gemeenschappelijke regeling een bestuursorgaan ontstaat. Artikel 1:1, onder a, van de Awb verstaat onder een bestuursorgaan: een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld. Een en ander zou het volgende betekenen:

a. Er is sprake van een openbare dienst waardoor het personeel bij een dergelijke samenwerkingschool dus ambtenaar is.

b. Benoeming van het personeel moet op gelijke voet plaatsvinden.

c. De Awb is volledig van toepassing, waardoor de voorschriften omtrent rechtsbescherming, toezicht e.d. uit de Awb dus vol van toepassing zijn op een dergelijke publiekrechtelijk in stand gehouden samenwerkingschool en waardoor altijd rechtstreeks aan publiekrechtelijke normen zoals artikel 1 van de Grondwet kan worden getoetst, ook als het gaat om beslissingen die het bijzonder onderwijs betreffen. Materieel zou er dan eigenlijk dus geen sprake meer zijn van een samenwerkingschool.”⁸²

⁸⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28081, nr. A, p. 8.

⁸¹ Sinds de HEFVO operatie in het vo is het mogelijk dat via de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR) ook privaatrechtelijke rechtspersonen participeren, maar elke school bestuurd door een openbaar lichaam of gemeenschappelijk orgaan is een openbare school, zie Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 6 p.10.

⁸² Kamerstukken II 1995/96, 24137, nr. 6 p.10.

Daarop werd besloten het wetsvoorstel te wijzigen in die zin dat de beide publiekrechtelijke varianten als mogelijkheid voor het instandhouden van een samenwerkingschool uit het wetsvoorstel werden geschrapt, waarbij de de stichtingsvorm „waarschijnlijk de enige gemeenschappelijke rechtsvorm [is] waarbij openbaar en bijzonder elkaar kunnen ontmoeten. Tot slot pleiten ook overwegingen rond deregulering ervoor de samenwerkingschool te beperken tot de privaatrechtelijke variant“.⁸³

De Onderwijsraad sloot hier later op aan in zijn advies Samen verder (2000) en constateerde: “ Het principe van (min of meer) gelijkwaardige samenwerking brengt met zich mee dat de samenwerkingschool niet in een publiekrechtelijke rechtsvorm gegoten kan worden. Een publiekrechtelijke rechtsvorm van de samenwerkingschool zou immers met zich mee brengen dat het bevoegd gezag van deze school een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht zou zijn, met als consequentie dat sprake zou zijn van een openbare dienst, waarop publiekrechtelijke regelingen zoals artikel 3 van de Grondwet (gelijke benoembaarheid), de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de ambtenarenstatus en de maatstaven en rechtsgang conform de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zijn. Binnen een dergelijk regime is voor een eigenstandige positie van het bijzonder onderwijs, en dus voor een 'samenwerkingschool' in de eigenlijke zin, geen ruimte.”⁸⁴

3.3.2 Publiekrechtelijke rechtsvorm voldoet niet aan grondnorm van ‘evenwichtige zeggenschap’

De bovengenoemde eerder gemaakte analyse is ook van toepassing is op de stichting voor openbaar onderwijs. Hoewel een stichting voor openbaar onderwijs in beginsel een privaatrechtelijke grondslag kent, geldt ook hier het primaat van het publiekrecht. Het doel van de stichting is in artikel 48 lid 1 Wpo vastgelegd: uitsluitend en alleen het geven van openbaar onderwijs. Voor het overige verschillen de voorwaarden die de wet stelt ten aanzien van de statuten niet veel van de regelingen voor de openbare rechtspersoon. Ook in de statuten van de stichting moet de ‘overheersende invloed van de overheid in het bestuur’ zijn verzekerd. Het toezicht door de gemeenteraad is op identieke wijze geregeld, en in beide gevallen bezit het personeel de status van ambtenaar. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel inzake de nieuwe bestuursvormen voor het openbaar onderwijs vallen alle besluiten die door de stichting of de openbare rechtspersoon worden genomen rechtstreeks onder de Awb.⁸⁵ Een stichting zoals geregeld in artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo is daarmee feitelijk op een lijn te stellen met publiekrechtelijke bestuursvormen zoals de openbare rechtspersoon.

Concluderend: Een stichting die naast het geven van openbaar onderwijs, ook (levensbeschouwelijk gekleurd) bijzonder onderwijs geeft, zal feitelijk de juridische gedaante moeten aannemen van een

⁸³ Kamerstukken II 1995/96, 24137, nr. 6 p.11.

⁸⁴ Onderwijsraad, Samen verder, a.w, p.6.

⁸⁵ In de stukken bij de behandeling van wetsvoorstel 24138 inzake nieuwe bestuursvormen voor het openbaar onderwijs werd expliciet gesteld dat ‘Alle besluiten die door (een orgaan van) de stichting of de openbare rechtspersoon worden genomen, vallen onder de reikwijdte van de Awb’, Kamerstukken II 1994/95, 24138, nr. 3, p. 6.

samenwerkingsschool conform artikel 17d Wpo waar naast openbaar onderwijs in openbare scholen, ook bijzonder onderwijs in een samenwerkingsschool wordt gegeven.

3.3.3 Gescheiden rechtspositie juridisch niet mogelijk en niet praktisch

De derde deelvraag in dit advies was of het bevoegd gezag van een rechtspersoon die openbare en samenwerkingsscholen in stand houdt, het personeel de optie kan bieden te kiezen tussen een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en een aanstelling als ambtenaar.

Nu hiervoor is aangegeven dat een stichting voor openbaar onderwijs, bij incorporatie van het bijzonder onderwijs, naar ons inzicht automatisch juridisch de gedaante moet aannemen van een samenwerkingsschool, betekent dit dat het antwoord op de vraag naar de mogelijkheid van keuze met betrekking tot rechtsposities ontkennend is; die optie is niet mogelijk.

Er zijn in de wetsgeschiedenis voorts duidelijk aanknopingspunten te vinden waarom niet is gekozen voor een mogelijkheid van verschillende rechtsposities in de openbare dan wel bijzondere ‘stream’ van de samenwerkingsschool. Zo is in de Eerste Kamer in 2011 bij de behandeling van het wetsvoorstel samenwerkingsscholen gesproken over het personeelsbeleid in een samenwerkingsschool.⁸⁶ De leden van de fracties van de ChristenUnie en de SGP vroegen met betrekking tot de positie van leerkrachten uit en voor het openbaar onderwijs in een samenwerkingsschool, of men van medewerker van een bestuursorgaan met alle daarbij horende faciliteiten, waaronder een afvloeiingsregeling, nu een werknemer van een private stichting wordt.⁸⁷

Uit de memorie van antwoord wordt duidelijk dat ervoor gekozen is om personeel dat werkzaam is aan de samenwerkingsschool te benoemen krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht - naar aanleiding van het advies van de Onderwijsraad⁸⁸ - om te voorkomen dat binnen één school sprake zou zijn van verschillende soorten personeel qua rechtspositie, beroepsgangen en dergelijke.⁸⁹ Toenmalig minister Van Bijsterveldt wees erop dat ook bij het samenwerkingsbestuur de arbeidsovereenkomst geldt. De betreffende CAO wordt dus van toepassing, evenals de regelingen over bovenwettelijke aanvullingen bij werkloosheid en ziekte. Wel wordt voor het personeel afkomstig van de openbare school het Burgerlijk Wetboek van toepassing en er geldt voor hen na de samenvoeging een ander regime bij ontslag, namelijk de gang naar de kantonrechter in plaats van de rechtsgang zoals opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht.

⁸⁶ Kamerstukken I 2010/11, 32 134, A.

⁸⁷ Kamerstukken I 2010/11, 32 134, B, p. 4.

