

Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving

Eindrapport

Prof. mr. P.W.A. Huisman
Prof. mr. P.J.J. Zoontjens
Rotterdam/Tilburg, 1 december 2016

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Context en aanleiding

De in de Tweede Kamer aangenomen motie Van Meenen¹ c.s constateert dat het Onderwijsraad-advies uit 2012 over artikel 23 van de Grondwet en het rapport van de Kinderombudsman «Van leerplicht naar leerrecht» vragen om meer aandacht voor de positie van onderwijsvragers in het onderwijsbeleid en -recht en dat het recht op onderwijs in internationale verdragen is verankerd. De situatie is evenwel dat vanwege de bekostiging van onderwijsinstellingen de sturing in beleid en wetgeving niet gericht is op onderwijsvragers, maar overwegend op aanbieders. De motie verwoordt verder dat daardoor “een toenemende spanning optreedt met ambities in het onderwijsbeleid om tegemoet te komen aan het leerrecht van leerlingen, zoals bij passend onderwijs, de oplossing voor daling van leerlingenaantallen en het streven naar individueel maatwerk in het onderwijs.” De regering wordt verzocht het Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht te vragen nader onderzoek te doen naar de vraag welke onderdelen in de opzet en inhoud van de Nederlandse wet- en regelgeving realisering van de kernelementen van leerrecht belemmeren en hoe een verankering van leerrecht in de wetgeving van het funderend onderwijs mogelijk is. In het overleg over passend onderwijs van 10 februari 2016 is de motie opnieuw aan de orde geweest.² De vraag naar implementatie van een leerrecht is in belangrijke mate verbonden met passend onderwijs, maar overstijgt deze ook, zoals de motie aangeeft.

De vraag naar verankering van leerrecht zou in algemene zin bezien kunnen worden in de context van de vraag om flexibiliteit en maatwerk in het onderwijs (Pater & Waslander, 2015).

1.2 Hoofdvragen en afbakening

De motie vraagt in de kern om een onderzoek op de volgende onderdelen:

- Wat zijn de ‘kernelementen’ van het leerrecht? Hoe, voor wie en waar is leerrecht gedefinieerd en valt dit één op één samen met het recht op onderwijs, zoals onder meer omschreven in verdragen? Deze vraag heeft met name betrekking op de omschrijving, herkomst en de adressant van het begrip.
- Welke onderdelen in de onderwijswetgeving vormen een belemmering bij de realisering van (kernelementen van) het leerrecht? Het kan hierbij gaan om

¹ Kamerstukken II 2015/16, 34 300 VIII, nr. 47.

² Kamerstukken II 2015/16, 31 497, nr. 206.

elementen zoals toegankelijkheid, maar ook minimum (kwaliteit van) aanbod, rechtsbescherming, bekostiging, governance en handhaving.³

- Welke modaliteiten zijn mogelijk bij de verankering van het leerrecht?
- In hoeverre zijn de modaliteiten in juridische zin van toegevoegde waarde ten opzichte van de leerrechten zoals deze in het vigerend wettelijk kader zijn verankerd?

Het onderzoek spitst zich toe op het funderend onderwijs (po en vo).⁴ Bij de schets van modaliteiten is voor te stellen dat er opties worden beschreven, die zich meer of juist minder verhouden met het huidige stelsel, aldus vragen om kleine of juist ingrijpende wijzigingen in de vigerende wetgeving. Een en ander is ook afhankelijk van de tweede vraag; in hoeverre is in de huidige wetgeving het leerrecht al verankerd?

Het onderzoek bevat geen normatieve uitspraak over de politieke wenselijkheid van de invoering van leerrecht(en), maar een schets van de juridische inhoud en consequenties op wetgevingsniveau.

Het onderzoek is verricht met in gedachten de (voorstellen voor) onderzoeken bij NRO inzake de inhoud van de zorgplicht bij passend onderwijs. In overleg is afgezien van uitgebreide rechtsvergelijking, maar wel wordt het internationaalrechtelijk kader als belangrijk start- en richtpunt genomen bij de nadere duiding van het leerrecht (eerste deelvraag).

1.3 Opzet en methodologie

Het eerste deel (hoofdstuk 2) zal voornamelijk vorm krijgen door een beknopte literatuurstudie. In de onderwijsrechtelijke literatuur en onderzoeken zijn leerrechten, in verschillende contexten, onderdeel geweest van studie. Te noemen zijn onder andere de studie van Zoontjens en Frissen (2005) waarin zij in een voorstel van Wet op het onderwijs (WOHO) al een hoofdstuk hadden ingericht over *Rechten van onderwijsvragers en leerrechten*. Andere studies beschouwen het begrip leerrecht in de context van het hoger onderwijs (Cohen, 1994) of in verhouding tot de leerplicht en leerplichtwet (Storimans, 2006, Huisman, 2016). Deze studies zijn gebruikt om het begrip leerrecht nader af te bakenen. Datzelfde geldt voor uitspraken die de wetgever heeft gedaan over het begrip leerrecht (dit aan de hand van een search binnen de parlementaire bronnen⁵ op het begrip). Doel is enig zicht te krijgen op de reikwijdte van leerrecht: gaat het om een recht op toegang tot het stelsel, een recht op inclusief onderwijs, een recht op een plaats op een specifieke school (van voorkeur of een recht de eigen leerroute te bepalen? Of zijn deze alle tegelijkertijd

³ In de discussie over passend onderwijs is bijvoorbeeld de vraag gerezen naar 'doorzettingsmacht'. Moet leerrecht kunnen worden afgedwongen, welke elementen dan en door wie?

⁴ Bij het onderzoek naar de definiëring kan wel literatuur worden gebruikt dat van toepassing is op sectoren zoals het hoger onderwijs.

⁵ www.overheid.nl en www.statengeneraaldigitaal.nl

aan de orde, wellicht nog aan te vullen met andere rechten die we hier over het hoofd zien?

In het tweede deel (hoofdstukken 3 tot en met 6) wordt aan de hand van de geïndiceerde elementen van het leerrecht de wetgeving (Wpo, Wvo, Leerplichtwet met name) geanalyseerd op de belemmeringen, een en ander in het licht van het internationaalrechtelijke kader (bijvoorbeeld het EVRM, maar ook het recentelijk geratificeerde Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap), de jurisprudentie en de uitleg van de doctrine op bepaalde onderdelen. Daarbij betrokken worden bestaande verkenningen naar de ruimte in de wet voor 'maatwerk' in het onderwijs (zoals in V.d Vegt et al, 2015).

Het derde deel (hoofdstuk 7) bevat ten slotte beknopte beschrijvingen van modaliteiten om (onderdelen van) het leerrecht te implementeren of te verankeren in de sectorwetgeving. Daarbij zijn zoals gezegd verschillende opties denkbaar. Zo is een modaliteit uit te gaan van het absolute recht van keuze en toegankelijkheid van de leerling, en het recht op inclusief onderwijs. Een andere optie is uit te gaan van bepaalde beginselen, op te nemen in de wetgeving, die het leerrecht van onderwijsvragers kunnen versterken (Zoontjens en Huisman, 2015). De verschillende opties worden geschetst met consequenties voor aanpassing van de regelgeving. In die zin schetst dit deel ook de mogelijke randvoorwaarden of afwegingscriteria bij het doordenken van opties (bijvoorbeeld de consequenties ten aanzien van civiel effect van diploma's, zie hierover Westerbeek & De Jong, 2015). Aangegeven wordt welke onderdelen van de sectorwetgeving en andere onderwijswetgeving (zoals Leerplichtwet) aangepast zouden kunnen worden. De vierde vraag wordt bij ieder van de opties betrokken.

Methodologisch wordt dit onderzoek opgezet als literatuurstudie (bestudering juridische literatuur, kamerstukken, uitspraken). Analyses en concepten in onderdeel 2 en 3 (belemmeringen en mogelijke modaliteiten) zijn getoetst door middel van beknopte interviews met enkele collega juridische experts (collega wetenschappers, leden van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht). De uitvoerders van het onderzoek waarborgen de wetenschappelijke onafhankelijkheid.

