

Vergaderjaar 2022–2023

35 920

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

H

BRIEF VAN DE VICE-PRESIDENT VAN DE RAAD VAN STATE

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 19 april 2023

Bij brief van de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 7 februari 2023 heeft de Eerste Kamer op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen over twee termen die in het wetsvoorstel Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs een belangrijke rol vervullen.

Aanleiding voor het verzoek om voorlichting van de Eerste Kamer zijn in het bijzonder de wijzigingen die in de loop van de parlementaire behandeling zijn aangebracht in het wetsvoorstel Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs¹ zoals deze plaats hebben gevonden na het advies van de Afdeling advisering² over het conceptwetsvoorstel.

De door de Tweede Kamer aangenomen wettekst introduceert voor het funderend onderwijs twee nieuwe gronden op basis waarvan een aanwijzing (een opdracht aan het bevoegd gezag van een onderwijsinstelling) wegens «wanbeheer» kan worden gegeven. Deze gronden betreffen het «handelen in strijd met de zorgplicht voor de veiligheid» en «het structureel of *flagrant* handelen in strijd met de burgerschapsopdracht». Voorts wordt (voor alle onderwijssectoren) een spoedaanwijzing mogelijk indien uit het tekortschieten van het bevoegd gezag van de betreffende onderwijsinstelling een *wezenlijk* vermoeden van wanbeheer kan worden afgeleid.

De Eerste Kamer vraagt de Afdeling advisering van de Raad van State een beschouwing te geven over:

- (a) hoe de begrippen *flagrant* en *wezenlijk* zich verhouden tot de in het bestuursrecht gebruikelijke terminologie,

¹ Kamerstukken I 2021/22, 35 920, nr. A.

² Kamerstukken II 2021/22, 35 920, nr. 4.

- (b) wat de gevolgen van invoering van deze termen zijn voor de uitvoerings- en handhavingspraktijk, en ten slotte
- (c) wat de betekenis hiervan is voor de rechtszekerheid van de betrokken scholen.

De Afdeling heeft kennis genomen van de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer,³ waarin vergelijkbare vragen aan de orde zijn.

1. Ontstaansgeschiedenis wetsvoorstel

In 2010 is in het primair en voortgezet onderwijs, naast de al langer bestaande mogelijkheid van het opschorten of inhouden van de bekostiging, als bijzonder aanvullend sanctie-instrument de aanwijzingsbevoegdheid in het geval van wanbeheer ingevoerd.⁴ Het oorspronkelijke begrip «wanbeheer» betrof in het bijzonder *financieel-bestuurlijk* disfunctioneren.

In 2014 is de aanwijzingsbevoegdheid ook in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs ingevoerd. Bij die gelegenheid is bovendien de definitie van wanbeheer uitgebreid. Met deze uitbreiding is het mogelijk ook te interveniëren om de kwaliteit of goede voortgang van het onderwijs aan de school of instelling te waarborgen indien zonder toepassing van de aanwijzingsbevoegdheid de *kwaliteit van het onderwijsstelsel* in gevaar zou komen. Deze uitbreiding is van toepassing op alle onderwijssectoren.⁵

In het wetsvoorstel Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs (hierna: het wetsvoorstel) in de vorm, zoals het oorspronkelijk aan de Afdeling is voorgelegd, is voorgesteld de gronden voor wanbeheer opnieuw uit te breiden. Specifiek voor het funderend onderwijs is voorgesteld het «in ernstige mate of langdurig tekortschieten» in de naleving van de burgerschapsopdracht dan wel de zorgplicht voor de veiligheid als wanbeheer aan te merken. Als voorbeelden daarvan worden extremisme, het oproepen tot geweld en de verspreiding van antidemocratisch gedachtegoed genoemd.⁶

