

2 RECHTSBEGINSELEN IN HET ONDERWIJSRECHT

Ben Vermeulen

Deze bundel, waarin mijn bijdrage de inleidende beschouwing vormt, draagt de ruime – zo men wil vage – titel *Rechtsbeginselen in het onderwijsrecht*. Het motief om dit onderwerp voor onze vereniging te bespreken is gelegen in het besef dat er sprake is van een tendens in recht, politiek en beleid waarbij een toenemend belang gehecht wordt aan rechtsbeginselen. Ook het onderwijsrecht ondergaat daarvan betekenisvolle invloed. Die invloed heeft niet alleen gevolgen voor de constitutionele kwesties waar deze inleiding met name over gaat: de betekenis van rechtsbeginselen voor de verhouding van de staatsmachten en de doorwerking daarvan op het onderwijsstelsel als zodanig. Ook op het niveau van de onderwijsinstellingen werken rechtsbeginselen immers door, en beïnvloeden zij in belangrijke mate de verhouding tussen bestuurders, schoolleiders en leraren. Martijn Nolen zal, mede gevoed door zijn dagelijkse ervaringen uit de praktijk, daarop reflecteren. Rechtsbeginselen zijn daarnaast van cruciaal belang voor de verhouding van onderwijsinstellingen ten opzichte van de overheid, onder meer gepersonifieerd door de Onderwijsinspectie als toezichthouder. Paul Zoontjens zal daar zijn licht op laten schijnen.

Maar nu eerst een algemene beschouwing over rechtsbeginselen, met een toespitsing op het onderwijsrecht. De huidige trend naar een grotere rol voor rechtsbeginselen is al veel eerder ingezet. Hij heeft naar aanleiding van met name de toeslagaffaire echter een extra impuls gekregen. Achtergrond van deze trend is de wens om het optreden van de overheid en daarmee verbonden instellingen sterker in normatieve zin te sturen en te begrenzen: zij moeten beter en burgervriendelijker maatwerk bieden. Rechtsbeginselen spelen daarin een voorname rol.

Het is zinvol om – na enige beschouwingen over rechtsbeginselen in het algemeen (par. 2.1 en 2.2) – de betekenis van rechtsbeginselen in het onderwijsrecht te schetsen, hier en daar op deelterreinen die betekenis nader uit te diepen, aandacht te vragen voor recente ontwikkelingen ter zake en een globale evaluatie daarvan te geven (par. 2.3-2.5). Daarmee wordt uiteraard niet gepretendeerd afrondende beschouwingen te geven. Het gaat hier om een complexe ontwikkeling, die grote delen van het publiekrecht en daarbinnen het onderwijsrecht kan en zal beïnvloeden. Die ontwikkeling is bovendien nog gaande, en de contouren daarvan zijn nog lang niet uitgekristalliseerd. De tijd is derhalve nog niet rijp voor een omvattende beschrijving en analyse, laat staan voor een kwalitatieve beoordeling.

In deze introducerende bijdrage zal ik de thematiek van rechtsbeginselen in het onderwijsrecht met name vanuit de optiek van het publiekrecht bekijken. Daarbij blijft het

strafrecht overigens onbesproken, nu dat voor het onderwijsrecht van minder belang is. De gekozen publiekrechtelijke focus brengt met zich dat primair aandacht besteed wordt aan het constitutionele recht (breed opgevat, inclusief internationaal en Unierecht), en aan het (onderwijs)bestuursrecht. Het is onmiskenbaar zo dat rechtsbeginselen ook in het privaatrecht een belangrijke onderwijsrechtelijke rol spelen, onder meer omdat het bijzonder onderwijs in het privaatrecht geordend is en omdat de interne gezagsverhoudingen in de beide takken van openbaar en bijzonder onderwijs meestal in een privaatrechtelijke vorm gegoten zijn – een arbeidsovereenkomst voor het personeel, en voor deelnemers/consumenten (ouders, leerlingen, studenten) een onbenoemde onderwijsovereenkomst. Dat neemt evenwel niet weg dat de (door)werking van rechtsbeginselen in het onderwijsrecht – voor zover dat onder de sectorwetten valt – primair plaatsvindt via publiekrechtelijke rechtsbeginselen, vanwege het primaat van overheidsregulering en -sturing. Waar zinvol zal niettemin ook aandacht besteed worden aan de (door)werking van rechtsbeginselen in en via het privaatrecht.