Hoofdstuk 2 Het begrip leerrechten verkend: kernelementen

2.1 Leerrechten in internationale context

In februari 2011 werd bij de behandeling van een wetsvoorstel om voortijdig schoolverlaten terug te dringen de motie Van der Ham/Klaver aangenomen. Daarin werd gesteld “dat ieder kind recht heeft op goed onderwijs; [en] dat dit recht is vastgelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Verdrag inzake de Rechten van het Kind; [maar dat] de Leerplichtwet in bepaalde gevallen tekortschiet waardoor leerlingen geen of tekortschietend onderwijs ontvangen; verzoekt de regering te verkennen hoe het leerrecht in de wet kan worden opgenomen en de Kamer hierover te informeren”.⁶ De motie gebruikt de termen ‘leerrecht’ en ‘recht op onderwijs’, aldus suggererende dat het om twee verschillende begrippen gaat.

In internationale verklaringen en verdragen, zoals de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens of het Internationale Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) komt het woord ‘leerrecht’ als zodanig niet voor, wel wordt er gesproken over het recht op onderwijs. Dat is ook zo in artikel 2, Eerste Protocol, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), artikelen 28 en 29 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (VRK) en artikelen 12 tot en met 14 van het Kaderverdrag inzake de bescherming van Nationale Minderheden (KVNMM). Deze bepalingen hebben het over het recht op onderwijs of het recht eigen particuliere onderwijs- en opleidingsinstellingen op te richten en te beheren.

Voor de uitleg van de verdragen is een aantal interpretatiemethoden van belang;⁷ het gaat niet alleen om de tekst van een bepaling, maar ook de externe historische context (*travaux préparatoires*), de verdragsontwerpen en andere informatie over de omstandigheden van vóór de vaststelling van het verdrag die eraan bijdragen de bedoeling van de partijen te verduidelijken. Verder is hiervoor relevant de systematiek, de interne context zoals die blijkt uit de preambule, de bijlagen en alle memoranda van overeenstemming of instrumenten tussen de Verdragspartijen die betrekking hebben op het Verdrag.

De verdragen worden (voortdurend) geïnterpreteerd, door de rechter, maar ook door internationale instanties. Ten aanzien van de uitleg van het recht op onderwijs in het VRK is er het Kinderrechtencomité – de internationale verdragstoezichthouder die uit hoofde van het verdrag bevoegd is de verdragsbepalingen gezaghebbend uit te leggen door middel van General Comments.⁸

⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 356, nr. 19.

⁷ Zie art. 31 en 32 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 1969.

⁸ Zie b.v. in Rb. Amsterdam 7 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6633

Door het Comité is bijvoorbeeld opgemerkt⁹ dat het recht op onderwijs inhoudt het recht van het kind “to have access to quality education, including early childhood education, non-formal or informal education and related activities, free of charge.[...] In order to promote education, or better quality education, for more children, States parties need to have well-trained teachers and other professionals working in different education related settings, as well as a child-friendly environment and appropriate teaching and learning methods, taking into consideration that education is not only an investment in the future, but also an opportunity for joyful activities, respect, participation and fulfilment of ambitions. Responding to this requirement and enhancing children’s responsibilities to overcome the limitations of their vulnerability of any kind, will be in their best interests.”

Tenslotte is er door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg uitgebreide jurisprudentie gevormd over de betekenis van artikel 2, Eerste Protocol, EVRM en de reikwijdte van het recht op onderwijs. Uit de wetenschappelijke overzichten die daarvan beschikbaar zijn,¹⁰ rijst het beeld van een recht dat aanhaakt bij de positie van de individuele onderwijsvrager en dat vele aspecten omvat.

Het in het internationaal recht verankerde recht op onderwijs bestrijkt een aantal domeinen:¹¹ een recht dat iedereen op gelijke voet toekomt (zoals in art. 2 EP EVRM), recht op onderwijs voor specifieke minderheden (prominent vastgelegd in het KVMN) en de bepalingen gericht op gelijke behandeling en non-discriminatie (zoals het Verdrag nopens de Bestrijding van Discriminatie in het Onderwijs [VBDO] en het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (IVUR), alsmede de EU-richtlijnen terzake van Gelijke Behandeling). Zowel ouders als kinderen worden geadresseerd.

De term ‘leerrecht’ is op internationaalrechtelijk niveau veel schaarser in gebruik, en ontbreekt in ieder geval in de verdragsteksten. In publicaties van organisaties van de VN – voorbeelden in de Europese context [Europese Unie of Raad van Europa] zijn ons niet bekend – wordt soms gerefereerd aan ‘the right to learn’. Een voorbeeld is de volgende passage uit het rapport A Human Rights-Based Approach to Education¹² in het kader van de Education for all-campaign: “All children have a right to learn. This means they are entitled to an effective learning environment in multiple

⁹ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 79. Zie eerder ook General Comment No. 1: The Aims of Education (article 29) (2001), waarin onder meer wordt gewezen op het belang van het verbod van lijfstraffen en participatierechten van leerlingen. Het recht op onderwijs wordt hier verbonden met rechten van de mens.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld Zoontjens 2003, B.P. Vermeulen, Right to Education; Commentary on Article 2 of Protocol No. 1, in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (Eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th edition, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 751-771; Onderwijsraad, Artikel 23 in maatschappelijk perspectief, advies, Den Haag 2012, p. 80-86; D. Mentink, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Artikel 23, (digitaal) wetenschappelijk commentaar op de Grondwet (laatst bijgewerkt eind 2013), paragraaf 15, www.nederlandrechtsstaat.nl.

¹¹ Zoontjens, 2003.

¹² New York, 2007.

spaces, not just the school setting and at the primary level. It also implies that they have responsibilities to ensure their behaviour does not deny that right to other children. All children are entitled to express their views and have them given due weight”. Een ander voorbeeld betreft de Verklaring van Hamburg inzake volwasseneneducatie van UNESCO, waarin het recht op levenslang onderwijs en leren wordt gepropageerd: “Recognition of *the right to education and the right to learn* throughout life is more than ever a necessity; it is the right to read and write, the right to question and analyze, the right to have access to resources, and to develop and practice individual and collective skills and competences.”¹³ Bij de officiële toelichting door UNICEF van artikel 30 van het VRK¹⁴ ten slotte, wordt het volgende opgemerkt: “Minority or indigenous children have the right to learn about and practice their own culture, language and religion, as is the case for all other children.”¹⁵

Indien we ons internationaal breder oriënteren dan vallen in het bijzonder nog twee publicaties op. De invloedrijke NGO ‘Save the Children’ vroeg in 2013 expliciet aandacht voor het leerrecht van kinderen. Volgens deze organisatie moet er wereldwijd worden gewerkt aan de kwaliteit van het onderwijs, en aan leeropbrengsten, want toegang tot een school alleen, zo luidt de boodschap, blijkt in een aantal landen niet altijd genoeg om ongeletterdheid te voorkomen: “Today, the conversation is not just about whether a child gets a seat in the classroom, it’s about what they learn when they get there – as well as before they arrive and after they leave. For that reason, an equitable learning agenda must be central to the post-2015 development framework.”¹⁶

Linda Darling-Hammond publiceerde in 1997 een in de VS veelbesproken boek, getiteld: “The Right to learn: a Blueprint for creating schools that work”,¹⁷ waarin zij inhoudelijk beter onderwijs bepleit in scholen, door de aandacht te richten op de verbetering van de effectieve kwaliteit van leraren en lesprogramma’s om de ongelijkheid in kansen van kinderen te keren.

2.2 ‘Leerrecht’ in nationale context

In Nederland is het begrip leerrecht eerder gebruikt in de context van hoger onderwijs. In de nota Blijven leren uit 1993 werd leerrecht omschreven als ‘het geheel van aanspraken dat burgers op overheidssubsidies ten behoeve van

¹³ UNESCO, Hamburg Declaration on Adult Education. The agenda for the future, Fifth International Conference on Adult Education in Hamburg, 14 - 18 July 1997, punt 12. Zie <http://www.unesco.org/education/uie/confintea/pdf/con5eng.pdf>.