⁸⁸ De Onderwijsraad had in het advies Samen verder opgemerkt: “Het zal in de praktijk [...] meestal zo zijn dat personeel in een samenwerkingsschool zowel zal werken voor het openbaar als voor het bijzonder onderwijs, en daar dus - bij ontbreken van een wettelijke regeling - zowel op basis van ambtenaarschap als op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zal zijn. Dat is onwerkbaar. Derhalve zijn er goede gronden om bij uitdrukkelijk wettelijk voorschrift vast te leggen dat het personeel in een samenwerkingsschool werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en geen ambtenaar is”, Onderwijsraad, Samen verder, a.w, p.7.

⁸⁹ Kamerstukken I, 2010/11, 32134, C, p. 5.

Ten overvloede is ten aanzien van de relativering van de onderscheiden rechtspositie nog te wijzen op het op 3 november 2010 door de Kamerleden Koşer Kaya en Van Hijum ingediende initiatiefwetsvoorstel, dat beoogt de rechtspositie van ambtenaren onder het private arbeidsrecht te brengen.⁹⁰ Dit voorstel beoogt de rechtspositie van ambtenaren zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Artikel 1, lid 1 van de Ambtenarenwet komt te luiden: ‘Ambtenaar in de zin van deze wet is degene die krachtens een arbeidsovereenkomst met een overheidswerkgever werkzaam is.’

Het wetsvoorstel houdt in dat ambtenaren weliswaar hun ambtelijke status behouden, maar dat het publiekrechtelijke en eenzijdige karakter van de ambtelijke aanstelling wordt vervangen door de privaatrechtelijke (tweezijdige) arbeidsovereenkomst.

Ten aanzien van de materiële rechtspositie is op te merken dat de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden in alle onderwijssectoren, voor zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs, – sinds kort volledig - zijn gedecentraliseerd naar de schoolbesturen.⁹¹ Werkgeversorganisaties onderhandelen per sector met de vakbonden over een cao. De cao is voor werknemers van toepassing op grond van de Wet CAO, de Wet AVV of een incorporatiebeding en voor de ambtenaren op grond van een rechtspositiebesluit. We stellen vast dat bij gelijklopende primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden voor werknemers en ambtenaren in het onderwijs de wenselijkheid om verschillende rechtsposities te hanteren binnen een samenwerkingschool een wel heel smalle basis heeft.

3.4 Conclusies en uitgangspunten voor de wetgever

Dit hoofdstuk behandelde de uitgangspunten voor de wetgever bij de vraag wanneer een samenwerkingschool tot stand kan komen (reikwijdte van het beginsel van de samenwerkingschool als ‘uitzondering’) en een verkenning van de vraag of een stichting voor openbaar onderwijs en een samenwerkingsbestuur ook een samenwerkingschool in stand kunnen houden.

Hoofdstuk 2 schetste dat ondanks de variëteit aan bestuursvormen in het openbaar en bijzonder onderwijs, waarbij het openbaar onderwijs bijvoorbeeld ook door privaatrechtelijke rechtspersonen in stand kan worden gehouden, het in artikel 23 Grondwet verankerde duale onderwijsbestel onverkort het uitgangspunt vormt. Een stelsel van zelfstandige openbare en bijzondere scholen blijft

⁹⁰ Voorstel van wet tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren). Kamerstukken II 2011/2012, 32550, nr. 1. Het wetsvoorstel is inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen.

⁹¹ In het primair onderwijs is de volledige decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming op 1 januari 2014 afgerond. Deze datum is onderdeel van het convenant dat op 11 november 2013 door de staatssecretaris van OCW en vertegenwoordigers van PO-Raad en vakbonden is ondertekend. Met de volledige decentralisatie wordt de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de primaire arbeidsvoorwaarden door de minister van OCW overgedragen aan de schoolbesturen in het primair onderwijs. De besturen mandateren vervolgens de PO-Raad om namens hen het cao-overleg te voeren.

het hoofdbeginsel. Zo zijn samenwerkingsbesturen en samenwerkingscholen slechts toegestaan in geval van dreigende opheffing van de betrokken openbare en bijzondere scholen.

De grondwetsgeschiedenis heeft het criterium van continuïteit genoemd als uitgangspunt voor de vraag wanneer een samenwerkingschool kan ontstaan. Dat aspect van continuïteit is thans geobjectiveerd in de opheffingsnormen. Deze zijn daarmee te beschouwen als minimumvoorwaarde bij de nadere invulling door de wetgever, en de wetgever heeft volgens deze lijn gehandeld bij de wettelijke regeling in 2011.

Het is aan de wetgever om nadere regels te stellen omtrent de invulling en toepassing van de opheffingsnormen, en te motiveren aan de hand van demografische cijfers, in welke mate sprake is van demografische krimp. Opheffingsnormen verschillen per gemeente, afhankelijk van de leerlingdichtheid.⁹² De wetgever zal in de planningsystematiek, c.q. opheffingsnormen een zodanig evenwicht moeten scheppen, dat er recht wordt gedaan aan zowel de grondwettelijke uitgangspunten, als de noodzaak om in krimpgebieden de continuïteit van het onderwijs te garanderen. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren aan de hand van objectieve (getals)criteria, die verband houden met leerling/bevolkingsprognose.

Ten aanzien van de instandhouding van een samenwerkingschool door een samenwerkingsbestuur is door de wetgever al verklaard dat dit kan. Dit betekent evenwel in de praktijk dat de inrichting van de 'governance' van de samenwerkingschool (ex artikel 17d Wpo) van toepassing wordt. Hoofdstuk 4 zal nader ingaan op de vraag in hoeverre de voorwaarden bij dit bestuursmodel gemitigeerd kunnen worden.

De instandhouding door een stichting voor openbaar onderwijs is naar ons oordeel niet mogelijk, omdat dit ten principale conflicteert met genoemde uitgangspunten, zoals geschetst in hoofdstuk 2. Een stichting die openbaar onderwijs verzorgt kan niet (godsdienstig of levensbeschouwelijk) bijzonder onderwijs geven, zonder de constructie aan te nemen van een samenwerkingschool (de door de wet vastgelegde doelstelling moet dan immers gewijzigd worden). De eindverantwoordelijkheid voor het onderwijs rust immers bij het bevoegd gezag, zijnde de rechtspersoon. Een en ander conflicteert ook met bijvoorbeeld de toepassing van 3 Gw inzake de gelijke benoembaarheid in de openbare dienst. Daarmee is ook het (ontkennende) antwoord op de derde deelvraag gegeven. Het model van de (privaatrechtelijke) arbeidsovereenkomst is nodig om te voldoen aan het constitutionele uitgangspunt van de gelijkwaardigheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs (zie par. 2.3). Het belang van deze vraag wordt volgens ons verder gerelativeerd bij de invoering van de wetgeving over de normalisering van de rechtspositie ambtenaren.

⁹² Volgens artikel 154 Wpo is de leerlingdichtheid de uitkomst van het aantal inwoners van 4 tot en met 11 jaar in die gemeente gedeeld door het aantal km² grondoppervlakte van die gemeente.

4 Kaders bij het toezicht op het openbare karakter en bijzondere identiteit in een samenwerkingschool

Dit hoofdstuk gaat in op de vraag welke opties er zijn, gelet op de constitutionele kaders, om het toezicht op het openbare karakter en de bijzondere identiteit van het onderwijs vorm te geven. Paragraaf 4.1. behandelt de grondwettelijke uitgangspunten en de huidige wettelijke regeling. Paragraaf 4.2 gaat in op de vereisten die er zijn ten aanzien van het toezicht op het openbaar onderwijs in een samenwerkingschool. Paragraaf 4.3 beschrijft de wettelijke regeling van het (externe) toezicht op het bijzonder onderwijs in de samenwerkingschool. De slotparagraaf bevat enkele conclusies en richtpunten voor de wetgever. Bij een aanpassing van de regeling van het toezicht op de samenwerkingschool zal onder meer gelet moet worden op de positie van de gemeente(raad) voor wat betreft het openbaar onderwijs en de gelijkwaardige positie van het bijzonder onderwijs.