Voorts is voor alle onderwijssectoren de bevoegdheid tot een spoedaanwijzing voorgesteld. Om een dergelijke spoedaanwijzing (een opdracht aan het bevoegd gezag van een onderwijsinstelling) te mogen geven hoeft wanbeheer niet vast te staan, maar is een redelijk vermoeden daartoe voldoende. Ook gelden er minder (procedurele) voorschriften of kortere termijnen in vergelijking met een reguliere aanwijzing. In een spoedeisende situatie maakt het wetsvoorstel het mogelijk dat het proces van onderzoek naar de misstand, het vastleggen van het inspectierapport, het indienen door het bevoegd gezag van een zienswijze en de ministeriële spoedaanwijzing in twee dagen wordt afgerond.⁷ Een dergelijke spoedaanwijzing is te kenmerken als een ordemaatregel, met een preventief en herstel-karakter.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering⁸ besloot de regering beide gronden voor wanbeheer scherper af te bakenen. In het wetsvoorstel dat bij de Tweede Kamer is ingediend, was bepaald dat alleen van wanbeheer zou kunnen worden gesproken in geval van

³ Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. G.

⁴ Stb. 2010, 80.

⁵ Stb. 2013, 558.

⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35 920, nr. 3.

⁷ Zie Kamerstukken II 2020/21, 35 920, nr. 3; Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. C.

⁸ Kamerstukken II 2020/21, 35 920, nr. 4.

structureel handelen in strijd met de burgerschapsopdracht of met de zorgplicht voor de veiligheid, dat bovendien ernstig genoeg zou moeten zijn om een aanwijzing te rechtvaardigen. De toepasbaarheid van de spoedaanwijzing werd daarnaast begrensd door de bewijsmaatstaf te verhogen naar een *ernstig vermoeden* van wanbeheer. De mogelijkheid om de spoedaanwijzing te verlengen werd geschrapt.

Vervolgens is door de nieuw aangetreden Minister voor Onderwijs een nota van wijziging⁹ ingediend, waarbij het begrip wanbeheer en de aanwijzingsbevoegdheid weer werden verruimd. Daarmee werd in wezen teruggerepen op de tekst van het wetsvoorstel zoals dat aan de Afdeling was voorgelegd:

- de term «structureel» uit de definitie van wanbeheer met betrekking tot de zorgplicht voor de veiligheid en de burgerschapsopdracht vervalt;
- voor een spoedaanwijzing volstaat een redelijk vermoeden.
- de verlengingsmogelijkheid van de spoedaanwijzing keert terug.

Bij de derde nota van wijziging¹⁰ is vervolgens de bewijsmaatstaf voor de spoedaanwijzing weer gewijzigd, van een *redelijk* vermoeden naar een *wezenlijk* vermoeden. De term «wezenlijk vermoeden» houdt volgens de toelichting het midden tussen een «redelijk vermoeden» en een «ernstig vermoeden».

Bij amendement is ten slotte de voorgestelde uitbreiding van de definitie van wanbeheer, wat betreft overtreding van de burgerschapsopdracht, aangescherpt door de term «structureel of flagrant» in te voegen.¹¹ Met de invoering van de term «structureel» wordt het wetsvoorstel in zoverre teruggebracht naar de staat voorafgaand aan de eerste nota van wijziging. Nieuw is evenwel dat een aanwijzing ook kan worden gegeven bij flagrante schendingen van de burgerschapsopdracht. Hierover wordt opgemerkt: «Het betreft hier uitzonderlijke, incidentele overtredingen, die zodanig ernstig zijn dat zij direct aanleiding geven voor een zware sanctie als een aanwijzing. De term «flagrant» is ontleend aan de Regeling Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef (Stcrt. 2017, 61996)».

De parallelle definitie van wanbeheer in geval van overtreding van de zorgplicht voor de veiligheid bleef ongewijzigd.