¹⁴ Art. 30 luidt in het Engels: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.”

¹⁵ Vgl. <http://www.unicef.org/rightsite/files/standupfinal.pdf>.

¹⁶ Save the Children, The right to learn; community participation in improving learning, Connecticut USA 2013, p. 9.

¹⁷ San Francisco: Jossey-Bass 1997.

onderwijsdeelname kunnen verwezenlijken'.¹⁸ Bij ons wordt leerrecht veelal tegenover de leerplicht gezet. De perspectiefwisseling zou kunnen zijn dat bij leerrecht de keuzevrijheid van de (jong) volwassen burger of leerling tot uitgangspunt wordt genomen. "Dat vraagt van de overheid een benadering die zich primair richt op het definiëren van condities waaronder kan worden gekozen", aldus Cohen. In het hoger onderwijs heeft die vraaggerichte en keuzegerichte inrichting van het begrip leerrecht een concrete invulling gekregen, al in de jaren '80 van de vorige eeuw, door de verbinding met vouchers.¹⁹

Vanaf de eeuwwisseling blijkt 'leerrecht' ook expliciet een rol te spelen in het kader van de toegang tot onderwijs van gehandicapten, thans aan de orde bij de regeling inzake passend onderwijs. In de memorie van toelichting bij de regeling leerlinggebonden financiering merkt de regering in een paragraaf onder het kopje "leerrecht" op: "Op dit moment volgen veel leerlingen met verstandelijke of meervoudige handicaps geen onderwijs. (...) Ouders kunnen via de indicatiestelling laten vaststellen of hun kind in aanmerking komt voor onderwijs. Het onderhavige wetsvoorstel regelt dat positief geïndiceerde kinderen door de scholen voor (voortgezet) speciaal onderwijs van de soort waarvoor het kind toelaatbaar is verklaard, niet geweigerd kunnen worden vanwege de aard van hun handicap."²⁰ Dat hier aan de term leerrecht wordt gerefereerd, en niet recht op onderwijs, komt kennelijk voort uit de gedachte dat het onderwijssysteem meer moet betekenen dan beschikbaar zijn voor leerlingen, het moet zich ook aanpassen aan leerlingen als die met afwijkende leerbehoeften binnenkomen.

Sinds de verschijning van het rapport van de Kinderombudsman over dit onderwerp duikt de term regelmatig op bij pleidooien voor maatwerk in het onderwijs ten behoeve van thuiszitters: "(V)anuit de centrale overheid en het onderwijsveld (dient) allereerst een omslag te worden gemaakt in het denken over onderwijs, een omslag van leerplicht naar leerrecht. De nadruk moet hierbij niet liggen op de verstrekker van het onderwijs, maar op het perspectief van het kind: wat heeft het kind nodig! Pas hierna dient de vraag te worden gesteld hoe dit mogelijk kan worden gemaakt. Door onderwijs vanuit deze insteek te bezien, kan de flexibiliteit worden gecreëerd waarbinnen maatwerk worden geleverd. Pas dan kan er echt passend onderwijs tot stand komen dat voldoet aan de kinderrechten in het IVRK, namelijk het recht van een kind om toegang te hebben tot onderwijs dat is gericht op een zo volledig

¹⁸ Zie hierover M.J. Cohen, *Leerrechten: een containerbegrip met verstreckende gevolgen*. NVOR Tilburg 1994.

¹⁹ Nog in 2005 werd een voorstel ingediend met leerrechten/vouchers als centraal uitgangspunt TK 2005–2006, 30 387, nr. 3 (financiering hoger onderwijs). Daar was de definitie van leerrecht: "het persoonsgebonden recht van een student om gedurende een tijdvak van zes aaneengesloten maanden hoger onderwijs aan een bekostigde instelling voor hoger onderwijs te volgen dat uit 's Rijks kas wordt bekostigd." Zie ook P. Zoontjens, *Leerrechten in het Nederlandse hoger onderwijs*, TORB, nrs. 4-5, maart-juni 2006, p. 434-442. Het wetsvoorstel werd in 2009 ingetrokken.

²⁰ Kamerstukken II 2000/01, 27 728, nr. 3, p. 12-13.

mogelijke ontplooiing van zijn persoonlijkheid, zijn talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens.”²¹

2.3 ‘Leerrecht’ – poging tot afbakening van een nieuw begrip

In de rechten voor het gehandicapte kind komen ten principale de elementen van het individuele leerrecht tot uitdrukking, maar uiteraard is het leerrecht in de context van het recht op onderwijs breder; elk kind bezit elementen van leerrechten die bijvoorbeeld zien op een aanbod van goed onderwijs. Als we daarom trachten de betekenis van ‘leerrecht’ nader te duiden, moet worden geconstateerd dat het begrip in belangrijke mate samenvalt met ‘recht op onderwijs’, zoals we dat begrijpen uit de verdragen. Maar er wordt met het gebruik van de term ook een nieuw element of accent aan onze kijk op recht op onderwijs toegevoegd. Die is, in het algemeen gesproken, dat er bij ‘leerrecht’ sterk wordt gefocust op de eigenschappen en verdiensten van het materiële, inhoudelijke proces van onderwijs. Het impliceert een aanpak bij het onderwijsgeven die tot zodanige resultaten leidt dat gehandicapten op gelijk niveau kunnen functioneren met anderen. Het wijst op een benadering, waarbij burgers/werknemers de mogelijkheden krijgen aangereikt, buiten het officiële stelsel om, om zich door te ontwikkelen in het kader van leven lang leren of het staat voor een zienswijze, waarbij het belang van een effectieve leeromgeving, desnoods buiten school om, voorop staat. Uit andere hoek wordt de term ‘leerrecht’ gebruikt om de aandacht te richten op de verbetering van de effectieve kwaliteit van onderwijs, door te focussen op de kwaliteit van leeropbrengsten of de noodzaak van verbetering van leraren en lesprogramma’s. In Nederland is op dit moment heel sterk in de aandacht ‘leerrecht’ als principe van maatwerk in het onderwijs.

Voor de centrale conceptie van het begrip ‘leerrecht’ komen we dan tot twee bevindingen:

- Hierbij wordt sterk gefocust op de positie van de onderwijsvrager, en wordt dus aangesloten bij de algemene conceptie van recht op onderwijs. Als zodanig is het een belangrijke invalshoek voor de modernisering van ons onderwijsstelsel. Maar er is ook sprake van een accentverschuiving binnen het recht op onderwijs. Het leerrecht adresseert op de eerste plaats de positie van kinderen en/of leerlingen en niet zozeer die van hun ouders. Het recht op onderwijs is in aanleg ruimer, doordat bijvoorbeeld in artikel 2, Eerste Protocol, EVRM specifiek wordt ingegaan op de ouderlijke opvoedingsrechten van onderwijs en het respecteren van de godsdienstige, levensbeschouwelijke of filosofische overtuigingen door de overheid.

²¹ Kinderombudsman, Van leerplicht naar leerrecht. Adviesrapport over waarborging van het recht op onderwijs naar aanleiding van het onderzoek naar thuiszitters, Den Haag 16 mei 2013, p. 39. Zie ook de vanaf 2014 in de lucht zijnde site van de netwerkorganisatie Steunpunt Leerrecht, waarop de aandacht voor thuiszitters en onderwijs centraal staat: <http://ato.coachaut.nl/ato.coachaut.nl/?p=133>.