4.1 Grondwettelijke uitgangspunten en huidige wettelijke regeling

In art. 17d Wpo en het gelijklopende art. 53d Wvo is geregeld dat zowel op het bijzonder als openbaar onderwijs in de samenwerkingschool extern toezicht plaatsvindt. Er zijn in dat kader vier groepen van normen te onderscheiden:

1. Volgens het vijfde lid van deze artikelen houdt de rechtspersoon die de instandhouding van de bijzondere school heeft overgedragen, of zijn rechtsopvolger, dan wel een daartoe aangewezen rechtspersoon toezicht op de identiteit van het bijzonder onderwijs in de samenwerkingschool, overeenkomstig wat is bepaald in de statuten van de stichting die de samenwerkingschool in stand houdt.
2. Volgens het zesde lid, onder d, moeten de zojuist vermelde statuten ook een voorziening bevatten inzake de wijze waarop door de gemeenteraad van de gemeente waar de samenwerkingschool gevestigd is toezicht op het bestuur van de samenwerkingschool wordt uitgeoefend, voor wat betreft het openbaar onderwijs. Dat toezicht omvat in ieder geval een jaarlijks door het bestuur van de stichting aan de gemeenteraad uit te brengen verslag waarin aandacht wordt geschonken aan het beleid ten aanzien van het openbaar onderwijs in de samenwerkingschool.
3. Krachtens het negende lid 'neemt' de gemeenteraad, bij ernstige taakverwaarlozing of functioneren in strijd met de wet door het bestuur van de samenwerkingschool, de maatregelen die hij nodig acht om de continuïteit van het openbaar onderwijs te waarborgen.
4. Het negende lid voorziet er tevens in dat de rechtspersoon, die toezicht houdt op de identiteit van het bijzonder onderwijs in de samenwerkingschool en ernstige taakverwaarlozing of handelen in strijd met de wet constateert, gelijksoortige maatregelen 'kan' nemen als beschreven in het vorige punt.

Volgens het tiende lid kunnen geschillen tussen de beide externe toezichthouders omtrent het toezicht worden voorgelegd aan een geschillencommissie, bestaande uit een of meer door de externe toezichthouders aangewezen deskundigen.

Naar blijkt, er is al in par. 2.2.3 van hoofdstuk 2 op gewezen, speelde de discussie in het parlement over het externe toezicht naar aanleiding van de proeve een belangrijke rol bij de constitutionele duiding van de samenwerkingschool. Maar in hoeverre schrijft de Grondwet vormen van extern toezicht daadwerkelijk voor? En kan de huidige regeling van de wet vervangen worden door een soepeler, meer ruimte aan de scholen latende constructie die op minder problemen in de praktijk kan rekenen? Daarop zal in het onderstaande nader worden ingegaan.

Al in het eerste wetsvoorstel tot invoering van de samenwerkingschool wordt bij Nota van Wijziging het extern toezicht ten aanzien van openbaar en bijzonder onderwijs in de samenwerkingschool ingevoerd.⁹³ De regering licht het waarom daarvan niet toe, gelooft niet dat het grondwettelijk noodzakelijk is, maar reageert daarmee officieel op de (overigens) integraal afwijzende kritiek van de Onderwijsraad uit 1996 op het wetsvoorstel.⁹⁴ Meer duidelijkheid komt er later. In zijn advies “Samen verder” uit 2000 merkt de Onderwijsraad op dat met de dubbele externe toezichthoudersconstructie een ‘plausibele organisatiestructuur’ is gegeven “waarin de gelijkwaardigheid van beide partners gestalte kan krijgen, met name wat betreft hun mogelijkheden om hun respectievelijke identiteit tot haar recht te laten komen.”⁹⁵ Dat is principieel bedoeld. Volgens de Onderwijsraad volgt uit het uitgangspunt van handhaving van het duale bestel, dat ook anno 2014 niet ter discussie staat, onder meer dat de wettelijke vormgeving van de samenwerkingschool zodanig moet zijn dat de kenmerken van het duale bestel zoveel mogelijk gewaarborgd worden. “Openbaar én bijzonder onderwijs moeten binnen zo’n school – bezien vanuit die kenmerken – zoveel mogelijk en in gelijkwaardigheid tot hun recht kunnen blijven komen.”⁹⁶ Daarbij is het niet voldoende als de wet “alleen waarborgen bevat ten behoeve van het openbaar onderwijs, voortvloeiend uit artikel 23, derde en vierde lid, van de Grondwet. Vanuit dat perspectief van gelijkwaardigheid, en gezien de vrijheid van onderwijs als neergelegd in artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet, is het noodzakelijk dat ook ten behoeve van het bijzonder onderwijs garanties geformuleerd worden.”⁹⁷

Het principe van gelijkwaardigheid van en van wettelijke garanties voor zowel openbaar als bijzonder onderwijs is ook volgens ons van groot belang. De vraag is evenwel of en in hoeverre de thans geregelde garanties strikt noodzakelijk zijn vanuit constitutioneel oogpunt. Is het toezicht naar de mate zoals dat thans geregeld is, noodzakelijk? Impliceert gelijkwaardigheid dat zowel met betrekking tot bijzonder als openbaar in de samenwerkingschool *extern* toezicht moet zijn verzekerd? Voor een antwoord op deze vragen gaan we eerst kijken naar het belang van toezicht op openbaar, respectievelijk bijzonder onderwijs.

⁹³ Tweede Nota van Wijziging, Kamerstukken II 1996/97, 24137, nr. 12.

⁹⁴ Zie Kamerstukken II 1996/97, 24137, nr. 11, p. 8.

⁹⁵ Onderwijsraad, Samen verder, advies inzake de samenwerkingschool, a.w., p. 9.

⁹⁶ A.w., p. 4.

⁹⁷ A.w., p. 5.

4.2 Toezicht op het openbaar onderwijs

De wettelijke regeling van de samenwerkingschool is van de aanvang af in de eerste plaats gericht geweest op het doel van behoud van de positie van het openbaar onderwijs.⁹⁸ Dat blijkt uit de reeds in hoofdstuk 2 besproken grondwetswijziging van 2006, waarbij het vierde lid van art. 23, een bepaling inzake specifiek het openbaar onderwijs, is aangepast. Het blijkt ook uit de geldende wettelijke definitie van samenwerkingschool, zijnde een school waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs wordt aangeboden (art. 17d, eerste lid, Wpo; 53d, eerste lid, Wvo).⁹⁹

Het belang van wettelijke waarborgen die het voortbestaan van openbaar onderwijs in de vorm van een samenwerkingschool verzekeren, is daarmee gegeven. Bij alle wettelijke vormen, waarin het openbaar onderwijs institutioneel losstaat van de gemeentelijke overheid door vermogensrechtelijke verzelfstandiging in een aparte rechtspersoon voor openbaar onderwijs (art. 47 en 48 Wpo; 42a en 42b Wvo), een bestuurlijk gefuseerde stichting (art. 17 Wpo; 53c Wvo) of een stichting samenwerkingschool (art. 17d Wpo; 53d Wvo) is steeds een vorm van extern toezicht geregeld: door de gemeenteraad. Daarbij geldt dat:¹⁰⁰