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer spitst de regering de term «flagrant» als volgt toe: «Het gaat dus om gevallen waarin het bevoegd gezag zodanig ver buiten de wettelijke kaders van de burgerschapsopdracht treedt, dat geen redelijk denkend mens eraan kan twijfelen dat van een overtreding sprake is. Of aan dit criterium is voldaan, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Gedacht kan worden aan het aanzetten tot haat jegens bepaalde bevolkingsgroepen of het oproepen tot geweld».¹²

2. Achtergrond normering burgerschapsopdracht en zorgplicht veiligheid

Om de voorlichtingsvragen van de Eerste Kamer adequaat te kunnen beantwoorden, besteedt de Afdeling allereerst aandacht aan de wijze waarop de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de veiligheid zijn geformuleerd. Het gaat in beide gevallen om open normen, met globaal

⁹ Kamerstukken II 2020/21, 35 920, nr. 7.

¹⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35 920, nr. 24.

¹¹ Kamerstukken II 2020/21, 35 920, nr. 23.

¹² Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. C.

geformuleerde opdrachten en bijbehorende verplichtingen. Daarbij is aan het bevoegd gezag/scholen doelbewust veel ruimte gelaten om op eigen wijze dat doel of resultaat te bereiken. Vanwege de aan het bevoegd gezag geboden ruimte prevaleert bij verschil van mening over de invulling van de norm in principe de interpretatie van het bevoegd gezag. In het licht daarvan zal het toezicht dan ook terughoudend moeten zijn. Ook in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, zoals hiervoor geschetst, is dit uitgangspunt (nogmaals) bevestigd.¹³ Dit betekent dat een aanwijzing op een van deze gronden alleen bij uitzonderlijke, (zeer) ernstige normschendingen, die bij het strafrecht in de buurt komen, passend is.

a. De burgerschapsopdracht in het funderend onderwijs houdt in dat het onderwijs actief burgerschap en sociale cohesie bevordert, waarbij de volgende elementen herkenbaar moeten terugkomen in het onderwijs:

- kennis van en het respect voor basiswaarden van de democratische rechtsstaat worden bevorderd,
- sociale en maatschappelijke competenties worden ontwikkeld,
- kennis over en respect voor verschillen in godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, afkomst, geslacht, handicap of seksuele gerichtheid alsmede de waarde dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld worden bevorderd.¹⁴

b. Met de burgerschapsopdracht vervlochten, zijn er daarnaast de eisen dat:

- de schoolcultuur in overeenstemming is met in de burgerschapsopdracht verwoorde basiswaarden;
- leerlingen worden gestimuleerd daarmee te oefenen; en
- zorg gedragen wordt voor een veilige omgeving waarin leerlingen en personeel zich geaccepteerd voelen.¹⁵

Deze burgerschapsopdracht met inbegrip van de schoolcultuuropdracht, is abstract en meerduidelijk geformuleerd. In haar advies over deze burgerschapsopdracht wees de Afdeling er op dat de burgerschapsopdracht en de daarin vervlochten zorgplicht voor de schoolcultuur deugdelijkheidseisen zijn.¹⁶ Dat betekent dat ten minste de hoofdlijnen van die opdracht bij wet dienen te worden geregeld en dat een eventuele nadere uitwerking – alleen – bij algemene maatregel van bestuur kan plaatsvinden, opdat de rechtszekerheid en de vrijheid van richting en inrichting gewaarborgd wordt (artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet). Met dit legaliteitsvereiste verdraagt zich niet dat de wettelijke normen een nadere uitwerking krijgen in beleidsregels van bijvoorbeeld de Inspectie.

Om te voorkomen dat de Inspectie de wettelijke normen in het kader van haar toezichtstaak zelf verder moet invullen en over de invulling van deze taakopdracht conflicten ontstaan, adviseerde de Afdeling de burgerschapsopdracht bij algemene maatregel van bestuur uit te werken in kerndoelen en eindtermen.¹⁷ Ten aanzien van de zorgplicht voor de (burgerschaps)schoolcultuur overwoog de Afdeling dat het voor scholen zeer lastig zal zijn om aan deze norm adequaat invulling te geven. Ook constateerde zij dat deze norm zich niet leent voor nadere uitwerking in een toetsingskader door de Inspectie, gelet op het spanningsveld van de

¹³ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 6, p. 41; Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. C.