- Met ‘leerrecht’ entameert men een discussie over versterking of verdieping van het recht op onderwijs, waarbij zoals gezegd de kansen en verdiensten van het materiële onderwijsproces centraal komen te staan. Daarbij zijn in het algemeen twee soorten van benaderingen te onderscheiden.
 - Een eerste stroming richt zich op het belang van kwalificatie door het onderwijs. Daarbij doelt men vooral op ‘leerrecht’ als een recht op zo hoog mogelijke kwaliteit en effectiviteit van onderwijs.
 - Een tweede stroming heeft vooral oog voor het belang van (en het recht op) onderwijs dat zoveel mogelijk is aangepast aan de behoeften en eigenschappen van individuen. Hier is de discussie over maatwerk te plaatsen. Uitgaande van de “four a’s” die in VN-verband principieel worden onderscheiden bij de toepassing van het recht op onderwijs in de nationale context²² – accessibility, acceptability, adaptability en availability – lijkt hiermee een relatief sterker accent te worden gelegd binnen de onderlinge rangorde op het principe van ‘adaptability’ van onderwijs.

2.4 Begrip ‘leerrecht’ en opzet van het onderzoek

Het hierboven geschetste begrip van ‘leerrechten’ leidt ons naar een drietal thema’s (a tot en met c) aan de hand waarvan de onderwijswetgeving geanalyseerd kan worden. Deze drie thema’s staan in rechtstreeks verband met de hierboven onderscheiden betekenissen van ‘leerrecht’:

- a) Het belang van het kind, de casus van de bescherming van gehandicapten in het onderwijs.
- b) Een ‘rechten’-benadering bij de vormgeving van bepalingen inzake toelating en verwijdering, zittenblijven of overgang, doorstroming in het onderwijs en diplomaverlening.
- c) Een op de diversiteit van de leerlingenpopulatie gerichte benadering bij de vormgeving van bepalingen inzake het curriculum, passend onderwijs, en de aan de diplomaverlening ten grondslag liggende kwalificatie-eisen.

We hebben geprobeerd de thema’s zo nauwkeurig mogelijk te koppelen aan de bevindingen van par. 2.3. Wat eerder onder 1 werd verwoord, is hier toegespitst in het eerste thema op het belang van het kind. Hoe sterker dat belang wordt gearticuleerd, hoe eerder men kan besluiten mogelijk conflicterende belangen van hun ouders als slechts een afwegingsfactor te beschouwen. Dat is goed te zien bij de eis van gelijke behandeling van gehandicapten in ons onderwijs. De twee onderscheiden aspecten onder punt 2 van par. 2.3 hebben geleid tot de

²² Vgl. Commission on human rights of the ESC, Preliminary report of the Special Rapporteur on the right to education, Ms. Katarina Tomaševski, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1998/33, E/CN.4/1999/49, 13 January 1999. Zie ook hieronder.

daaropvolgende twee thema's. Wat eerder wordt genoemd: "recht op zo hoog mogelijke kwaliteit en effectiviteit van onderwijs" is hier omgezet in leerrecht als het uitgangspunt van een 'rechten-benadering'. Tenslotte is de betekenis van leerrecht als recht op onderwijs "dat zoveel mogelijk is aangepast aan de behoeften en eigenschappen van individuen" uitgedrukt in het uitgangspunt voor de wet dat bepalingen een "op de diversiteit van de leerlingenpopulatie gerichte benadering" dienen uit te drukken. Aan de thema's zijn vervolgens een aantal aandachtsterreinen gekoppeld. Daarbij wordt geen uitputtendheid nagestreefd. Van belang is dat daarmee op een aantal actuele en cruciale punten kan worden onderzocht over hoe de onderwijswetgeving er voorstaat en hoe het eventueel anders zou moeten. Naar verwachting kan er zo een redelijk adequaat beeld ontstaan.

Hoofdstuk 3 Bescherming gehandicapten in onderwijs: belang van het kind

3.1 Inleiding

Het recht op onderwijs voor gehandicapten is neergelegd in het internationaal recht en ziet op gelijke behandeling en inclusief onderwijs.²³ Met inclusief onderwijs wordt bedoeld op het principe dat kinderen zoveel mogelijk gezamenlijk in het reguliere onderwijs moeten leren, ongeacht de moeilijkheden of afwijkingen die ze hebben. Het is vervolgens aan de scholen om onderwijs op maat, dat van voldoende kwalitatief niveau is, voor alle kinderen te realiseren.²⁴ In artikel 1 van het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (VRPH) worden personen met een handicap gedefinieerd als “personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving”. Internationaalrechtelijk bezien zijn daarbij de volgende bepalingen in de verschillende verdragen van belang.

Artikel 23 lid 2 van het VRK regelt de verplichting van lidstaten voor de bijzondere zorg voor gehandicapte kinderen, waarbij de verplichting geldt dat bijstand wordt verleend die is aangevraagd en die passend is gezien de gesteldheid van het kind en de omstandigheden van de ouders of anderen die voor het kind zorgen. Lid 3 stelt dat “de bijstand dient erop gericht te zijn te waarborgen dat het gehandicapte kind daadwerkelijk toegang heeft tot onderwijs, opleiding, [...]”.

Artikel 15 eerste lid van het (herziene) Europees Sociaal Handvest (ESH) betreft het recht van personen met een handicap “op onafhankelijkheid, sociale integratie en participatie in het gemeenschapsleven”. Het ESH schrijft voor dat de verdragsluitende partijen de nodige maatregelen moeten nemen “om personen met een handicap begeleiding, onderwijs en vakopleiding te geven waar mogelijk binnen het kader van algemene stelsels, of, waar dit niet mogelijk is, middels gespecialiseerde openbare of particuliere instellingen.” Deze bepaling drukt uit dat het uit een oogpunt van sociale integratie de voorkeur verdient personen met een handicap in het reguliere onderwijssysteem op te vangen en speciaal onderwijs alleen bij wijze van uitzondering beschikbaar te stellen. Personen met een handicap worden in deze visie niet zozeer als objecten van (medische) zorg maar als subjecten van mensenrechten, als burgers gezien.²⁵ Artikel 17 ESH, dat het recht bevat van kinderen en jeugdige personen “op sociale, wettelijke en economische bescherming”, voegt daar nog aan toe dat de bij het verdrag aangesloten staten

²³ Zie eerder Paul Zoontjens, Toelating en verwijdering van zorgleerlingen, in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Deventer: Kluwer 2009, p. 148-155.

²⁴ Vgl. UNESCO, *The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education*, *World Conference on Special Needs Education: Access and Quality*, Salamanca, Spain, 7-10 June 1994, ED-94/WS/18.

²⁵ Vgl. Jacqueline Schoonheim, annotatie bij ECSR 15 maart 2004 (Autism-Europe tegen Frankrijk, zaak no. 13/2002), NJCM Bulletin, jrg. 29, nr. 8, december 2004, p. 1149. Zie in gelijke zin MvT bij de goedkeuringswet ESH (herzien), Kamerstukken II 2004/05, 29 941, nr. 3, p. 23.

moeten waarborgen “dat kinderen en jeugdige personen, met inachtneming van de rechten en plichten van hun ouders, beschikken over de verzorging, de ondersteuning, het onderwijs en de opleiding die zij nodig hebben, in het bijzonder door te zorgen voor de oprichting of instandhouding van instellingen en diensten die voor dit doel toereikend en voldoende zijn”. Tevens draagt artikel 17 ESH (herzien) de lidstaten op “basisonderwijs en voortgezet onderwijs kosteloos beschikbaar te stellen voor kinderen en jeugdige personen, alsmede regelmatig schoolbezoek te bevorderen.” In combinatie met artikel 15 laat deze bepaling aan de lidstaten de keuze op welke wijze onderwijs wordt verstrekt aan personen met een handicap, maar het is wel noodzakelijk dat het aanbod op een voldoende niveau plaatsvindt. Inzake schendingen van het ESH (herzien) is een Collectief klachtenprotocol van toepassing waaronder organisaties die ingeschreven staan bij de Raad van Europa collectieve klachten kunnen indienen over schendingen van rechten opgenomen in het Handvest of het herziene Handvest. Slechts een paar klachten zien op de schending van het recht op onderwijs. Zo is een klacht gegrond verklaard over het uitblijven van voldoende toegang tot reguliere scholen en vaktraining voor jongeren met autisme in Frankrijk.²⁶

