

# Hoofdstuk 1

## Inleiding

In het jaar 2017 is de grondwetswijziging, die bekend is komen te staan als de 'onderwijspacificatie', precies honderd jaar oud. De grondwetswijziging is om meerdere redenen bijzonder. Er is vermoedelijk geen politieke kwestie geweest die het beeld van het politieke landschap in Nederland zozeer beïnvloed heeft als de onderwijskwestie. Een andere bijzonderheid is dat 'het' onderwijsartikel, thans artikel 23 van de Grondwet, nauwelijks inhoudelijke wijzigingen heeft ondergaan sinds de totstandkoming. Bij de grote Grondwetsherziening van 1983 is het artikel, overigens na een stevige parlementaire discussie, ongewijzigd blijven bestaan. Een derde bijzonderheid is, ten slotte, dat het honderdjarig bestaan van dit artikel op meerdere plaatsen gevierd wordt. De belangstelling voor de vrijheid van onderwijs en de gelijkwaardigheid van bijzonder en openbaar onderwijs in Nederland steekt, zeker tegen de achtergrond van de veelal magere belangstelling voor onze Grondwet, positief af. Ook in parlementaire debatten over het onderwijsbestel is het nog steeds niet weg te denken. Waar veel van onze nationale grondrechten in zekere zin 'ingehaald' zijn door de sterkere materiële bescherming die de rechten van het EVRM biedt tegen inperkingen door de wetgever, is artikel 23 nog steeds een belangrijk baken voor de nationale rechtsverhoudingen in het onderwijs.

Tegelijkertijd is artikel 23 Grondwet geen rustig bezit. In parlementaire debatten en in de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State komt regelmatig de vraag aan de orde of specifieke beleidsmaatregelen wel te verenigen zijn met artikel 23 Grondwet. Door het toetsingsverbod voor formele wetgeving kan de grondwettelijke bescherming die artikel 23 biedt ondergraven worden door het handelen van de wetgever, die in laatste instantie het oordeel geeft over de verenigbaarheid van wetgeving met de Grondwet. Ook in meer principiële politiek-ethische discussies over het onderwijsstelsel wordt de wenselijkheid van artikel 23 Grondwet met enige regelmaat ter discussie gesteld. Anno 2017 heeft Nederland een formeel sterk verzuild onderwijsstelsel, terwijl de samenleving in vergaande mate ontzuild en gesecculariseerd is.

De centrale vraag in dit preadvies is: wat is de betekenis van artikel 23 Grondwet, honderd jaar na de totstandkoming van de onderwijspacificatie in actuele vraagstukken van onderwijsbeleid en voor de toekomst van het onderwijsbestel? Voor beantwoording van deze centrale vraag zijn verschillende bouwstenen van belang. Allereerst zal ik (in hoofdstuk 2) ingaan op de historische achtergrond van artikel 23 Grondwet. Een goed begrip van de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 23 Grondwet is wezenlijk voor een begrip van de juridische betekenis. Vervolgens zal ik, in een korte zijstap, de grenzen van het internationale recht verkennen voor het nationale onderwijsbeleid (in hoofdstuk 3). Vervolgens ga ik in op enkele actuele vraagstukken die van betekenis zijn voor het stelsel van artikel 23 Grondwet (in

---

de hoofdstukken 4 en 5). Ik eindig met een conclusie (hoofdstuk 6), waarin ik een antwoord op de onderzoeksvraag formuleer.

## Hoofdstuk 2

# De juridische betekenis van artikel 23 Grondwet in historisch perspectief<sup>1</sup>

### 2.1 De vorming van een nationaal onderwijsstelsel

De ontstaansgeschiedenis van Nederland als zelfstandige natiestaat is onlosmakelijk verbonden met de religieuze reformatie en de daaropvolgende opstand tegen het Spaanse gezag. In de Republiek der zeven verenigde Nederlanden was er wel een minimale vorm van godsdienstvrijheid in de vorm van gewetensvrijheid, maar tegelijkertijd kwam aan de hervormde kerk een geprivilegieerde plaats toe. De Republiek was, in ieder geval in naam, een confessionele protestantse natie.<sup>2</sup> Het onderwijs was in de republiek niet volledig centraal georganiseerd, maar was een lappendeken van initiatieven van de verschillende staten en particulier initiatief. In het onderwijs werd nadrukkelijk gestreefd naar religieus dogmatisch onderwijs.<sup>3</sup>

Na de Franse bezetting werd de zorg voor onderwijs een taak van de gecentraliseerde staat. Dit kwam onder andere tot uitdrukking in de tekst van de Grondwet, die het onderwijs zag als een ‘voorwerp van aanhoudende zorg der regering’. Deze tekst is nog steeds een element van de huidige grondwetstekst. Overigens was hiermee nog niet onmiddellijk sprake van een nationaal onderwijsstelsel. De rijksoverheid droeg maar in beperkte mate bij aan de kosten van het onderwijs.