¹⁴ Artikel 8, derde lid, van de Wet op het primair onderwijs.

¹⁵ Artikel 8, lid 3a, van de Wet op het primair onderwijs.

¹⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 4.

¹⁷ Kamerstukken II 2019/20, 35 352, nr. 4.

grondrechten waarbinnen de uitingen van bij het onderwijs betrokken personen moeten worden beoordeeld.

De regering stelde in reactie op het advies van de Afdeling dat de burgerschapsopdracht niet nader hoeft te worden geconcretiseerd, omdat deze slechts een algemene – open, globale – opdracht voor het onderwijs formuleert die (blijkbaar) geen betrekking zou hebben op de inhoud van het onderwijs. De nadere uitwerking in kerndoelen en eindtermen voor het onderwijs in burgerschap zal eerst plaatsvinden via de curriculumherziening.¹⁸ Voorlopig wordt dus volstaan met een globale doelbepaling.

Wat betreft de zorgplicht voor de (burgerschaps)schoolcultuur stelde de regering expliciet dat de Inspectie terughoudend zal toetsen. «Scholen zullen (...) niet geconfronteerd worden met toezichtkaders die de wettelijke ruimte van scholen verplichtend invullen. Scholen zullen deze ruimte (...) zelf (in schoolgids en schoolplan) dienen in te vullen. De Inspectie zal slechts toetsen of deze invulling zich verhoudt tot de wettelijke minimumnormen en of de school de eigen invulling in praktijk ook naleeft. Bij de invulling van de zorgplicht ligt het primaat dus bij het bevoegd gezag.»¹⁹ Het ligt voor de hand dat eenzelfde benadering gehanteerd wordt ten aanzien van de overige aspecten van de burgerschapsopdracht.

- c. De zorgplicht voor de veiligheid ten slotte houdt in dat het bevoegd gezag zorg moet dragen voor de sociale, psychische en fysieke veiligheid van leerlingen op school, waarbij het bevoegd gezag in ieder geval
- beleid met betrekking tot de veiligheid voert;
 - de veiligheid van leerlingen op school monitort; en
 - een veiligheidscoördinator aanstelt.

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over het monitoringsinstrument, waaronder de aandachtsgebieden, de representativiteit, en de frequentie waarmee het instrument wordt ingezet.²⁰

Gezien de wetsgeschiedenis wordt hiermee aan scholen een vérgaande inspanningsverplichting opgelegd om zorg te dragen voor een veilig schoolklimaat, en daarvoor specifiek beleid te formuleren en dat ook uit te voeren. Hoewel deze zorgplicht een sterk instrumenteel karakter heeft, wordt sociale veiligheid in het regeringsbeleid in toenemende mate verbonden met de burgerschapsopdracht en sociale cohesie. In die benadering staat achter een veilige school een kern van gemeenschappelijke waarden.²¹ Daar raken de zorgplicht voor de (burgerschaps)schoolcultuur en de zorgplicht voor sociale veiligheid elkaar. Daarom geldt ook hiervoor dat scholen deze ruimte zelf dienen in te vullen en terughoudendheid bij het overheidstoezicht geboden is.

3. Beantwoording vragen

De Eerste Kamer vraagt:

- a) hoe de begrippen *flagrant* en *wezenlijk* zich verhouden tot de in het bestuursrecht gebruikelijke terminologie;

¹⁸ Begin schooljaar 2022/2023 is begonnen met het aanpassen van de conceptkerndoelen Burgerschap en Digitale Geletterdheid. Zie Kamerstukken II 2022/23, 31 293, nr. 658 (tussenbalans bijstelling kerndoelen basisvaardigheden) en Kamerstukken II 2021/22, 31 293, nr. 620 (masterplan basisvaardigheden).