2.1 RECHTSBEGINSELEN, BEGRIPSBEPALING

Het begrip ‘rechtsbeginselen’ is complex. Wat onder ‘rechtsbeginselen’ verstaan moet worden, welke beginselen als zodanig aangemerkt moeten worden, wat de verhouding is ten opzichte van wettelijke regels en morele waarden, wat de juridische rang en status van rechtsbeginselen is, wat hun relevantie is, blijft immer(s) voor discussie vatbaar. Dat komt ten minste deels doordat rechtsbeginselen een hybride karakter hebben: zij kunnen zowel trekken hebben van een ethisch principe als van een juridische norm; zowel abstract zijn als een concrete maatstaf leveren; deels ongeschreven en deels geschreven zijn; niet alleen een ideaal inhouden maar ook vervat zijn in concrete wetsbepalingen. Een zekere duiding van dit begrip lijkt echter niet onmogelijk, al zal deze zoals gezegd voorlopig moeten zijn. Daarbij heb ik mij laten inspireren door de beschouwingen daarover van mijn vroegere Utrechtse collega Henk Addink, in zijn magnum opus *Algemene beginselen van bestuursrecht* (2023). Addink spreekt daarin van een rechtsbeginsel als (letterlijk) een *begin-sel*,¹ een normatieve stelling vanwaar men vertrekt om andere normen, waarden en/of regels te vinden en uit te werken. Naderhand definieert hij een rechtsbeginsel als een juridisch *fundamentele norm*, die behoort tot het wezen van een samenleving en waarop het recht gebaseerd is.² Voortbordurend op deze en verdere beschouwingen in Addinks werk³ kom ik tentatief tot een opsomming van een

1 G.H. Addink, *Algemene beginselen van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 67.

2 Addink 2023, p. 94.

3 Zie voor een uitgebreide analyse Addink 2023, hoofdstukken 2 en 3.

aantal kenmerken van rechtsbeginselen. Die kenmerken hangen met elkaar samen, en deels overlappen zij elkaar.

(1) Ten eerste veronderstelt het begrip ‘rechtsbeginselen’ een normatieve hiërarchie, waarin die beginselen een voorname, *hoge positie* innemen. In dit verband wijs ik op het equivalent van het begrip ‘beginsel’ – principe – dat in andere Europese talen meestal gebruikt wordt om een (rechts)beginsel aan te duiden: principle, Prinzip, principio. ‘Principe’ is afgeleid van het Latijnse *principium*, dat weer is afgeleid van *princeps*: naar de letter ‘hij die de eerste plaats inneemt’. Rechtsbeginselen nemen derhalve een hiërarchisch hoge, ‘eerste’ positie in. De voornaamste rechtsbeginselen worden veelal gezien als *eerste* uitgangspunten, de juridische axioma’s, de bronnen die voorafgaan aan de andere regels. Zij vormen de basisregels waarvan een rechtssysteem uitgaat, de grondslagen van dat systeem, waar de andere – lagere – regels op gefundeerd zijn en van afgeleid zijn, en welke die lagere regels proberen uit te voeren.

(2) Daarnaast zijn rechtsbeginselen *algemeen*: ze hebben een zekere mate van abstractie, een generiek karakter, een bepaalde globaliteit, veelal zelfs een universaliteitspretentie. Henk Addink spreekt dan ook van *algemene* rechtsbeginselen in een bestuursrechtelijke context; *algemene* rechtsbeginselen van goed bestuur; en *algemene* rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur. De term ‘algemene’ is daarin eigenlijk dubbelop, en wordt slechts voor de zekerheid toegevoegd: want ook als deze rechtsbeginselen niet voorafgegaan worden door de term ‘algemene’ hebben zij een inherent algemeen karakter. Dat algemeen-globale karakter maakt dat rechtsbeginselen een zekere openheid hebben, gekenmerkt worden door een zekere vaagheid die oproept tot nadere ontwikkeling, uitwerking, precisering, codificatie.