De intieme relatie tussen de hervormde kerk en de natiestaat werd voortgezet in de vroege negentiende eeuw.<sup>4</sup> De rol van beide veranderde echter wel. In de aanloop naar de negentiende eeuw verschoven onder invloed van de Verlichting de dominante opvattingen over religie. Enerzijds werd vanuit verschillende perspectieven kritiek geleverd op de dogmatische leerstellingen van het christendom, anderzijds werd religie wel gezien als een ‘nuttige’ zaak voor de samenleving. Hoewel we voorzichtig moeten zijn met het aannemen van al te sterke causaliteit tussen deze Verlichtingsideeën en de staatsinrichting, is het niet te veel gezegd dat er bij de gezagdragers van het jonge Koninkrijk sprake was van een dominante opvatting dat er sprake was en diende te zijn van een instrumentele verhouding tussen kerk en staat. Het bevorderen van de staatsgodsdienst werd gezien als een verlengde van het scheppen van een eenheidsstaat, en omgekeerd, de staat werd gezien als een hoeder van de ware en ene kerk. De kerk diende ‘staatsgezind’ te zijn, en de

1. De historische wording van artikel 23 Grondwet heb ik eerder uitgebreid beschreven in: ‘1917: scharnierpunt van het onderwijsbestel’, in: *De jaren van het Koninkrijk. Tien knooppunten*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties 2014. In dit preadvies bouw ik hierop voort.
2. J. van Eijnatten & F.A. van Lieburg, *Nederlandse religiegeschiedenis*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2006, p. 169 e.v.
3. Dogmatisch heeft soms een negatieve bijklank in de zin van ‘bekrompen’. Ik gebruik het woord hier als synoniem voor ‘leerstellig’.
4. [www.annemariehoukes.nl/documents/christelijke\\_vaderlanders.pdf](http://www.annemariehoukes.nl/documents/christelijke_vaderlanders.pdf), p. 15 e.v.

staat had vergaande bemoeienis met de interne organisatie van de kerk.<sup>5</sup> De staat diende de maatschappelijke positie van de dominante kerk te bewaken.

Het van overheidswege geprivilegieerde hervormde christendom van de vroege negentiende eeuw was een 'burgerlijk christendom', ontdaan van dogmatische stellingnames, en gericht op het bereiken van een zo groot mogelijke maatschappelijke eensgezindheid. Deze verhouding had zijn weerslag in het onderwijs. In de wet van 1806 was de verplichting opgelegd aan het openbaar onderwijs dat het zou opvoeden 'tot alle Maatschappelijke en Christelijke deugden'. Dit was geen leerstellig christelijk onderwijs, maar onderwijs in een 'burgerlijk christendom'. Deze visie werd uitgedragen door de onderwijsinspecteurs, die de bevoegdheid hadden om vergunningen te verlenen (en te onthouden) voor het stichten van nieuwe scholen.

Ondanks dat hiermee gepoogd werd verschillen tussen religieuze stromingen, waaronder het katholicisme, maar ook stromingen binnen de hervormde kerk zelf, te overbruggen, bleven op dit punt spanningen bestaan. Deze domineerden in belangrijke mate het politieke debat van de eerste helft van de negentiende eeuw. In eerste instantie was er een sterke weerstand vanuit degenen die op dit punt een sterkere dogmatische stellingname van de staat verwachtten. De staat zou, in hun opvatting, evenals onder de republiek, in het onderwijs weer een leerstellig christendom moeten uitdragen. Groen van Prinsterer verdedigde een tijd lang deze opvatting.

Vanuit katholieke zijde werd, in eerste instantie op grond van liberale principes, in de loop van de negentiende eeuw steeds sterker gepleit tegen het in katholieke ogen te protestantse onderwezen christendom. Herstel van de maatschappelijke positie van de katholieke kerk, maar binnen het verband van de nationale staat, werd gaandeweg het streven, een streven dat met het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie in vergaande mate werd gerealiseerd. Vanuit principieel liberale stellingname werd wel gepleit voor het loslaten van de status van de hervormde kerk als staatskerk en het loslaten van het predicaat 'christelijk' in het van de overheid uitgaande onderwijs, en het bieden van vrijheid voor particulier initiatief naast het van overheidswege verzorgde onderwijs. Thorbecke was van deze opvatting een belangrijke stem.