¹⁹ Kamerstukken II 2020/21, 35 352, nr. 4 (nader rapport).

²⁰ Artikel 4c van de Wet op het primair onderwijs.

²¹ Zie Kamerstukken II 2022/23, 31 293, nr. 653.

- b) wat de gevolgen zijn voor de uitvoerings- en handhavingspraktijk, alsmede
- c) wat de betekenis hiervan is voor de rechtszekerheid voor betrokken scholen.

a. Terminologie

Flagrant

Zoals ook door de regering uitvoerig is toegelicht, is het begrip «*flagrant*» geen bekende bestuursrechtelijke term.²² De term wordt alleen gebruikt in de voor uitsluitend het hoger onderwijs geldende Regeling Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef.²³ Waar in het funderend onderwijs de burgerschapsopdracht een algemene opdracht aan het onderwijs is, gaat het in het hoger onderwijs om een verplichting tot bevordering van het «maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef van studenten». Die verplichting strekt zich ook uit tot buiten de sfeer van het onderwijs.²⁴ De voornoemde Commissie beoordeelt niet alleen of een uiting «flagrant in strijd is met de kernwaarden van de Nederlandse democratische rechtsstaat», maar ook of de uiting, gelet op de context waarin deze is gedaan, valt onder een grondrecht, de academische vrijheid of een ander fundamenteel recht en adviseert hoe de betrokken (grond)rechten tegen elkaar moeten worden afgewogen.²⁵ In de genoemde regeling is voor de strenge term «flagrant» gekozen, omdat het niet de bedoeling is dat de overheid voorschrijft hoe instellingen invulling geven aan deze taak. Om die reden hanteert de Commissie een terughoudende toets, in overeenstemming met de wetsgeschiedenis en de Grondwet.²⁶

De tegenstelling «structureel of flagrant» suggereert in de context van het onderhavige wetsvoorstel dat de Minister ook kan ingrijpen bij een incidentele, niet structurele overtreding. De term «flagrant» betekent in taalkundige zin echter evident, onloochenbaar, apert, en vormt geen tegenstelling van «structureel».

De Afdeling merkt op dat met de term «flagrant» in het bijzonder wordt benadrukt dat een enkele incidentele overtreding van de burgerschapsopdracht nog niet automatisch aanleiding kan zijn voor een aanwijzing wegens wanbeheer. Bij onverwachte en onvoorzienne gebeurtenissen op de werkvloer, waarmee het bevoegd gezag van de school geen rekening kon houden, zal zelden sprake kunnen zijn van wanbeheer. Het bevoegd gezag zal ten minste in staat moeten worden gesteld om onderzoek te doen naar de gang van zaken en, vanzelfsprekend met urgentie, gepaste maatregelen te treffen om te voorkomen dat er nieuwe incidenten ontstaan. Op zichzelf staande incidenten zullen derhalve zelden kunnen leiden tot de vaststelling dat er sprake is van wanbeheer wegens «flagrante» schending van de burgerschapsopdracht.

In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is als enig voorbeeld van dit toetsingscriterium (telkens) uitsluitend genoemd «het aanzetten tot haat jegens bepaalde bevolkingsgroepen of het oproepen tot

²² Zie Kamerstukken I 2022/23, 35 920, nr. C en nr. G.

²³ De regeling is gebaseerd op artikel 6.11 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

²⁴ Artikel 1.3, vijfde lid, eerste en tweede volzin, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

²⁵ Artikel 2, tweede lid, van de Regeling Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef.