- a. met uitzondering van het samenwerkingsbestuur, de gemeenteraad een benoemings- en ontslagrecht heeft ten aanzien van de leden van het bestuur (art. 47, vierde lid, 48, zesde lid, Wpo, en voor zover het openbaar onderwijs betreft: art. 17d, zesde lid, Wpo);
- b. in de statuten (of verordening ten aanzien) van alle rechtspersonen moet worden geregeld op welke manier de gemeenteraad toezicht uitoefent op het bestuur (art. 47, vierde lid, 48, vierde lid, 17, vijfde lid, en 17d, zesde lid, Wpo);
- c. er een verplichting is van het bestuur van alle rechtspersonen tot het uitbrengen van een verslag aan de gemeenteraad, waarbij in ieder geval aandacht wordt besteed aan de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs (art. 47, vijfde lid, 48, achtste lid, 17, zevende lid en 17d, zesde lid, onder d, Wpo);
- d. er voor overdracht, opheffing of fusie en wijziging van de statuten (samenwerkingschool) of alleen voor wijziging van de statuten (samenwerkingsbestuur, stichting openbaar onderwijs) voorafgaande toestemming nodig is van de gemeenteraad (art. 17d, zevende lid, en 17, zesde lid, en 48, zevende lid, Wpo);

⁹⁸ Zie ook memorie van toelichting bij het eerste wetsvoorstel inzake samenwerkingscholen, Kamerstukken II 1994/95, 24 137, nr. 3, p. 3/4: "Bij de voorschriften die worden gegeven, gaat het uitsluitend om het waarborgen van het aanbod en het karakter van openbaar onderwijs bij een samenwerkingschool tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Uit het geheel van eisen ten aanzien van het openbaar onderwijs in een samenwerkingschool, volgt dat het openbaar onderwijs in een samenwerkingschool openbaar-bijzonder altijd herkenbaar aanwezig moet zijn, welke samenwerkingsvorm ook gekozen wordt."

⁹⁹ Zie memorie van toelichting bij het laatste wetsvoorstel inzake samenwerkingscholen, Kamerstukken II 2009/10, 32 134, nr. 3, p. 11.

¹⁰⁰ De navolgende verwijzingen vinden steeds slechts plaats naar de Wpo, in de wetenschap dat de Wvo identieke bepalingen bevat.

- e. er, met uitzondering van de samenwerkingschool en het samenwerkingsbestuur, voor de vaststelling van de begroting en van de jaarrekening voorafgaande instemming van de gemeenteraad nodig is (art. 47, vierde lid, onder d, en 48, zesde lid, onder d, Wpo). Wanneer er evenwel een raad van toezicht is ingesteld, is dit instemmingsrecht aan de gemeenteraad onttrokken (art. 47, negende lid, 48, twaalfde lid, Wpo). Bij het samenwerkingsbestuur worden de begroting en jaarrekening vastgesteld 'na overleg met' de gemeenteraad (art. 17, vijfde lid, onder d, Wpo);
- f. de gemeenteraad bevoegd is tot ingrijpen in de rechtspersoon bij ernstige taakverwaarlozing of functioneren in strijd met de wet door het bestuur (art. 47, achtste lid en 48, elfde lid) of daartoe zelfs verplicht is (art. 17, negende lid en 17d, negende lid, Wpo).

Opvallend is dat het toezicht over de verschillende bestuursvormen van openbaar onderwijs, of van die waarbij het openbaar onderwijs betrokken is, veelvormig is en belangrijke onderlinge verschillen kent. Voor een deel zijn die verschillen goed verklaarbaar. Zo is het ontbreken van een bepaling die overdracht, opheffing of fusie van de school aan voorafgaande instemming van de gemeenteraad bindt bij de bestuursvormen van het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs, goed te verklaren uit het feit dat deze bevoegdheden krachtens de geldende regeling al bij het gemeentebestuur liggen. Verder sluit de afwezigheid van een instemmingsrecht van de gemeenteraad ten aanzien van de begroting in de samenwerkingschool en het samenwerkingsbestuur goed aan bij het uitgangspunt dat de positie van het bijzonder onderwijs gelijkwaardig dient te zijn aan die van het openbaar onderwijs in de samenwerkingsconstructie.

Er zijn evenwel ook onderlinge verschillen die niet altijd logisch verklaarbaar zijn. Waarom een benoemingsrecht van de gemeenteraad ten aanzien van de leden van het bestuur, met uitzondering van die in de stichting samenwerkingsbestuur? Bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de bestuursvorm van het openbaar onderwijs is het benoemingsrecht van de gemeenteraad er op initiatief van de Tweede Kamer ingebracht. Volgens het Kamerlid Cornielje vond men de overheidsinvloed op de stichting of openbare rechtspersoon zo essentieel, dat men van oordeel was dat de benoeming van de bestuursleden door de gemeenteraad diende plaats te vinden.¹⁰¹ Een dergelijk benoemingsrecht was niet opgenomen in het eerste wetsvoorstel inzake samenwerkingscholen (nr. 24 137), dat oorspronkelijk met de regeling van de bestuursvorm van het openbaar onderwijs één geheel vormde, er later van werd afgesplitst en weer later werd omgebouwd tot een ontwerpregeling van het samenwerkingsbestuur, en niet op dit punt is geamendeerd.¹⁰² Bij het laatste wetsvoorstel over samenwerkingscholen (nr. 32 134) wordt de regeling van een benoemingsrecht van de gemeenteraad nauwelijks toegelicht. Er wordt opgemerkt dat er zoveel mogelijk is aangesloten bij de voorschriften omtrent de bestuursvorm van het openbaar onderwijs en het samenwerkingsbestuur. Maar dat levert hier geen sluitende informatie op, nu bij juist de laatst genoemde figuur een gemeentelijk benoemingsrecht ontbreekt. Wellicht is belangrijker wat direct daarna bijna terloops wordt opgemerkt: "Bij de benoeming van de bestuursleden spelen de toezichthoudende rechtspersonen een veel directere rol."¹⁰³ Anders dan bij

¹⁰¹ Handelingen II, 5 juni 1996, TK 89, p. 5959.

¹⁰² Zie over de parlementaire geschiedenis, P.W.A. Huisman, De samenwerkingschool, a.w., p. 120-133.

het samenwerkingsbestuur zijn bij de samenwerkingschool externe toezichthouders ingesteld die vervolgens met die bevoegdheid zijn uitgerust.¹⁰⁴

De herkomst van de wettelijke regel dat voor overdracht, opheffing of fusie van de stichting samenwerkingschool voorafgaande instemming nodig is van de gemeenteraad, is onduidelijk. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat deze waarborgen “mede nodig” zijn “omdat het aanbod en het karakter van het openbaar onderwijs gewaarborgd moeten worden.”¹⁰⁵ Als echter bij het samenwerkingsbestuur dergelijke handelingen plaatsvinden, is voorafgaande instemming ineens niet meer vereist, terwijl dan toch ook het voortbestaan of het karakter van het openbaar onderwijs in het geding kan zijn.