Het hiervoor genoemde VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VRPH) is op 30 maart 2007 ondertekend. Op 14 juni 2016 overhandigde Nederland het Verdrag aan de Verenigde Naties en daarmee is het Verdrag geratificeerd. Op 14 juli 2016 is het Verdrag daadwerkelijk in onze rechtsorde in werking getreden. Net als bij het ESH staat de persoon met een handicap als subject van mensenrechten centraal. Artikel 24 VRPH stelt dat verdragspartijen het recht erkennen van personen met een handicap op onderwijs. Ter verwezenlijking zijn in lid 2 een aantal verplichtingen opgenomen. Het verplicht de staten die verdragspartij zijn om ervoor te zorgen dat personen met een handicap zoveel mogelijk terecht kunnen in passende onderwijsvoorzieningen. Ook moeten de staten bepaalde leerdoelen bevorderen, zoals het leren van braille en gebarentaal. Het effectief waarborgen van toegankelijkheid langs de principes van het internationale recht betekent volgens het VRPH dat personen met een handicap:

- niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van het algemene onderwijssysteem, en dat kinderen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van gratis en verplicht basisonderwijs of van het voortgezet onderwijs;
- toegang hebben tot inclusief, hoogwaardig en gratis basisonderwijs en tot voortgezet onderwijs en wel op basis van gelijkheid met anderen in de gemeenschap waarin zij leven;

²⁶ Action européenne des handicapés (AEH) v. France, Nr. 81/2012, ingediend op 3 april 2002, décision on the merits waarin schending van artikel 15(1) samen met artikel E gevonden wordt, van 11 september 2013, Resolution van het Comité van Ministers CM/ResChS (2014)2 dd 5 februari 2014.

- binnen het algemene onderwijssysteem de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te faciliteren, en
- zonder discriminatie en op voet van gelijkheid met anderen, toegang verkrijgen tot algemeen universitair en hoger beroepsonderwijs, beroepsonderwijs, volwasseneneducatie en een leven lang leren. Daartoe waarborgen de Staten die Partij zijn dat redelijke aanpassingen worden verschaft aan personen met een handicap.²⁷

3.2 Passend onderwijs

Schoolbesturen - zorgplicht

Mede om recht te doen aan het in de internationale verdragen neergelegde recht van gehandicapten op onderwijs, ook in de zin van zoveel mogelijk regulier onderwijs, is op 1 augustus 2014 de Wet passend onderwijs in werking getreden.²⁸ Kern van deze wet is de regeling van een zorgplicht van het bevoegd gezag van een school (voortaan: de school) in de zin van Wpo, Wec en Wvo tot het plaatsen van een leerling die bij een van zijn scholen is aangemeld en die extra ondersteuning behoeft in het onderwijs. Met de aanmelding geven ouders impliciet de (eerste) keuze van de school aan. Als de school zelf geen passend onderwijs aan de aangemelde leerling kan aanbieden, heeft zij de verantwoordelijkheid om voor hem of haar een zo goed mogelijke plek op een andere school te vinden. Ouders hoeven op deze manier niet zelf alle scholen in de omgeving af voor een plek van hun kind.²⁹ Als het bevoegd gezag van de school waar de leerling ingeschreven is, tot verwijdering van de leerling wil overgaan, kan het dat pas doen nadat het ervoor heeft zorggedragen dat een andere school bereid is de leerling toe te laten.³⁰ Een belangrijke doelstelling van de wet is het aantal thuiszitters tot nul te reduceren,³¹ maar men beseft ook dat alleen de regel van de wet hiervoor niet voldoende is. De bestrijding van het thuiszitten zal tijd kosten.³²

We spreken van een leerling die extra ondersteuning behoeft, als het gaat om een kind dat gezien zijn eigenschappen of beperking of sociale of culturele achtergrond is aangewezen op bijzondere aandacht en begeleiding in het onderwijs, om op gelijke voet met andere kinderen in de klas te kunnen functioneren.³³ In de regel zijn dat kinderen met een lichamelijke of verstandelijke handicap in de zin van de Wgbh/cz,

²⁷ De eerste drie rechten zijn neergelegd in het tweede lid van artikel 24, het laatste in het vijfde lid van dat artikel.

²⁸ Stb. 2012, 533. Krachtens de memorie van toelichting zijn vooral twee motieven leidend geweest bij de totstandkoming van deze regeling: budgettaire beheersbaarheid en het bestrijden van de problematiek van thuiszitters. Passend onderwijs moet ervoor zorgen alle kinderen een passende plek krijgen in het onderwijs. Vgl. Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 10.

²⁹ Vgl. art. 40, vierde lid, Wpo; art. 40, vijfde lid, Wec en art. 27, lid 2c, Wvo.

³⁰ Zie art. 40, derde, vierde en elfde lid, Wpo.

³¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 10. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 7, p. 26.

³² Zie minister van Bijsterveld in: Handelingen II, 8 maart 2012, TK 61, p. 17.

³³ Zie Paul Zoontjens, Toelating en verwijdering van zorgleerlingen, a.w., p. 145/146.

maar ook hoogbegaafden kunnen hiertoe worden gerekend. De wet zondert kinderen met een taalachterstand specifiek van passend onderwijs uit, omdat voor hen aparte middelen en voorzieningen beschikbaar zijn.³⁴ Het bestuur van de school van aanmelding stelt vast of de leerling een extra ondersteuningsbehoefte heeft.³⁵ Daartoe wordt het in de regel geadviseerd door het samenwerkingsverband, dat verantwoordelijk is voor het bij elkaar brengen van deskundigheid voor de indicatiestelling van individuele leerlingen.

Samenwerkingsverbanden

Een effectief gebruik van de zorgplicht van een schoolbestuur veronderstelt een infrastructuur, waarbij vooral bruggen worden geslaan en verbanden worden gelegd tussen scholen en schoolbesturen in een regio. Het belangrijkste bestanddeel van die infrastructuur zijn de samenwerkingsverbanden passend onderwijs.

Het samenwerkingsverband passend onderwijs heeft rechtspersoonlijkheid en krijgt rechtstreeks bekostiging van de overheid. In het primair onderwijs is het een nieuw fenomeen, in die zin dat het een ruime regio bestrijkt en een omvang heeft van minimaal 20.000 leerlingen, wat ongeveer op een vertegenwoordiging van 90 à 100 basisscholen neerkomt. Rechtspersoonlijkheid van het samenwerkingsverband betekent onder meer dat de deelnemende schoolbesturen bij meerderheid beslissen. Bovendien gaat het dan om de besteding van geld dat wettelijk vanaf 2014 aan het schoolbudget is onttrokken. Deze aanvankelijk niet ten onrechte in de media als “regionale zorgautoriteit” betitelde samenwerkingsverbanden nieuwe stijl – 77 in het primair onderwijs en 75 in het voortgezet onderwijs –³⁶ zijn voorafgaand aan de invoering van passend onderwijs (per 1 november 2013) tot stand gekomen en aan het werk gegaan.

Het samenwerkingsverband, geregeld in artikel 18a Wpo en 17a Wvo, heeft als algemene hoofdtaak een dekkend stelsel te creëren en te garanderen van scholen die tegemoet kunnen komen aan de grote verscheidenheid van ondersteuningsbehoeften bij leerlingen (en hun ouders) in de regio. Leerlingen met een lichamelijke handicap, autistische leerlingen, hoogbegaafden, leerlingen met gedrags- of leerproblemen of leerlingen die om een specifiek sociale of culturele reden speciale aandacht behoeven in het onderwijs (denk aan tienermoeders of aan Roma-kinderen) moeten een passende plek kunnen vinden in het onderwijs in hun regio. Bij een grote verscheidenheid aan mogelijke ondersteuningsbehoeften past een systeem van scholen dat daaraan tegemoet kan komen door de onderlinge spreiding van expertise en specialisaties. Het hele instrumentarium is daarop afgestemd.

De school stelt volgens artikel 8, vijfde lid, Wpo eenmaal in de vier jaar een

³⁴ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 14.

³⁵ Art. 40, derde lid, Wpo en gelijklopende bepalingen in de andere wetten.