²⁶ Advies van 5 juli 2019 inzake uitingen van de rector van de Islamic University of Applied Sciences Rotterdam op verzoek van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

geweld». Dit voorbeeld sluit aan bij de uitleg die de voornoemde Commissie geeft over overtredingen van de burgerschapsopdracht in het hoger onderwijs, te weten het «het oproepen tot de gewapende Jihad». De leidende gedachte is dat bij *structureel* extremisme of antidemocratisch gedachtegoed een kerntaak van scholen – het bevorderen van actief burgerschap en sociale cohesie – in het geding komt. Met die overtreding worden namelijk de constitutionele kaders van de democratische rechtsstaat geweld aangedaan.

In feite gaat het hier om strafwaardige gedragingen, waarbij de onderwijsvrijheid – een grondrecht dat onderdeel van die democratische rechtsstaat vormt – niet aan de orde is. Aldus uitgelegd is de term «flagrant» in overeenstemming met het uitgangspunt van de regering dat het toezicht van de Inspectie de vrijheid van ouders en scholen in het funderend onderwijs om zelf hun bronnen van moreel gezag en waarheid te kiezen, niet onnodig zal beperken en een enkel ernstig incident op zichzelf nog niet als wanbeheer aangemerkt hoeft te worden.

Concluderend stelt de Afdeling vast dat de term «flagrant» een in het bestuursrecht ongebruikelijke term is en dat de combinatie met de term «of structureel», die als andere grond voor de aanwijzing kan worden gebruikt, vragen oproept en een daarop gebaseerde aanwijzing juridisch kwetsbaar is. Indien de term «flagrant» zodanig wordt uitgelegd dat een enkel ernstig incident nog geen wanbeheer behoeft te betekenen, maar het bevoegd gezag ruimte gegeven wordt om op het incident – snel – te reageren, ziet de Afdeling geen bezwaar in het gebruik ervan in relatie tot het bestuursrecht. Een soortgelijke kwetsbaarheid van een spoedaanwijzing ligt besloten in de term «wezenlijk» welke evenwel met de door de Afdeling gegeven uitleg – substantiële mate van waarschijnlijkheid – beperkt is.

Wezenlijk

De spoedaanwijzing komt in meerdere wetten voor. Daarbij wordt zowel een lichtere als een zwaardere bewijsmaatstaf gebruikt dan de term «wezenlijk». Dit verschil wordt veroorzaakt door verscheidene factoren. Een verklaring hiervoor kan zijn dat de met een spoedaanwijzing te dienen belangen een verschillend gewicht hebben. Ook kan het verschil veroorzaakt worden doordat de procedure voor het opleggen van een spoedaanwijzing met meer of minder waarborgen is omgeven, omdat het te beschermen belang meer of minder gewicht toekomt. Ten slotte is relevant de mate waarin een aanwijzingsbevoegdheid meer of minder concreet is vormgegeven wat betreft de te nemen maatregelen.

De spoedaanwijzing kan tot op zekere hoogte worden vergeleken met de figuur van de spoedeisende bestuursdwang in het algemene bestuursrecht.²⁷ De spoedaanwijzing wordt, evenals de spoedeisende bestuursdwang, als *ultimum remedium* gebruikt en mag alleen worden ingezet als er geen andere mogelijkheden meer zijn om de overtreding ongedaan te maken. Bij spoedeisende bestuursdwang is het voldoende dat sprake is van een vermoeden van een overtreding. Dit vermoeden moet wel met feiten worden gemotiveerd.

Bij de spoedaanwijzing in het wetsvoorstel hoeft evenmin vast te staan dat wanbeheer is gebleken, maar is een «wezenlijk vermoeden» daartoe voldoende. Een belangrijk verschil met het algemene bestuursrecht is echter dat bij de beoordeling van wanbeheer in verband met overtredingen van de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de veiligheid

²⁷ Artikel 5:31 van de Algemene wet bestuursrecht.

sprake is van een open norm. De toepassing van deze term(en) vereist dus een weging van waarden. Dat is anders dan bij een spoedaanwijzing die betrekking heeft op de overtreding van een technische norm, zoals een bouw- of milieuvoorschrift. Om die reden is het van belang dat de voorwaarden met betrekking tot de oplegging van een spoedaanwijzing een voldoende waarborg tegen willekeurige toepassing van dit instrument behelzen.