4.3 Toezicht op het bijzonder onderwijs

Als reactie op het advies Samen verder uit 2000 van de Onderwijsraad heeft de regering besloten, om in het voorstel dat ten grondslag ligt aan de huidige wettelijke regeling van de samenwerkingschool, waarborgen op te nemen ten aanzien van het toezicht op zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs. Wat betreft het bijzonder onderwijs voorziet de wettelijke regeling erin “dat de oprichtende of de daartoe aangewezen rechtspersonen (..) toezicht houden op het behoud van de identiteit, overeenkomstig hetgeen is bepaald in de statuten van de stichting die de samenwerkingschool in stand houdt.”¹⁰⁶ Zoals we al zagen in par. 5.2, stelde de Onderwijsraad dat de wet ook garanties diende te bevatten ten aanzien van het bijzonder onderwijs, vanuit het principe dat het bijzonder onderwijs gelijkwaardig is aan het openbaar onderwijs en als zodanig beschermd moet worden tegen een overheersing van het openbaar onderwijs in de samenwerkingschool. De wet bevat verschillende bepalingen dienaangaande:

1. In de statuten dient een regeling te worden getroffen over de wijze waarop het toezicht door de externe rechtspersoon op het bijzonder onderwijs plaatsvindt (art. 17d, zesde lid, onder d, Wpo en 53d, zesde lid, onder d, Wvo);
2. De externe rechtspersoon benoemt de leden van het bestuur van de samenwerkingschool voor zover het bijzonder onderwijs betreft in de samenwerkingschool (art. 17d, zesde lid, onder c, Wpo en 53d, zesde lid, onder c, Wvo);
3. Voor overdracht, opheffing of fusie en voor wijziging van de statuten van de samenwerkingschool is voorafgaande toestemming nodig van de externe rechtspersoon;

¹⁰³ Kamerstukken II 2009/10, 32134, nr. 3, p. 14.

¹⁰⁴ Zie art. 17a, zesde lid, onder c, 1^e: “het bestuur van de stichting die de samenwerkingschool in stand houdt, wordt benoemd door de gemeenteraad van de gemeente waar de samenwerkingschool gevestigd is, en de rechtspersoon, bedoeld in het vijfde lid.”

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32134, nr. 3, p. 14.

¹⁰⁶ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32134, nr. 3, p. 13.



4. De externe rechtspersoon kan op soortgelijke wijze ingrijpen in de samenwerkingschool als de gemeenteraad bij ernstige taakverwaarlozing of functioneren in strijd met de wet (art. 17d, negende lid, Wpo en 53d, negende lid, Wvo).

4.4 Conclusies en uitgangspunten voor de wetgever

Het voorgaande leert dat wie anders wil met het toezicht op de samenwerkingschool, moet beginnen bij de positie van het openbaar onderwijs. Kan de waarborg van het bestaan van openbaar onderwijs louter aan de privaatrechtelijke stichting worden overgelaten, die de samenwerkingschool in stand houdt? Zeker kan men in eigen kring onderwijs vormgeven dat de kenmerken bezit van neutraliteit en algemene toegankelijkheid. Maar dat is nog geen openbaar onderwijs. Dat wordt het pas als door toedoen van de overheid de continuïteit van het onderwijs dat neutraal en algemeen toegankelijk is, wordt gegarandeerd. Die overheid is grondwettelijk de gemeente, die optreedt door democratisch georganiseerde en gecontroleerde organen. Dat is niet alleen het exclusieve beeld dat men anno 1848 en later van de gemeente had toen het vierde lid in artikel 23 Grondwet werd opgenomen,¹⁰⁷ maar kan ook principieel worden geduid. Hoewel de openbare rechtspersoon en de stichting die openbaar onderwijs aanbieden krachtens de Awb als bestuursorganen (a-orgaan, resp. b-orgaan) van de gemeente kunnen worden getypeerd, en dus in die zin als 'overheid' of als 'gemeente' kunnen worden aangesproken, missen zij de democratische legitimatie, maar ook de reële stabiliteit die raad en burgemeester en wethouders in hun functioneren hebben. Vanaf de aanvang, te beginnen bij het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel Nuis,¹⁰⁸ heeft men het daarom bij van de gemeente verzelfstandigde vormen van openbaar onderwijs noodzakelijk geacht om een vorm van extern toezicht te regelen. Die lijn willen we hierbij handhaven. Voor het verzelfstandigd openbaar onderwijs, ook in de samenwerkingschool, is extern toezicht door het gemeentebestuur (raad en/of burgemeester en wethouders) grondwettelijk geboden en noodzakelijk.

Er is thans extern toezicht voor het bijzonder onderwijs in de samenwerkingschool geregeld, omdat de wettelijke bescherming van het bijzonder onderwijs volgens de opstellers zodanig diende te zijn dat het in positie gelijkwaardig blijft aan het openbaar onderwijs. Daarmee is niet gezegd dat extern toezicht op het bijzonder onderwijs rechtstreeks tot het grondwettelijke onderwijsartikel te herleiden is, maar wel dat het via het gelijkheidsbeginsel daarmee in verband gebracht kan (niet: moet) worden. Kan de gelijkwaardige positie van het bijzonder onderwijs beschermd worden, zonder dat er sprake is van een externe toezichthouder? In principe is dat mogelijk, zeker met de veranderingen die de Wet Goed Onderwijs en Goed Bestuur binnen onderwijsorganisaties heeft aangebracht, maar dan moet er onzes inziens wel aan twee voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats moet er voldoende ruimte zijn in de organisatiestructuur van de stichting die de school bestuurt, om het toezicht een plaats te geven. Ten tweede dient het externe toezicht ten aanzien van het openbaar onderwijs zodanig in intensiteit teruggebracht te worden, dat het reëel

¹⁰⁷ Vgl. D. Mentink, Openbaar onderwijs als kerntaak van overheidszorg. De ontstaansgeschiedenis van artikel 23, lid 4 van de Grondwet en de bestuurlijke vormgeving van het openbaar onderwijs, SVO: Den Haag 1995, p. 67.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 1993/94, 23134 A.

aanvaardbaar blijft en qua intensiteit ongeveer gelijkwaardig is aan het toezicht ten aanzien van het bijzonder onderwijs.





5 Mogelijkheden aanpassing wettelijk regime totstandkoming samenwerkingsbesturen

De vraag in dit hoofdstuk is op welke wijze het, gelet op de constitutionele kaders, mogelijk is dat in gebieden met leerlingending binnen het duale stelsel ruimte worden geboden voor de vorming van samenwerkingsbesturen. Eerst zal nagegaan worden in hoeverre de totstandkomingsgeschiedenis afwijkt van de samenwerkingsschool en hoe het wettelijk regime is ingekleed. Vervolgens zal worden nagegaan of er constitutionele bezwaren zijn om het uitgangspunt van ‘geen fusie, tenzij’, geïntroduceerd bij de Wet fusietoets, weer te verlaten. De slotparagraaf geeft enkele conclusies en uitgangspunten voor de wetgever.

5.1 Bijzondere totstandkomingsgeschiedenis

In het onderwijsrecht kennen we de constructie van het samenwerkingsbestuur sinds 1998.¹⁰⁹ Gaat het bij de samenwerkingsschool om een institutionele fusie tussen een openbare en een bijzondere school, bij de constructie van het samenwerkingsbestuur is er ‘slechts’ sprake van een bestuurlijke fusie met behoud van het geven van openbaar en bijzondere onderwijs in afzonderlijke scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs.¹¹⁰

De wettelijke regeling was als het ware het bijproduct van de vastgelopen parlementaire behandeling van het destijds voorliggende wetsvoorstel over de samenwerkingsschool.¹¹¹ Anders dan gewoonlijk bij dit soort wettelijk te regelen onderwerpen had de onderwijspolitiek weinig tijd nodig om deze nieuwe bestuurlijke constructie binnen het duale onderwijsbestel mogelijk te maken. Op het moment dat de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel over de samenwerkingsschool om grondwettelijke redenen in 1997 vastliep, haalde het gewijzigde wetsvoorstel over alleen het samenwerkingsbestuur in hoog tempo het Staatsblad.¹¹² Naar de mening van de regering vroeg de praktijk van het onderwijs dringend om deze nieuwe vorm van bestuurlijke samenwerking. Daarbij werd met name aan de (nijpende) positie van het openbaar voortgezet onderwijs in Limburg gedacht. In deze regio raakte het openbaar onderwijs door ontbrekende fusiepartners van openbare signatuur in de knel, ook al omdat er nog geen wetgeving met betrekking tot samenwerkingsscholen was. Dit laatste was voor het openbaar onderwijs een groot probleem. In het bijzonder onderwijs lag dat anders daar binnen deze tak van onderwijs zonder problemen samenwerkingsscholen tussen de verschillende richtingen gevormd konden worden; er bleef immers juridisch sprake van bijzonder onderwijs. Voor een aantal Limburgse

¹⁰⁹ Wet van 23 april 1998, Stb. 1998, 294.