³⁶ Zie voor een overzicht: passendonderwijs.nl.

schoolondersteuningsprofiel (SOP) vast. Dat is een beschrijving van de voorzieningen die op de betreffende school zijn getroffen voor leerlingen die extra ondersteuning behoeven. De school presenteert zich met het SOP naar de buitenwereld. Zij communiceert aldus dat zij een passende plek biedt voor die leerlingen met een ondersteuningsbehoefte, die op de in het SOP beschreven voorzieningen specifiek aangewezen zijn. De algehele coördinatie van door de scholen in de regio vast te stellen SOP's geschiedt door het samenwerkingsverband. De laatste stelt ten minste een maal in de vier jaar een ondersteuningsplan vast. Daarbij kunnen door het samenwerkingsverband, zoals artikel 18a, zevende lid, Wpo zegt, beperkingen worden gesteld aan de door de school gewenste invulling van het SOP, indien dat voor het samenwerkingsverband met het oog op de beschikbare middelen en voorzieningen voor ondersteuning een onevenredige belasting zou vormen.

Het samenwerkingsverband doet intussen krachtens het zeer uitgebreide artikel 18a Wpo meer met dat ondersteuningsplan. Daarbij moet ook worden aangegeven wat qua aanbod van passend onderwijs de verantwoordelijkheid is van de afzonderlijke scholen (bijv. tienermoeders en lichtere vormen van handicap) en wat van het samenwerkingsverband (bijv. zwaardere vormen van handicap). Verder verdeelt het daarmee de financiële middelen over de scholen en stelt het de procedure en de criteria vast voor de plaatsing en terugplaatsing van leerlingen op, respectievelijk van scholen voor speciaal basisonderwijs en speciaal onderwijs. Het samenwerkingsverband kan orthopedagogisch-didactische centra inrichten en adviseert schoolbesturen bij de indicatie van leerlingen van wie wordt vermoed dat zij extra ondersteuning in het onderwijs nodig hebben.

Ouders en leerlingen

Het belangrijkste recht van ouders bij passend onderwijs is dat op plaatsing van hun kind in het onderwijs, zodat het kind niet thuis hoeft te zitten.³⁷ Tussen bevoegd gezag en ouders moet reëel en betekenisvol overleg plaatsvinden over op welke plek het kind geplaatst wordt.³⁸ De voorkeur van de ouders voor een bepaalde school is evenwel niet doorslaggevend,³⁹ zelfs niet als de nieuwe school niet de door de ouders gewenste christelijke grondslag heeft.⁴⁰

Voor de aanpak en begeleiding van de leerling die extra ondersteuning behoeft, wordt door het bevoegd gezag van de school een ontwikkelingsperspectief vastgesteld. Dat is een document, waarin wordt aangegeven in hoeverre en op welke

³⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 10. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 7, p. 26.

³⁸ Geschillencommissie Passend Onderwijs (voortaan: GPO) 18 juli 2014, nr. 106295; GPO 30 april 2015, nr. 106679; GPO 22 juli 2015, nr. 106822. Zie in het algemeen, met verwijzing naar meer uitspraken van de GPO over de onderzoeksplicht van het bevoegd gezag: Claire van Nispen en Paul Zoontjens, Passend onderwijs, een kleine twee jaar verder, NTOR 2016, nr. 1, p. 16-18.

³⁹ GPO 13 januari 2016, nr. 107048.

⁴⁰ GPO 4 januari 2016, nr. 107039.

wijze een ‘afwijkend onderwijsprogramma’ aan de leerling wordt aangeboden.⁴¹ Voor de vaststelling en de bijstelling van het ontwikkelingsperspectief moet het bevoegd gezag steeds met ouders “op overeenstemming gericht overleg” voeren, daadwerkelijke overeenstemming met de ouders is evenwel niet vereist. Niettemin ligt er thans een wetsvoorstel in de Eerste Kamer, waarin wordt vastgelegd dat over het deel van het ontwikkelingsperspectief dat de individuele begeleiding van het kind betreft, het zogenaamde handelingsdeel, overeenstemming moet worden bereikt tussen bevoegd gezag en de ouders.⁴² Het op overeenstemming gericht overleg moet zorgvuldig, zowel qua inhoud als procedure, worden gevoerd. Wanneer dat niet is gebeurd, pleegt de Geschillencommissie Passend Onderwijs (GPO) een ontwikkelingsperspectief als ongeldig te beschouwen en moet de besluitvorming worden overgedaan.⁴³

Ook bij de verwijdering van de leerling heeft het bevoegd gezag (vanzelfsprekend uiteraard) het voortouw. Hoewel de wet het bij verwijdering niet met zoveel woorden bepaalt,⁴⁴ is het vaste lijn in de jurisprudentie van de GPO dat voordat de beslissing tot verwijdering wordt genomen overleg heeft plaatsgevonden met de ouders.⁴⁵ Verder moet in het voortgezet onderwijs (op grond van artikelen 13 en 14 van het Inrichtingsbesluit WVO) ook voorafgaand overleg met de Inspectie zijn gevoerd.⁴⁶ In het algemeen moet een verwijderingsbeslissing volgens de geschillencommissie voldoen aan de eisen van zorgvuldigheid. Naast overleg met de ouders impliceert dat ook een inventarisatie van scholen met een ondersteuningsprofiel dat overeenstemt met de ondersteuningsbehoefte en het benoemen van de reistijd naar de nieuwe school.⁴⁷ De beslissing moet tevens op een deugdelijke motivering berusten. Daarvan is in het algemeen geen sprake als een ontwikkelingsperspectief ontbreekt en de school daarmee geen voldoende op onderzoek gebaseerd inzicht heeft in de ondersteuningsbehoefte van de leerling.⁴⁸ Tot verwijdering kan het bevoegd gezag niet overgaan, nadat het een andere school bereid heeft gevonden de leerling toe te laten.⁴⁹ Als er een andere ‘passende’ school bereid is gevonden, heeft het bevoegd gezag aan zijn verplichting voldaan. Ouders kunnen niet eisen dat het kind wordt verwezen naar een bepaalde, andere school van voorkeur, als zij de door het

⁴¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 3, p. 19.

⁴² Kamerstukken I 2016/17, 34 446, A.

⁴³ Van Nispen en Zoontjens, a.w., p. 19-20.

⁴⁴ Dat is anders dan bij de weigering toelating. Dan is voorafgaand overleg voorgeschreven met de ouders bij het vinden van een andere school. Zie art. 40, vierde lid, Wpo en gelijksoortige bepalingen in Wec en Wvo.

⁴⁵ GPO 18 juli 2014, nr. 106295; GPO 22 juli 2015, nr. 106822; GPO 14 december 2015, nr. 107021; GPO 18 januari 2016, nr. 107041.

⁴⁶ GPO 14 december 2015, nr. 107021.

⁴⁷ GPO 18 juli 2014, nr. 106295; GPO 30 april 2015, nr. 106679.

⁴⁸ GPO 18 juli 2014, nr. 106295; GPO 12 januari 2015, nr. 106517; GPO 7 april 2015, nr. 106642; GPO 14 oktober 2015, nr. 106941.

⁴⁹ Art. 40, vierde lid, Wpo.

bevoegd gezag gevonden bestemming afwijzen omdat het bijvoorbeeld een speciale school is.⁵⁰

3.3 Problemen met passend onderwijs in het licht van het belang van het kind

Dwingendheid Gehandicaptenverdrag

Schoonheim en Nieuwboer⁵¹ stellen dat uit artikel 24, eerste lid, van het VRPH het principe voortvloeit dat staten moeten voorzien in inclusief onderwijs voor leerlingen op alle leeftijdsniveaus zonder onderscheid naar handicap. “De doelen van een systeem van inclusief onderwijs zijn gelijk aan de doelen van onderwijs in het algemeen: het stimuleren van de volle ontwikkeling en een gevoel van waardigheid en eigenwaarde van iedereen. Ook moet respect voor mensenrechten worden bevorderd als ook het ontwikkelen van talenten om zo effectieve deelname aan de samenleving mogelijk te maken”.