Volgens de parlementaire geschiedenis is in dit wetsvoorstel bedoeld dat sprake is van een wezenlijk vermoeden van wanbeheer, indien met een substantiële mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat een nog te verrichten onderzoek het oordeel van wanbeheer zou opleveren. Hoewel deze maatstaf nieuw is, blijft gelden dat de rechtmatigheid van een spoedaanwijzing staat of valt met de zorgvuldigheid waarmee het vermoeden met feiten is gemotiveerd. In die zin sluit deze nieuwe terminologie aan bij de door de regering beoogde terughoudende toepassing van de (spoed)aanwijzingsbevoegdheid.

De Afdeling concludeert dat de term «wezenlijk» als grond voor het geven van een spoedaanwijzing aan het onderwijs afwijkt van het algemene bestuursrecht, maar zich goed verhoudt tot de door de regering beoogde terughoudende toepassing van de (spoed)aanwijzingsbevoegdheid.

b. Uitvoerings- en handhavingspraktijk

Hiervoor is uiteengezet dat het bij de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de veiligheid om open normen gaat, die de algemene doelstelling van het onderwijs en de uitgangspunten die daarbij gelden formuleren. Daarbij wordt tegelijk aan de scholen veel ruimte geboden om deze normen in te vullen, in aansluiting op hun levensbeschouwelijke of pedagogische visie. Dat geldt in het bijzonder voor de norm «basiswaarden van de democratische rechtsstaat», die in de wet niet wordt uitgewerkt en die is vervlochten met de eis dat de schoolcultuur aansluit bij deze basiswaarden. Het is derhalve niet de bedoeling dat de inhoud van deze norm in beleidsregels nader wordt vastgesteld. Dan zou immers deze norm worden ingevuld door de Inspectie, in plaats van door de school.

In overeenstemming met dit uitgangspunt heeft de regering verklaard dat het toezicht van de Inspectie een terughoudend karakter zal hebben en de autonomie van scholen niet onnodig zal beperken. De Inspectie heeft in haar onderzoekskaders PO 2021 (bijlage 8) een «Uitwerking burgerschap en basiswaarden», opgenomen. Die is gebaseerd op de parlementaire geschiedenis. Dit betreft een niet op de wet gebaseerd document, dat weliswaar concrete handvatten geeft voor het toezicht door de Inspectie, maar scholen noch rechter bindt.

In de andere onderwijssectoren is het ingrijpen door de Minister bij een overtreding van de burgerschapsopdracht niet of anders geregeld. Het middelbaar beroepsonderwijs kent niet een dergelijke wettelijke bepaling. Voor het hoger onderwijs is wettelijk bepaald dat voorafgaand aan ingrijpen door de Minister een onafhankelijke commissie²⁸ advies uitbrengt over een mogelijke overtreding van de burgerschapsopdracht

²⁸ Artikel 6.11 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

(die daar «maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef» heet).²⁹ Deze waarborg ontbreekt in het wetsvoorstel. Voorts is in het hoger onderwijs geen aanwijzing mogelijk in verband met overtreding van de burgerschapsopdracht.

Dit niet bindende karakter van de nadere onderzoekskaders van de Inspectie, tezamen met de verschillen tussen de sectorale wetten, brengt de Afdeling tot de volgende conclusie. Een (spoed)aanwijzing komt alleen in beeld indien op basis van een samenstel van feiten blijkt dat er sprake is van een weigerachtig of falend bestuur om op te treden tegen evidente tekortkomingen, terwijl er anderzijds grote kans op onomkeerbare schade is bij het voortduren van de overtreding.

c. Rechtszekerheid

Uit de vormgeving van de zorgplicht voor de veiligheid blijkt dat, anders dan bij de burgerschapsopdracht, incidentele, ernstige overtredingen bij een of meer leerlingen reeds aanleiding kunnen geven voor een (spoed-)aanwijzing. Bij een aanwijzing inzake de burgerschapsopdracht gaat het over «structureel en flagrant handelen», bij de zorgplicht voor de veiligheid wordt volstaan met «het handelen in strijd» met die zorgplicht. Dit verschil is opvallend, omdat de burgerschapsopdracht en de zorgplicht in het regeringsbeleid elkaar naderen en daardoor de vrijheid van richting in gelijke mate beperken.