¹¹⁰ De wet spreekt van ‘bestuurlijke fusie tussen openbare en bijzondere scholen’.

¹¹¹ Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 1996/97, 24137, nr. 12.

¹¹² Zie brief van de staatssecretaris Netelenbos van 30 september 1997, Kamerstukken II 1997/98, 24137, nr. 15 en Derde nota van wijzigingen, Kamerstukken II 1997/98, 24137, nr. 16.

openbare scholen voor voortgezet onderwijs bleef thans als enige reële optie over het volgen van de procedure waarbij het openbaar onderwijs wordt omgezet in algemeen bijzonder onderwijs, met een daaropvolgende fusie met het rooms-katholiek voortgezet onderwijs in hun provincie.¹¹³

Aldus zag de wetgever bij het model van het samenwerkingsbestuur geen principiële belemmering met het oog op het bestaande duale onderwijsbestel (zoals wel het geval was bij de voorgenomen wettelijke regeling van de samenwerkingsschool zonder wijziging van artikel 23 lid 4 Grondwet). De argumentatie spreekt voor zich: het “bezwaar dat het principiële onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs en het karakter van het openbaar en bijzonder onderwijs niet behouden zouden kunnen blijven, is hierbij niet aan de orde.”¹¹⁴ En al eerder had de wetgever door de Wet educatie en beroepsonderwijs uitgesproken dat bestuurlijke samenwerking op zichzelf niet ongrondwettig kon zijn.¹¹⁵

5.2 De huidige wettelijke regeling: twee belangrijke elementen

1. Samenwerkingsbestuur als *ultimum remedium*

Artikel 17 Wpo, artikel 28 Wec en artikel 53c Wvo regelen het samenwerkingsbestuur in de vorm van een stichting waaraan de instandhouding van een of meer openbare en bijzondere scholen kan worden opgedragen of overgedragen. Anders dan bij de huidige wettelijke regeling van de samenwerkingsschool is op grond van deze wettelijke voorschriften het samenwerkingsbestuur niet slechts het product van een fusie waarbij de opheffingsnorm van openbare of bijzondere scholen in het geding is. Zo bepaalt artikel 17d lid 2 Wpo dat een samenwerkingsschool uitsluitend tot stand kan komen indien daartoe de continuïteit van het openbaar en bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven en waarbij voorkomen wordt dat een of meer scholen wordt opgeheven of niet meer voor bekostiging in aanmerking komt. De wetgever heeft aldus bij de invoering van het samenwerkingsbestuur de mogelijkheid open gelaten dat er voor betrokken besturen andere redenen kunnen zijn om voor dit bestuurlijk model te kiezen, bijvoorbeeld met het oog op de vergroting van de bestuurlijke slagkracht binnen het schaalvergrotingsbeleid.

Aan deze situatie is een eind gekomen bij de invoering van de Wet fusietoets in het onderwijs.¹¹⁶ Daarin is geregeld dat de minister slechts goedkeuring verleent aan de totstandkoming van een samenwerkingsbestuur indien een of meer van de betrokken scholen onder de opheffingsnorm raakt. Daarmee wordt het samenwerkingsbestuur een *ultimum remedium*: een dergelijke constructie wordt alleen toegestaan indien anders één of meer van de bij de fusie betrokken scholen ‘omvallen’.

¹¹³ Kamerstukken II 1997/98, 24137, B, p. 5 (Nader rapport) en Nadere memorie van antwoord, Kamerstukken 1997/98, 24137, nr. 142d, p. 2.

¹¹⁴ Kamerstukken II 1997/98, 24137, nr. 15, p. 2.

¹¹⁵ Kamerstukken II 1997/98, 24137, B, p. 3

¹¹⁶ Wet van 27 januari 2011, Stb. 2011, 95 (zie art. 64c lid 2 Wpo, art. 66c lid 2 Wec en art. 53g lid 3 Wvo).

Er is, met andere woorden, sprake van een limitatieve goedkeuringsgrond: de continuïteit van het openbaar of bijzonder onderwijs dient er direct mee te zijn gediend.¹¹⁷

Van belang is erop te wijzen dat de wetgever hiertoe heeft besloten op grond van een eerdere parlementaire discussie over de positie van het openbaar onderwijs in het primair onderwijs. In een notitie van 21 mei 2009 beklemtoonde staatssecretaris Dijkma dat ook bij het samenwerkingsbestuur “dualiteit van het onderwijsbestel leidend (is) bij de keuzes die we zullen maken” en dat de regering bij de fusietoets zou voorstellen een samenwerkingsbestuur “slechts toe te staan als anders opheffing van één of meer scholen dreigt.”¹¹⁸ Deze aangescherpte beleidslijn kwam niet onverwachts. Eerder waren vanuit de Tweede Kamer zorgen uitgesproken over sommige praktijken rond samenwerkingsbesturen.¹¹⁹ Daarnaast werd in de voornoemde beleidsnotitie direct verwezen naar een advies van de Onderwijsraad uit 2008 over de bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs waarin de raad van opvatting was dat “vanuit een oogpunt van behoud van de basale constitutionele variëteit” zuinig met het samenwerkingsbestuur als reguliere bestuursvorm diende te worden omgesprongen. Voorgesteld werd wettelijk te regelen dat alleen in geval van dreigende opheffing er een samenwerkingsbestuur kon komen en dat de minister toestemming moest geven aan de gemeente om de instandhouding van de openbare school over te dragen.¹²⁰

2. Het verkozen regelingsmodel is een afgeleide stichting voor openbaar onderwijs

Wat in de tweede plaats in het oog springt, is de wijze van wettelijke regeling. De van toepassing zijnde wettelijke voorschriften, voor zover het gaat om scholen voor openbaar onderwijs, zijn zoveel mogelijk ontleend aan de wettelijke regeling uit 1996 over de instandhouding van een openbare school door een stichting. Dat kon niet in alle gevallen daar de stichting voor een samenwerkingsbestuur ook bijzondere scholen in stand houdt. Zo zijn er verschillen bij de bepalingen over de bestuurssamenstelling, de goedkeuring van de begroting en de overheersende invloed van de overheid op het bestuur.¹²¹ De algemene lijn is dat de betreffende bepalingen minder geclausuleerd zijn. Zo zijn er geen nadere voorschriften over de wijze van benoeming van de bestuursleden, terwijl bij de stichting voor openbaar onderwijs die geen raad van toezicht heeft, de gemeenteraad benoemt (vgl. o.a. art. 17 lid 5 onder b Wpo met art. 48 lid 6 onder b Wpo).

¹¹⁷ Kamerstukken II 2008/09, 32040, nr. 3, p. 26.

¹¹⁸ Kamerstukken II 2009/09, 31293, nr. 40, p. 5.

¹¹⁹ Handelingen II 9 december 2008, p. 34-3008 en p. 36-3232. Zie in dit verband tevens Aanhangsel Handelingen II 2007/08, 1932 en 2400 (Het openbaar onderwijs in Limburg).

¹²⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31293, nr. 40 en Onderwijsraad, De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs, Den Haag november 2008, p. 51 en p. 69.

¹²¹ Zie ook Kamerstukken II 1997/98, 24137, nr. 16, p. 7-8.