Zij destilleren uit de verdragsbepaling een recht op toegang van de gehandicapte leerling tot het reguliere onderwijs, en dus een verbod tot weigering van zo'n leerling als die zich bij een reguliere school aanmeldt. Een onmiddellijk en afdwingbaar recht van gehandicapten op toegang tot het reguliere onderwijs kunnen wij in artikel 24 van het VRPH niet lezen. Het is wel zo dat het met het Verdrag in het leven geroepen toezichthoudend Comité, in haar recente uitleg van het verdrag de woorden “algemeen onderwijssysteem” gelijkstelt met “all regular learning environments”,⁵² en vindt dat artikel 24 van het Gehandicaptenverdrag niet verenigbaar is met de intandhouding van “two systems of education: mainstream and special/segregated education systems”.⁵³ Maar of dit nu betekent dat hiermee enigerlei vorm van speciaal onderwijs taboe wordt verklaard, valt wellicht te betwijfelen. Hiervoor zijn drie redenen aan te voeren.

1. Er is een feitelijke grens. Het soort van handicaps waarmee leerlingen te maken kunnen hebben, kan dermate divers, specifiek en onvoorspelbaar zijn dat het voor de staat onmogelijk is om te garanderen dat steeds zal worden afgezien van onderwijs in een speciale setting. Uiteindelijk moet hier het belang van het kind doorslaggevend zijn.⁵⁴
2. Verder geldt er op nationaal niveau een onoverbrugbare grens tussen ‘school’ en ‘zorginstelling’, die door het Verdrag als zodanig niet beïnvloed wordt, en die erop neerkomt, dat men van (reguliere) onderwijsinstellingen niet kan verlangen dat zij kinderen toelaten waarvan vaststaat dat zij de met het

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld reeds Rb. Almelo 27 augustus 2004, LJN: AQ8307.

⁵¹ Jacqueline Schoonheim en Jacky Nieuwboer, Het recht op inclusief onderwijs in de jurisprudentie, project 1School, z.p., februari 2015, p. 9 (d.d. 1 december 2016 geraadpleegd op www.in1school.nl/in1school).

⁵² Vgl. Committee on the Rights of persons with Disabilities, General Comment no. 4; Article 24: Right to inclusive education, CRPD/C/GC/4, United Nations 2 September 2016, randnr. 18, p. 7.

⁵³ Idem, randnr. 39, p. 13.

⁵⁴ Vgl. ook BVerfG 29 november 1997 – 1 BvR 9/97 (Behinderte Urteil), overweging nr. 58.

onderwijs op een school nagestreefde wettelijke doelen niet zullen halen.⁵⁵ In het speciaal onderwijs ligt dit anders: in het kader van het uitstroomprofiel dagbesteding ex artikel 14f e.v. Wec is een overwegende mate van zorg ten opzichte van onderwijs min of meer geïnstitutionaliseerd.

3. Tenslotte is er in artikel 4, tweede lid, van het Verdrag ruimte gelaten om artikel 24 te implementeren in de nationale rechtsorde. Zoals het Comité het formuleert: “Article 4.2 requires that States parties undertake measures to the maximum of their available resources regarding economic, social and cultural rights, and, where needed, within a framework of international cooperation, with a view to achieving progressively the full realisation of those rights. Progressive realization means that States parties have a specific and continuing obligation ‘to move as expeditiously and effectively as possible’ towards the full realization of article 24.”⁵⁶ Eigenlijk betekent dit dat, voor zover alle in het Verdrag genoemde rechten nog niet gerealiseerd zijn via wetgeving, het Verdrag op zichzelf onvoldoende titel geeft om deze rechten thans tegenover anderen in te roepen.

Niettemin moet hier een diepgaande discussie over gaan plaatsvinden. In paragraaf 3.4 komen we hierop terug.

Doorzettingsmacht

Begin 2016 heeft de staatssecretaris van OCW de samenwerkingsverbanden verzocht om in hun regels een vorm van doorzettingsmacht vast te leggen.⁵⁷ Deze moet er voor zorgen dat er per regio één instantie of persoon is die inzicht heeft in het aantal thuiszitters en het verminderen daarvan, en die indien nodig beslissingen kan nemen om het thuiszitten van het kind te beëindigen.⁵⁸ Doorzettingsmacht kan worden begrepen als de mogelijkheid om in te grijpen en bindende oplossingen op te leggen bij impasses of stagnaties in de besluitvormings- of werkprocessen rondom de plaatsing van leerlingen.⁵⁹ In de praktijk komt het voor dat er geen enkele school binnen of buiten een samenwerkingsverband bereid is een kind toe te laten. Dit leidt er toe dat het kind thuis komt te zitten. Via doorzettingsmacht kan voor moeilijk te plaatsen leerlingen met een specifieke ondersteuningsbehoefte een plek op een bepaalde school worden aangewezen als geen van de bij het samenwerkingsverband aangesloten scholen in staat blijkt om de betreffende leerling toe te laten.⁶⁰ Volgens de staatssecretaris kan doorzettingsmacht als ultieme mogelijkheid worden gezien indien in overleg met het samenwerkingsverband, de

⁵⁵ ABRvS 16 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA5240.

⁵⁶ Committee on the Rights of persons with Disabilities, a.w., randnr. 39, p. 13.

⁵⁷ Kamerstukken II 2015/16, 31 497, nr. 197.

⁵⁸ Brief ‘Cijfers leerplicht en aanpak thuiszitters’, Kamerstukken II 2015/16, 26 695, nr. 108.

⁵⁹ I.J. Jepma, S. Beekhoven e.a., *Richting en inrichting van Passend onderwijs in samenwerkingsverbanden*, Sardes: Utrecht 2015, p. 40.

⁶⁰ Jepma, Beekhoven e.a. 2015, p. 34.

school en de ouders geen geschikte onderwijsplek voor het kind gevonden wordt.⁶¹ Het kan worden begrepen als het ultieme middel om het belang van het kind te borgen.

Het principe van doorzettingmacht binnen het samenwerkingsverband is op dit moment niet wettelijk vastgelegd. Daar zijn redenen voor, nu de organisatorische autonomie van het Nederlandse bijzonder onderwijs weliswaar niet onaantastbaar is in het licht van artikel 23 Grondwet, maar hoog in het vaandel staat,⁶² en er zwaarwegende gronden nodig zijn om hierop wettelijke beperkingen aan te brengen.⁶³ Het belang van het kind met extra ondersteuningsbehoefte dat zonder doorzettingmacht thuis zou blijven zitten, achten wij in dit verband een voldoende zwaarwegend argument. Met het oog op dit belang werken inmiddels de meeste samenwerkingsverbanden met een vorm van doorzettingmacht.

Uit onderzoek van Sardes van begin 2015 blijkt dat ongeveer 40% van de samenwerkingsverbanden (nog) geen doorzettingmacht heeft geregeld. Een deel van de samenwerkingsverbanden gaf al aan dit te gaan regelen of hier mee bezig te zijn.⁶⁴ Maar eind 2015 blijkt er nog niet veel vooruitgang te zijn geboekt.⁶⁵

De Kinderombudsman pleit voor het wettelijk vastleggen van doorzettingmacht. Hij duidt de huidige situatie aan als 'een ernstig gebrek in het systeem'.⁶⁶ Het is waar dat de inspectie het aspect van doorzettingmacht ook meeneemt in haar toezicht op de samenwerkingsverbanden,⁶⁷ maar bij gebreke van een wettelijke verplichting gaat het naar de aard om stimulerend, niet tot een bindende sanctie leidend toezicht.

Hoe zou een vorm van wettelijke doorzettingmacht er uit kunnen zien?⁶⁸ De Kinderombudsman heeft zich hier voor het eerst over uitgelaten. Voor het laten slagen van doorzettingmacht is het van belang dat degene die ermee is belast ook het gezag heeft om een beslissing af te kunnen dwingen. Volgens zijn waarneming achten scholen en samenwerkingsverbanden zichzelf geschikt om doorzettingmacht uit te oefenen. Sommige ouders en professionals leggen deze bevoegdheid echter

⁶¹ Achtste voortgangsrapportage van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, december 2015, p. 5.