Het is voor de Afdeling de vraag of het enkele feit dat zich een ernstig incident voordoet op zichzelf beschouwd voldoende is om aan te nemen dat het bevoegd gezag zijn zorgplicht heeft geschonden en sprake is van wanbeheer. Dat geldt te meer bij een «wezenlijk vermoeden» van wanbeheer. Dat betekent dat er in de meeste gevallen niet valt te ontkomen aan nader onderzoek, waarbij de Inspectie met grote terughoudendheid moet toetsen.³⁰ Er bestaat anders immers het risico dat te snel en tot schade van het onderwijs wordt ingegrepen.

Indien het wanbeheer geen betrekking heeft op de overtreding van een open norm, maar op wanbeheer in geval van financieel-bestuurlijk disfunctioneren, is de ruimte voor een (spoed)aanwijzing groter, maar blijft het risico bestaan op een onrechtmatige interventie. Daarom zal ten minste aannemelijk moeten zijn dat het bevoegd gezag op meerdere onderdelen en al geruime tijd niet goed functioneert. Zoals eerder door de regering is toegelicht, is sprake van een wezenlijk vermoeden van wanbeheer, indien met een substantiële mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat een nog te verrichten onderzoek het oordeel van wanbeheer zou opleveren. Indien dit vermoeden met feiten wordt gemotiveerd en de aanwijzing is proportioneel, dan vermindert dit het risico op onterecht ingrijpen en wordt de rechtszekerheid gewaarborgd.

²⁹ Artikel 1.3, vijfde lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek luidt: «De instellingen voor hoger onderwijs schenken mede aandacht aan de persoonlijke ontplooiing van hun studenten en de bevordering van hun maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef. De bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef houdt ten minste in dat de instellingen, met inbegrip van degenen die hen formeel of informeel vertegenwoordigen, zich onthouden van discriminatoire gedragingen en uitingen.»

³⁰ Het advies van de Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef laat zien dat een zorgvuldig onderzoek, waarbij een interpretatie van de feiten en een afweging van grondrechten moet plaatsvinden, enkele maanden kan duren.

4. Resumé

De conclusie van de Afdeling is dat de term «flagrant» een in het bestuursrecht ongebruikelijke term is en dat juist de combinatie met de term «structureel» vragen oproept. Indien de term «flagrant» echter zodanig wordt uitgelegd dat een enkel ernstig incident nog geen wanbeheer behoeft te betekenen, ziet de Afdeling geen bezwaar in het gebruik ervan in relatie tot het bestuursrecht.

De term «wezenlijk» als grond voor het geven van een spoedaanwijzing aan het onderwijs wijkt af van het algemene bestuursrecht, maar verhoudt zich goed tot de door de regering beoogde terughoudende toepassing van een vérgaand instrument als de (spoed)aanwijzingsbevoegdheid in het onderwijs.

Indien het wanbeheer ziet op de overtreding van een open norm, zoals de burgerschapsopdracht of de zorgplicht voor de veiligheid, is de ruimte voor een (spoed)aanwijzing beperkt, gelet op de rechtszekerheid. In andere gevallen is de ruimte voor een (spoed)aanwijzing groter, maar blijft het noodzakelijk dat de (spoed)aanwijzing proportioneel is en met feiten wordt gemotiveerd om de rechtszekerheid te waarborgen.

De Vice-President van de Raad van State,
Th.C. de Graaf