5.3 Conclusies en uitgangspunten voor de wetgever

De onstaansgeschiedenis van het samenwerkingsbestuur is een andere geweest dan van de samenwerkingschool. Het debat in het parlement bij de introductie van deze bestuursvorm leidde wel tot constitutionele overwegingen, maar niet tot grondwetswijziging. Er is tijdens het parlementaire debat bij de introductie van het samenwerkingsbestuur ook nooit gesproken over het samenwerkingsbestuur als ‘uitzonderingsmogelijkheid’. De enige beperking voortvloeiend uit de wetsgeschiedenis is dat het samenwerkingsbestuur alleen kan ontstaan door fusie van reeds bestaande bevoegde gezagsorganen en overdacht van reeds bestaande scholen.¹²² Het opschrift van artikel 17 Wpo heeft als kop ‘bestuurlijke fusie’. Het samenwerkingsbestuur werd met name geïntroduceerd om het openbaar onderwijs niet in een geïsoleerde positie te laten. Vanuit de primaire zorg van de overheid voor het aanbod aan openbaar onderwijs was het zaak om hiervoor een voorziening te treffen, met inachtneming van het uitgangspunt dat het openbaar onderwijs ‘van overheidswege’ moet worden gegeven. Het model van het samenwerkingsbestuur kent bijvoorbeeld echter niet een verplicht toezicht op de identiteit van het bijzonder onderwijs.

De grondwetgever heeft zich aldus nooit uitgesproken over de vraag in welke mate het samenwerkingsbestuur een ‘reguliere’ bestuursvariant, danwel een (streng) geclausuleerde uitzondering moet zijn; dit is wetgevingsbeleid. De door de regering van de Onderwijsraad overgenomen redenering inzake ‘basale variëteit’ van openbaar en bijzonder onderwijs als reden om de vorming van samenwerkingsbesturen te beperken, kan niet rechtstreeks worden teruggevoerd op overwegingen van de grondwetgever. De regering refereerde tijdens de eerste lezing van de grondwetswijziging alleen op het feit dat het “aan de betrokkenen zelf [is] om – binnen de wettelijke randvoorwaarden –gebruik te maken van de mogelijkheid om te komen tot een samenwerkingsbestuur [...]. Wij willen niet treden in de motieven van partijen om daartoe te besluiten.”¹²³ Dit zou – a contrario - er op kunnen wijzen dat de grondwetgever de totstandkoming van samenwerkingsbesturen door fusie niet zeer strikt heeft willen beperken.

Concluderend: de wetgever heeft besloten bij de introductie van de fusietoets om het samenwerkingsbestuur ten aanzien van de voorwaarden voor vorming aan dezelfde restricties te onderwerpen als de samenwerkingschool (art. 64c lid 2 Wpo en pendant in de Wvo), maar de wetgever kan dit ook weer terugdraaien.

¹²² In het debat wordt meermaals gerept van ‘overdragen’, bijvoorbeeld Kamerstukken I 1997/98, 24137, nr. 142b, p. 7.

¹²³ Kamerstukken II 2001/02, 28081, nr. 5, p.4

6 Conclusies en antwoorden

In de vorige hoofdstukken hebben we de onderwijsjuridische problematiek geanalyseerd die met de gestelde onderzoeksvragen verbonden is. Centraal in het onderzoek stond de vraag: Welke ruimte bieden de grondwettelijke kaders voor het vereenvoudigen van de vorming van samenwerkingsscholen in gebieden met leerlingendaling? Door de opdrachtgever werd deze vraag in vijf deelvragen uitgesplitst. Hieronder zullen deze, in aansluiting op de conclusies in de vorige hoofdstukken, worden beantwoord.

De hoofdvraag van dit advies is welke ruimte er is in constitutioneel opzicht voor het vereenvoudigen van de vorming van samenwerkingsscholen in gebieden met leerlingendaling.

Deze vraag veronderstelt helderheid over de wijze van uitleg van artikel 23 van de Grondwet. De onderwijswetgever weet zich bij zijn constitutionele speelruimte beperkt door de geschiedenis en de uitleg die door de grondwetgever aan de betreffende grondrechtelijke normen is gegeven. Bij de behandeling van de grondwetsherziening ten behoeve van de wettelijke regeling van de samenwerkingsschool heeft de grondwetgever nadrukkelijk verwoord dat de historisch-grammaticale interpretatiemethode richtinggevend is voor de wetgever. In het licht van de parlementaire geschiedenis is een dergelijke expliciete uitspraak in de verhouding grondwetgever en wetgever hoogst uitzonderlijk. De grondwetgever werd hier toe gedwongen gezien het fundamenteel onderwijspolitieke gewicht van het onderhavige onderwerp. In geding was het behoud van het duale bestel van enerzijds openbaar en anderzijds bijzonder onderwijs.

Naast voornoemde opvatting van de grondwetgever over de te hanteren interpretatiemethode zijn de belangrijkste conclusies de volgende:

- Basisuitgangspunt voor de wetgever is het behoud van het duale bestel. Voor wat het openbaar onderwijs betreft blijkt dat uit het (gewijzigde) vierde lid van artikel 23 Grondwet, waarbij de samenwerkingsschool haar basis in de tweede volzin van dit artikellid vindt. De samenwerkingsschool is een niet-reguliere variant, inhoudende dat deze slechts door fusie van een openbare en bijzondere school tot stand kan komen en uitsluitend door twee partijen in het leven geroepen mag worden. Uitgangspunt daarbij is dat de continuïteit van het openbaar en bijzonder onderwijs op langere termijn niet in gevaar komt. Dat dient te worden bepaald aan de hand van objectieve, getalsmatige criteria. Een dergelijke wijze van objectivering past in een wetgevingstraditie die zijn steun vindt in de onderwijspacificatie.
- Hoewel er een Proeve van een voorstel van wet was opgesteld, heeft de grondwetgever zich daar niet aan gebonden. Slechts de wezenlijke uitgangspunten in deze Proeve die het duale bestel raken, zijn richtingbepalend voor de (toekomstige) wetgever. Deze betreffen met name de gelijkwaardigheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs, het in wetgeving en statuten door de gemeenteraad waarborgen van de de essentialia (materiële kenmerken) van het te geven openbaar onderwijs en het zoveel mogelijk respecteren van de vrijheid van inrichting. In lijn met



laatstgenoemde blijft de grondwetgever op afstand als het om de bestuurlijke inrichting gaat op met name het belangrijke aspect van een evenwichtige zeggenschapsverdeling. Meer in het algemeen heeft de grondwetgever de wetgever niet gebonden aan een specifieke vormgeving of een bepaalde mate van detaillering.

De slotsom is dat de wetgever nogal wat speelruimte van de grondwetgever op het punt van uitwerking en vormgeving heeft gekregen. Dit geldt in het bijzonder ook voor het geven van nadere voorschriften binnen krimpgebieden, zoals over de invulling van het zgn. continuïteitsvereiste waarvoor de wetgever thans een termijn van zes jaar stelt waarbinnen de betreffende (openbare) school met opheffing wordt bedreigd, respectievelijk een (bijzondere) school dreigt niet meer te worden bekostigd. Dit is een zaak van wetgevingsbeleid.

De eerste deelvraag betref de vraag of er constitutioneel opzicht bezwaren zijn om de reikwijdte van de wettelijke regeling voor de samenwerkingsschool te verruimen in gebieden met leerlingendaling, met daarbij de concrete vraag of de eis kan vervallen dat één van de scholen binnen zes jaar onder de opheffingsnorm komt.