Deze fase, de aanloop naar 1848, wordt soms wel gekarakteriseerd als een 'eerste fase' van de schoolstrijd. Bij deze karakterisering past evenwel de kanttekening dat de inzet van de schoolstrijd door de tijd heen veranderde. Er was niet van het begin af aan sprake van een duidelijke inzet van bepaalde maatschappelijke groeperingen voor de vrijheid van onderwijs voor de eigen kring. In de vroege negentiende eeuw was de inzet vanuit de meer orthodoxe christelijke stromingen gericht op het herstel van een van overheidswege uitgedragen leerstellig christendom, ook in het onderwijs. De vrijheid van onderwijs in de zin van de vrijheid om een school te stichten

---

5. De kerk kreeg onder andere tot taak mee de 'aankweeking van liefde voor de Koning en vaderland', zie het reeds geciteerde werk van Houkes. Willem I had een bijzondere bemoeienis met de interne organisatie van de Hervormde Kerk.

van de eigen levensovertuiging was niet van het begin af aan de inzet, maar is beter te karakteriseren als het meest realistische alternatief dat aan aantrekkelijkheid won nadat een van overheidswege uitgedragen leerstelling christendom definitief niet houdbaar bleek te zijn in het licht van de noodzaak om de diversiteit van religieuze opvattingen binnen de Nederlandse staat te erkennen om de eenheid van de staat te handhaven.

## 2.2 De grondwetswijziging van 1848

Zoals voor zoveel staatsrechtelijke onderwerpen vormt de grondwetswijziging van 1848 een belangrijk markeringspunt. Bij de grondwetswijziging van 1848 werd voor de eerste maal de vrijheid van onderwijs in de Grondwet neergelegd. Naast de zorg van de regering en de verslaglegging van het onderwijs werden drie leden opgenomen:

2. De inrichting van het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, door de wet geregeld.
3. Er wordt overal in het Rijk van overheidswege voldoende openbaar lager onderwijs gegeven.
4. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen.

Het tweede lid ziet op de neutraliteit van het openbaar onderwijs. Neutraliteit had hierin de betekenis dat geen specifieke levensbeschouwelijke overtuiging werd uitgedragen. Dit was, zoals ik hierboven heb beschreven, voordien en ook ten tijde van de behandeling geen vanzelfsprekendheid. Voor bestaande openbare scholen betekende dit het einde van een lokaal bepaalde religieuze richting. De regeling bij wet garandeerde de betrokkenheid van de Kamers bij de vormgeving van het openbaar onderwijs.

Het derde lid ziet op de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs. Van overheidswege werd voorzien in 'voldoend' openbaar onderwijs. Wat voldoende was, hing af van de concrete behoefte in een bepaald gebied. Het vierde lid bevat de vrijheid van onderwijs, en enkele beperkingen aan deze vrijheid. De twee beperkingen zijn het toezicht van de overheid en het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzers. Beide elementen dienden in de wet te worden uitgewerkt.

Thorbecke richtte zich in de parlementaire verdediging van de regering vooral op het 'droit d'appendre', het recht om onderwijs te geven als onderdeel van de vrije beroepskeuze. Concurrentie zou bevorderend zijn voor de kwaliteit van het onderwijs. De Kamer drong echter aan op een 'droit d'enseigner', een recht om onderwijs te ontvangen in de geloofsrichting van de eigen voorkeur.<sup>6</sup> Beide elementen worden geacht onder de vrijheid van onderwijs te vallen. De plicht om een vergunning te hebben voor de oprichting van een school verviel in de uitwerking van de grond-

6. B.P. Vermeulen & D. Mentink, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Reed Business 2007.

wetswijziging in de Lager-Onderwijswet van 1857.<sup>7</sup> Hiermee werden de formele belemmeringen om scholen van een levensbeschouwelijke richting te stichten opgeheven.

Kernelementen van de Grondwetswijziging van 1848, de neutraliteit van het openbaar onderwijs, de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs en de tweeledige vrijheid van onderwijs, zijn nog steeds kernelementen van het onderwijsstelsel. Ook het toezicht op het onderwijs en de bekwaamheids- en zedelijkheidseisen werden voorzien van een grondwettelijke basis. De grondwet bevatte geen bepaling over bekostiging van het bijzonder onderwijs. Dit was ten tijde van de Grondwetswijziging nog niet aan de orde, maar werd gaandeweg actueler, mede door de zwaardere eisen die de overheid aan het onderwijs stelde.