(3) Verder hebben rechtsbeginselen een *fundamenteel* karakter, dat continuïteit en stabiliteit veronderstelt, en daarmee een bepaalde mate van *onveranderlijkheid*. Vaak wordt in constitutionele beginselverklaringen dan ook gesproken over de onvervreemdbaarheid van (natuur)rechten, de tijdloosheid van de juiste staatkundige inrichting, de goddelijke oorsprong, de inherente menselijke waardigheid, waar rechtsbeginselen uitdrukking aan geven. Rechtsbeginselen zijn er dan ook niet opeens, ze komen niet uit het niets tevoorschijn: ze waren er eigenlijk al, al moesten ze veelal nog gevonden worden.

(4) De hiervoor genoemde kenmerken brengen met zich dat rechtsbeginselen in zekere mate in zichzelf rusten, eigenstandig zijn en een expliciete codificatie in geschreven regels niet per definitie nodig hebben: *non scripta lex, sed lata lex* (‘geen geschreven recht, maar geboren recht’⁴). De ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is hiervan een goed voorbeeld. Oorspronkelijk zijn deze beginselen in de rechtspraak ‘gevonden’, en fungeerden zij dus als ongeschreven, in de jurisprudentie

4 Vgl. art. 1 van de Universele Verklaring: ‘Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren.’

ontdekt recht. In de loop der tijd zijn bepaalde beginselen in specifieke wetten verankerd. En bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht zijn een aantal van de in de jurisprudentie gevonden en ontwikkelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur tezamen genomen en verder gecodificeerd. Ondanks deze codificatie zijn er daarnaast ook nog steeds ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het beginsel dat legitieme opgewekte verwachtingen door de overheid in principe gehonoreerd moeten worden (het vertrouwensbeginsel, onderdeel van het eveneens nog niet gecodificeerde rechtszekerheidsbeginsel).⁵

Dat deze rechtsbeginselen *ongeschreven* kunnen zijn, doet aan de juridische gelding ervan niet af. Dat blijkt onder meer wanneer het omgekeerde van codificatie plaatsvindt: het bestaan van het ongeschreven rechtsbeginsel wordt daardoor niet aangetast. Ik geef een voorbeeld. In een recente uitspraak van de Grote Kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake de verhouding tussen het toetsingsverbod en algemene rechtsbeginselen⁶ heeft de Afdeling een verband gelegd tussen het eerste en het tweede lid van artikel 3:4 Awb. Tot dan kon in het kader van de zogeheten exceptieve toetsing⁷ een wettelijk voorschrift (niet zijnde een formeel-wettelijke bepaling), dat een bestuursorgaan dwong in een bepaalde situatie een specifiek besluit te nemen, aan het geschreven evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb worden getoetst.⁸ Thans kan dat vermoedelijk niet (meer), omdat er – aldus de Grote Kamer – in geval van gebonden besluiten sprake is van een wettelijke afweging in de zin van artikel 3:4, eerste lid, van de Awb.⁹ Derhalve kan een lagere regeling die dwingend een bepaald besluit voorschrijft in het licht van deze uitspraak niet meer exceptief aan het *wettelijke* evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb worden getoetst. Maar dat staat de toetsing aan het – nog immer behouden gebleven, geldende – *ongeschreven* evenredigheidsbeginsel niet in de weg.¹⁰ Aldus lijkt het erop dat het evenredigheidsbe-

5 HR 12 april 1978, AB 1979/262 (Doorbraakarrest).

6 ABRvS (Grote Kamer) 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, JB 2023/86 m.nt. Schlössels, AB 2023/128 m.nt. Van Zanten.

7 Waarbij via de band van beoordeling van een concreet besluit de wettelijke regels waarop dat besluit gegrond is getoetst kunnen worden aan hogere regels.

8 Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling van 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1046, AB 2019/290 m.nt. Van Eck, JB 2019/105 m.nt. Schutgens, r.o. 3.5, en 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493, JB 2020/204 m.nt. Stoeper, AB 2021/4 m.nt. Van der Heijden, r.o. 3.2.