Hoofdstuk 2 concludeert dat de wetgever, met inachtneming van de kaders dat een samenwerkingsschool alleen kan ontstaan door fusie en vanwege de reden dat de continuïteit van het onderwijs in het geding is, de ruimte heeft om aan de hand van objectieve (getals)criteria, (leerlingprognoses), te variëren in de opheffingsnormen.

De wetgever heeft thans gekozen voor een periode van 6 jaar, maar dat zou ook een andere periode kunnen zijn. De wetgever kan dus de wettelijke regeling verruimen in gebieden met leerlingendaling, zij het dat daar dus geobjectiveerde getalscriteria aan ten grondslag moeten liggen. De grondwetgever heeft aan de wetgever overgelaten om nadere regels te stellen omtrent de invulling en toepassing van de opheffingsnormen en te motiveren aan de hand van demografische cijfers.

De tweede deelvraag betref de kwestie van de bestuurlijke inrichting van een rechtspersoon voor de instandhouding van samenwerkingsscholen, specifiek de mogelijkheid van een bestuur dat naast openbare scholen ook samenwerkingsscholen in stand houdt, en de regeling waarbij een samenwerkingsbestuur ook een samenwerkingsschool in stand houdt.

Hoofdstuk 3 concludeert dat een samenwerkingsschool thans al door een samenwerkingsbestuur in stand kan worden gehouden, maar dat dit toepassing van het bestuurs-/governancemodel van de samenwerkingsschool betekent: een samenwerkingsbestuur moet bij overname van een samenwerkingsschool aan het wettelijk kader van de samenwerkingsschool voldoen, zoals omschreven in artikel 17d Wpo (zie verder deelvraag 4).

De constitutionele uitgangspunten verhinderen een model inhoudend dat binnen een bestuur van openbare scholen, ook een samenwerkingsschool in stand wordt gehouden. De samenwerkingsschool kan niet in stand gehouden worden door een bestuur dat daarnaast ook openbare scholen in stand houdt, zonder dat dit eveneens betekent dat het model van het samenwerkingsschool gehanteerd wordt.

De derde deelvraag is of sprake kan zijn van een onderscheiden rechtspositie van het personeel binnen de samenwerkingsschool, specifiek bij een rechtspersoon die openbare en samenwerkingsscholen in stand houdt.

Het antwoord op de voorgaande vraag impliceert dat dit niet kan. In de wetsgeschiedenis zijn bovendien doorslaggevende argumenten te vinden waarom een keuzeoptie niet werkbaar is. Tevens wordt door aanstaande wetgeving inzake de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren deze vraag o.i. (verder) gerelativeerd.

De vierde deelvraag ziet op de verkenning naar het constitutionele kader van het toezicht op het openbare karakter en de bijzondere identiteit van de samenwerkingschool (zie de tweede deelvraag).

De conclusie in hoofdstuk 4 is, dat in het vierde lid van artikel 23 Grondwet het constitutioneel vereiste is neergelegd dat er extern toezicht moet zijn op het openbaar onderwijs door het gemeentebestuur daar dit onderwijs van ‘overheidswege’ wordt gegeven. Een dergelijke verplichting van extern toezicht vloeit voor wat betreft het bijzonder onderwijs niet rechtstreeks voort uit het tweede artikellid over de vrijheid van onderwijs. Wel ligt aan het onderwijsartikel het ongeschreven beginsel van de gelijkwaardigheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs ten grondslag. Het extern toezicht kan worden teruggebracht bij de samenwerkingschool, mits voldoende ruimte is in de organisatiestructuur van de stichting die de school bestuurt, om het toezicht een plaats te geven. Ten tweede is het mogelijk het externe toezicht ten aanzien van het openbaar onderwijs zodanig in intensiteit terug te brengen, dat het reëel aanvaardbaar blijft en qua intensiteit ongeveer gelijkwaardig is aan het toezicht ten aanzien van het bijzonder onderwijs. De ondergrens wordt bepaald door de mogelijkheden van de overheid de essentialia van het openbaar onderwijs (de zgn. materiële kenmerken) te waarborgen.

De vijfde deelvraag is of in gebieden met leerlingendaling binnen het duale stelsel ruimte is voor de vorming van samenwerkingsbesturen.

Hoofdstuk 5 heeft als conclusie dat het samenwerkingsbestuur buiten het grondwettelijke debat is gebleven; dit model is aanvaard zonder wijziging van artikel 23 Grondwet, en de uitgangspunten zoals geformuleerd in hoofdstuk 2 zijn dus niet a priori van toepassing. Het is wetgevingsbeleid en een keuze van de wetgever om de mogelijkheden van het samenwerkingsbestuur te verengen (zoals is gebeurd bij de introductie van de fusietoets), danwel – in het kader van krimpbeleid- weer te verruimen.

Afsluitend concluderen we dat gelet op de constitutionele uitgangspunten een aangepast bestuursmodel voor de samenwerkingschool structureel is te verankeren in de wet, waarbij de wetgever de mogelijkheid heeft verschillende modaliteiten te hanteren voor de regeling van de samenwerkingschool in die gebieden waar sprake is van bevolkingsdaling. Een uittekening van dergelijke mogelijkheden valt buiten de verstrekte adviesopdracht.





Literatuurlijst

D. J. Elzinga, Vier vuistregels voor grondwetsinterpretatie in zijn boek: *Oculi Iustitiae*. Pleidooien voor een contextuele rechtsbenadering, Deventer: Kluwer 1997.

Ph. Eijlander, *De wet stellen*. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving, Zwolle: Kluwer 1993.

Ph. Eijlander, Het wetgevingsbeleid na de bruikbare rechtsorde. In de beperking toont zich de meester?, in: P. Populier, Ph. Eijlander, & L. Loeber (Eds.), *Bruikbare Wetgeving* (Preadviezen Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Den Haag 2007.

P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool: conflicterende convergentie*. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs (diss. KU Nijmegen), Den Haag: Elsevier 2002.

P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting*. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen, Den Haag: Ministerie van OCW 2011.

D. Mentink, *Openbaar onderwijs als kerntaak van overheidszorg*. De ontstaansgeschiedenis van artikel 23, lid 4 van de Grondwet en de bestuurlijke vormgeving van het openbaar onderwijs, Den Haag: SVO 1995.

D. Mentink, *Recht op voldoende openbaar onderwijs*. Grondwettelijke norm, wettelijke uitwerking en ontwikkelingen, 1996.

D. Mentink, *Het bijzondere van het onderwijsrecht* (oratie Rotterdam), Utrecht: APS 1998.

D. Mentink, *Het rigide grondwetsartikel en ontwikkelingen rond constitutionele toetsing*, in: *NTOR-Jaarboek onderwijsrecht 2002-2004*, p. 36-39.

D. Mentink, 'Artikel 23? Een groen uitgeslagen grafmonument'. Over constitutionele interpretatie, openbaar onderwijs en de speelruimte voor de toekomstige wetgever, *NTOR* 2006, nr. 3, p. 140.

D. Mentink en J. Sperling, *Ontwikkelingen rondom het constitutionele onderwijsrecht*, *NTOR-Jaarboek onderwijsrecht 2006-2010*, p. 53-56.

D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet, de basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu 2011.

Onderwijsraad, *Advies Onderwijsraad d.d. 11 februari 1994*, in: *Uitleg 1994*, nr 7.

Onderwijsraad, *Advies Onderwijsraad d.d. 27 juni 1996*, OR 96000070/Alg.

Onderwijsraad, *Samen verder*, Den Haag: Onderwijsraad 2000.

Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten*, Den Haag: Onderwijsraad 2002.

Onderwijsraad, *De bestuurlijke ontwikkeling van het Nederlandse onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad 2008.

Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, Den Haag: Onderwijsraad 2012.

I.C. van der Vlies, De gezichten van de Grondwet, Regelmaat 1996, p. 189.