De vroeg-negentiende-eeuwse strijd om de richting van de Nederlandse staat werd met de grondwetswijziging van 1848 definitief beslecht in het voordeel van de liberale staatsopvatting. Nederland was niet langer een ‘verlichte protestantse natie’, maar een liberale staat, waarin de staat zelf levensbeschouwelijk neutraal was en verschillende kerkelijke stromingen op gelijke voet werden behandeld. Dat ging overigens, ook na 1848, niet zonder slag of stoot. De smeebeden die gericht werden aan de Koning bij het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie is een voorbeeld van maatschappelijke onrust die door een deel van het volk werd ervaren bij deze nieuwe richting.<sup>8</sup>

### 2.3 De herinterpretatie van de Grondwet in 1887

De Grondwet van 1848 ging uit van vrijheid van onderwijs, met een minimale invulling van de verantwoordelijkheid van de overheid voor de kwaliteit, in de vorm van onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzers en het toezicht. Vanuit de primair civielrechtelijke voorstelling van vrij onderwijs als contract tussen docent en ouders/leerling was geen grond voor het stellen van hoge publieke eisen aan het gegeven onderwijs. Er was, vanuit de gedachte van de nachtwakersstaat, ook geen reden voor de overheid om zich al te zeer te bemoeien met de inhoud van het onderwijs. De Grondwet van 1848 werd lange tijd gezien als een uitputtende regeling voor het onderwijs. Het feit dat er geen bepaling was opgenomen die voorzag in bekostiging van het bijzonder onderwijs werd geïnterpreteerd als een verbod op bekostiging.

Het bijzonder onderwijs werd voor eigen kosten opgericht en in stand gehouden, een kostbare aangelegenheid. Zeker voor de kinderen van minder kapitaalkrachtige ouders kan dit leiden tot een voortdurende druk op de kwaliteit van het onderwijs en de docenten. Ten tijde van de grondwetswijziging was dit niet direct problematisch. Voor de armsten speelde onderwijs sowieso nauwelijks een rol, omdat de kinderen vaak op het land werkten of in de fabriek. In de tweede helft van de ne-

7. Drop, p. 180.

8. Zie hiervoor uitgebreid P. van Sasse van Ysselt, ‘De Aprilbeweging en scheiding van kerk en staat’, in: *De jaren van het Koninkrijk. Tien knooppunten*, reeds aangehaald.

gentiende eeuw gaat de staat zich echter in toenemende mate bemoeien met het maatschappelijk leven, en neemt het belang van scholing toe.

De staat ging zich sterker bemoeien met het maatschappelijke leven, onder andere door regulering inzake kinderarbeid en met een sterkere nadruk op onderwijs voor alle kinderen, en niet alleen de traditionele maatschappelijke elite. De komst van de HBS is hiervan een sprekend voorbeeld. Met de toename van het belang van de staat bij onderwijs kwam ook de roep om strengere kwaliteitseisen op. Als de gestelde eisen worden verhoogd, betekent dit echter ook een toename van kosten. De verhoging van de eisen die werden gesteld aan het onderwijs in 1878, die voor het openbaar onderwijs leidde tot ruimhartiger financiering, leidde dan ook tot een versterking van de roep om subsidiëring van het bijzonder onderwijs.<sup>9</sup>

Door deze ontwikkelingen verloor de in eerste instantie formeel vormgegeven onderwijsvrijheid aan betekenis, omdat ze materieel steeds moeizamer gerealiseerd kon worden. Er waren dan wel geen wettelijke belemmeringen voor de oprichting en instandhouding van een bijzondere school, maar het verzamelen van het daarvoor benodigde kapitaal werd in toenemende mate een probleem. Daar kwam bij dat degenen die hun kinderen naar een bijzondere school stuurden een eigen bijdrage betaalden voor het bijzonder onderwijs, en tegelijkertijd via de algemene belastingheffingen meebetaalden aan het in stand houden van openbaar onderwijs, terwijl zij hier geen gebruik van maakten. Dit werd gezien als een dubbele belasting voor de ouders die hun kinderen naar een bijzondere school stuurden. Tot 1887 werd echter, met een beroep op de Grondwet, betoogd dat subsidiëring van het bijzonder onderwijs niet mogelijk was. Kern van de argumentatie was dat de regeling van de Grondwet uitputtend was, en niet voorzag in een grondslag voor bekostiging van het bijzonder onderwijs.