9 Art. 3:4 van de Awb luidt als volgt:

‘1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, *voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit*.

2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.’

10 CRvB 15 maart 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:461; ABRvS 15 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1024; ABRvS 2 augustus 2023, 202205907/1/V6. Uiteraard geldt voor *contra legem* toepassing van het evenredigheidsbeginsel ten koste van een formeel-wettelijke bepaling (vanwege bijzondere niet in die bepaling verdiscontereerde omstandigheden) evenzeer dat dat gebeurt aan de hand van het ongeschreven evenredigheidsbeginsel en niet aan de hand van art. 3:4, tweede lid, van de Awb. Zie in algemene zin ABRvS (Grote

ginsel in zoverre fungeert als een vangnet, dat de inhoud van het geschreven beginsel in ongeschreven vorm doet voortduren. Materieel-juridisch maakt dat vermoedelijk niet uit.

(5) De tot nu toe geïdentificeerde karakteristieken – hoge rang, algemeenheid, onveranderlijkheid, het rusten in zichzelf (hoeft niet geschreven te zijn) – hangen samen met een volgende kenmerk, tot uitdrukking komend in de intuïtieve aanname dat rechtsbeginselen niet alleen een sterke gelding maar ook een hogere normatieve waarde hebben. Het zijn mooie *ideële* uitgangspunten, idealen (mede daarom zijn rechtsbeginselen ook zo populair). In zoverre hebben rechtsbeginselen een vruchtbare historische wortel in het natuurrechtsdenken: de opvatting dat aan de alledaagse juridische werkelijkheid hogere, onveranderlijke normen, Platoonse idealen – voortvloeiend uit de Goddelijke wil, de ratio, het algemene rechtsbewustzijn, de menselijke waardigheid enzovoort – ten grondslag liggen. Mensenrechten, die als rechtsbeginselen aangemerkt kunnen worden, zijn historisch sterk op een dergelijke natuurrechtelijke gedachtegang geënt.¹¹

(6) In het bijzonder door de vermaarde rechtsfilosoof Ronald Dworkin is een scherp onderscheid gemaakt tussen rechtsregels en rechtsbeginselen.¹² Rechtsregels – *grosso modo* de doorsnee-regels van het positieve recht – hebben een alles-of-niets-gelding: ze moeten toegepast worden, tenzij ze in strijd komen/zijn met een hogere rechtsregel. Rechtsbeginselen daarentegen zijn veelal niet gepositieerd, zijn globaal van aard en ontberen dit alles-of-niets-karakter. Ze wijzen in een bepaalde richting, maar moeten afgewogen worden ten opzichte van andere waarden en laten uitzonderingen toe zonder dat zijzelf daardoor in de kern worden aangetast.

Ik vraag me af of dit onderscheid tussen regels en beginselen voor mijn betoog bruikbaar is. Veel rechtsregels hebben (ook) een beginselkarakter, en het onderscheid tussen beginselen en regels is dan ook veelal niet scherp te maken. Zo hebben grondrechten, algemene beginselen van behoorlijk bestuur, algemene rechtsbeginselen enzovoort zowel een regelkarakter alsook een beginselkarakter. De eis van gelijke behandeling van gelijke gevallen is bijvoorbeeld een algemeen rechtsbeginsel, maar tegelijkertijd vervat in regels in de vorm van een internationaal grondrecht, neergelegd in verdragen (art. 14 en Protocol 12 EVRM, art. 26 IVBPR, art. 20 en 21 Handvest), in

Kamer) 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, JB 2023/86 m.nt. Schlössels, AB 2023/128 m.nt. Van Zanten, en voor een concrete toepassing ABRvS 15 november 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4215, JV 2024/22 m.nt. Minderhoud.

11 Zie bijvoorbeeld art. 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens: 'Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander in een geest van broederschap te gedragen.' Soortgelijke bevlogen woorden, gewijd aan de inherente menselijke waardigheid en de onvervreemdbaarheid van de mensenrechten, vinden we in de preambules van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het Handvest van de Verenigde Naties, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

12 R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard university press 1977, p. 22 e.v.