In 1887 nam de discussie over de bekostiging van bijzonder onderwijs een verrassende wending. Tegen een dreigende verwerping van de gehele grondwetsherziening door de confessionele zijde van de Eerste Kamer werd door Minister Heemskerk overwogen dat de tekst van het bestaande grondwetsartikel zich niet verzette tegen subsidiëring van het bijzonder onderwijs. Hiermee werd, zonder dat een letter aan de tekst veranderde een wezenlijk andere interpretatie aan het onderwijsartikel gegeven. Kern van de lezing was niet langer het uitputtend karakter van de regeling, maar een *contrario*-redenering: het ontbreken van een expliciet verbod op bekostiging maakte dat de Grondwet niet principieel in de weg stond aan subsidiëring.

In 1889 mondde dit uit in een wetswijziging van Minister Mackay, waarin de basis werd gelegd voor de financiering van bijzonder lager onderwijs. Een heikel punt bij deze wijziging waren de deugdelijkheidseisen die de overheid zou kunnen stellen ter verantwoording van de besteding van publieke middelen.<sup>10</sup> Enerzijds werd de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs met het toenemen van subsidiëring in toenemende mate een publiek belang. Bij uitbreiding van subsidiëring

9. Drop, p. 161; Den Hartog, p. 262.

10. D. Mentink, *De kwaliteitsnormerende functie van deugdelijkheidseisen, waarborg voor goed onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad 2012.

hoorde ook een sterkere verantwoording van besteding van publieke middelen. Anderzijds vergde het bijzondere karakter van het bijzonder onderwijs een zekere terughoudendheid ten aanzien van het stellen van eisen aan het gegeven onderwijs. De vrijheid van onderwijs zou betekenisloos worden wanneer zij via de weg van voorwaarden aan besteding van publieke middelen uitgehold zou worden.

Deze kwestie werd opgelost door enkele, voornamelijk op uiterlijkheden gerichte, bekostigingsvoorwaarden op te nemen over het aantal lesuren en het verplichte vakkenpakket.<sup>11</sup> Daarmee werd in ieder geval gegarandeerd dat er verantwoording plaatsvond over de rechtmatigheid van de besteding van publieke gelden, en het bijzonder onderwijs kon worden ondersteund met publieke middelen.

Dit was een eerste stap in een ontwikkeling van voortgaande versterking van de positie van het bijzonder onderwijs. De erkenning van diploma's van bijzondere hogescholen in de Hoger-onderwijswet van 1905 versterkte de positie van het bijzonder hoger onderwijs.<sup>12</sup> In 1909 werd de mogelijkheid van subsidiëring van bijzonder middelbaar onderwijs geopend. De ongelijkheid in rechtspositie en in subsidiëring bleef ten principale echter bestaan, en het stelsel bleef uitgaan van het primaat van het openbaar onderwijs.

De geharnaste houding van de opgekomen politieke partijen ten aanzien van 'de onderwijskwestie' leidde er daarenboven toe dat de kwestie behalve een praktische en maatschappelijke ook een grote invloed had in het bepalen van de landelijke politieke agenda. Onder het kabinet Heemskerk werd tot het oplossen van de kwestie de staatscommissie Heemskerk (1910-1912) ingesteld. Deze commissie, bestaande uit bijna alle partijleiders, kreeg de opdracht te adviseren over de uitbreiding van het kiesrecht en over het onderwijsartikel. Vanuit confessionele hoek verlangde met name Kuyper dat het bijzonder onderwijs regel zou worden, en het openbaar onderwijs slechts aanvullend zou worden ingezet, wanneer er geen bijzonder onderwijs voor handen was.<sup>13</sup> Dit zou echter mede kunnen betekenen dat er in sommige gevallen geen openbaar onderwijs toegankelijk zou zijn voor diegenen die zich niet zouden kunnen vinden in het beschikbare bijzondere onderwijs. Kuyper nam hiermee een extreme opvatting in, die niet gedeeld werd door andere confessionelen, zoals De Savornin Lohman en Nolens. Dit leek perspectieven te bieden om tot een oplossing te komen. Desalniettemin kon men in de commissie niet tot een eensluidend advies komen. Een voorstel in de lijn van Kuyper werd door een confessionele meerderheid aanvaard, de minderheid stelde een grondwetsvoorstel op waarbij ongelijke subsidiëring niet principieel werd uitgesloten.

De behoefte aan gelijkberechting, de erkenning van de volwaardigheid van het bijzonder onderwijs, en financiële gelijkstelling bleef hierdoor bestaan, en zou pas na 1917 definitief opgelost worden.

---

11. Idem.

12. C. de Ru, *De strijd om het hoger onderwijs tijdens het ministerie-Kuyper* (diss. VU Amsterdam), Kampen: J.H. Kok 1953.

13. J. den Hertog, *Cort van der Linden (1846-1935), Minister-president in oorlogstijd*, Amsterdam: Boom 2007, p. 268.