⁶² Zo schrijft de confessionele besturenorganisatie Verus op haar website: "Doorzettingmacht passend onderwijs gaat voorbij aan autonomie scholen", <http://www.verus.nl/nieuws/>.

⁶³ Onderwijsraad, Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief, adviesnr. 20120071/1003, Den Haag april 2012, p. 20. D. Mentink, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Artikel 23, wetenschappelijk commentaar Grondwet, hoofdstuk 7: vrijheid van inrichting; <http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=23##artikel23>.

⁶⁴ Jepma, Beekhoven e.a., a.w., p. 34 en 36.

⁶⁵ Achtste voortgangsrapportage, a.w., p. 5/6.

⁶⁶ Kinderombudsman, Werkt passend onderwijs? Stand van zaken een jaar na dato, 2015, p. 22 en 26.

⁶⁷ Kamerstukken II 2015/16, 31 497, nr. 177, p. 7.

⁶⁸ Een andere denkbare optie zou kunnen zijn dat de GPO onder omstandigheden een doorzettingmacht oplegt aan het samenwerkingsverband. Zie daarover P.J.J. Zoontjens, Toelating en verwijdering bij passend onderwijs. Stoeien met de wettekst, School en Wet, december 2014, p. 14-18. Het oordeel van de GPO zou dan een bindend karakter moeten krijgen, hetgeen een herbezinning van de rechtsbescherming bij passend onderwijs noodzakelijk maakt.

liever bij een onafhankelijke partij. Deze onafhankelijke partij zou ook over voldoende kennis van het onderwijs moeten beschikken.⁶⁹ De Kinderombudsman concludeert dat de persoon die de bevoegdheid tot doorzettingsmacht krijgt een onafhankelijke en deskundige '(boven)regionale functionaris' zou moeten zijn. Hij moet:

1. In staat zijn het kind op een school te plaatsen
2. Na plaatsing ook het verdere verloop in de gaten kunnen houden
3. Financiën kunnen inzetten als dit een oplossing nabij kan brengen.⁷⁰

De Kinderombudsman stelde al eerder voor de samenwerkingsverbanden zelf te laten bepalen aan welke functionaris zij die doorzettingsmacht willen toebedelen.⁷¹ Immers, de betrokken functionaris moet – om effectief te kunnen functioneren – dichtbij de scholen staan. Hij moet weten wat er speelt binnen de samenwerkingsverbanden. Op die manier zijn er korte lijnen met de schoolbesturen om te zoeken naar een geschikte oplossing. Ook vanwege de weerstand die een opgelegde beslissing op kan roepen, is het prettig dat deze functionaris dicht bij de schoolbesturen staat.⁷²

3.4 Gevolgen voor de wetgeving

Er is in ieder geval sprake van een tijdelijke situatie, welke nodig is om het VRPH te implementeren in onze rechtsorde en waarin het voortbestaan van speciaal onderwijs nog in overeenstemming zal zijn met internationale regelgeving. Maar het ligt voor de hand dat de discussie over nieuwe concepten zal moeten worden gevoerd.

Onafhankelijk van de uitkomsten van de Evaluatie Passend Onderwijs, waarvoor thans ter voorbereiding daarvan onderzoeksgroepen actief zijn, worden hier elementen voor die discussie aangedragen.

Het is de vraag of het in het licht van het Gehandicaptenverdrag verantwoord is op de huidige voet voort te gaan met het stelsel van passend onderwijs, waaraan nog steeds een scheiding tussen regulier en speciaal onderwijs ten grondslag ligt. Dit verdrag dwingt om verschillende opties te onderzoeken.

1. Er is een diepgaande discussie gewenst over de vraag of alle leerlingen die extra ondersteuning behoeven in het reguliere onderwijs opgevangen zullen kunnen worden. Van belang daarbij is wat men dan verstaat onder regulier onderwijs, en hoe dat kan worden gedefinieerd als er geen aparte sector van speciaal onderwijs meer bestaat.
2. Verder zal de verdragsnorm van algemene toegang van gehandicapten tot regulier onderwijs wellicht kunnen betekenen dat in de toekomst hun recht op onderwijs (en op plaatsing op een school) enger moet worden geïnterpreteerd, namelijk alleen voor degenen die niet substantieel of overwegend op zorg zijn

⁶⁹ Kinderombudsman 2015, p. 10.

⁷⁰ Kinderombudsman 2015, p. 26.

⁷¹ Kinderombudsman 2013, p. 27.

⁷² Van Nispen 2015.

aangewezen of die niet andere problemen met zich meebrengen om ze van de reguliere school te weren. Dit is ook onderwerp van een ingrijpende discussie, die we hier alleen willen signaleren. In feite betekent dat dan dat van het ruimhartige beleid ten aanzien van de insluiting van gehandicapten moet worden teruggekomen.

Wat betreft de doorzettingmacht, vinden wij het belangrijk dat er waarborgen in de wet worden opgenomen over de onafhankelijkheid van de met deze macht belaste functionaris, want met de essentie van zijn werk gaat hij in tegen de belangen van de afzonderlijke schoolbesturen en het samenwerkingsverband (als het geheel van de gezamenlijke schoolbesturen). Wij stellen ons voor dat wettelijk wordt vastgelegd dat er in ieder samenwerkingsverband doorzettingmacht moet zijn, die berust bij een onafhankelijke functionaris. Daarbij omlijnt de wet de kenmerken van diens onafhankelijkheid nader, zoals (wat volgt zijn mogelijke voorbeelden:) dat hij alleen bij unanimitieit door de schoolbesturen in het samenwerkingsverband kan worden benoemd en ontslagen en dat hij onderdeel uitmaakt van de organisatie van het samenwerkingsverband en alleen vanuit het oogpunt van beheer en organisatie, niet op de inhoud van het werk, door de directeur van het samenwerkingsverband kan worden aangesproken.

Hoofdstuk 4 Rechten-benadering bij instroom, doorstroom en uitstroom

4.1 Inleiding: Elementen van de rechtenbenadering

Het tweede in hoofdstuk 2 geïdentificeerde thema in verband met het leerrecht betreft dat rond toelating, verwijdering, doorstroom en uitstroom of afsluiting. We doen dit vanuit de optiek van de rechten-benadering. De rechten-benadering of 'rights-based approach' heeft zijn oorsprong in de millenniumdoelstellingen van de VN, en de rol van onderwijs in de ontwikkeling van derdewereld landen.

"The goal of a human rights-based approach to education is simple: to assure every child a quality education that respects and promotes her or his right to dignity and optimum development". Met dit statement definieerde de UNESCO in 2007 de 'rechten-benadering' bij het verwezenlijken van het recht op onderwijs.⁷³ Een aantal principes achter deze 'rights-based approach' zijn: universaliteit en onvervreemdbaarheid (een kind of ouder kan bijvoorbeeld zijn recht niet 'wegcontracteren'), er is geen hiërarchie tussen diverse mensenrechten, onderlinge afhankelijkheid van rechten (een recht op toegang tot onderwijs bijvoorbeeld, moet corresponderen met een recht om het onderwijs af te ronden met een kwalificatie of diploma), gelijke behandeling en non-discriminatie, participatie, empowerment (waaronder de mogelijkheid tot effectieve rechtsbescherming), en 'accountability'. Over het laatste wordt door UNESCO/Unicef opgemerkt: "A rights-based approach seeks to raise levels of accountability in the development process by identifying 'rights holders' and corresponding 'duty bearers' and to enhance the capacities of those duty bearers to meet their obligations".⁷⁴ Het gaat hier feitelijk om het goed regelen van de governance; het eenduidig aanwijzen van verantwoordelijkheden, van degene die de 'zorgplicht' hebben. Een 'rights-based' approach veronderstelt ook dat bepaalde rechten, vastgelegd in verdragen en andere internationale afspraken worden uitgewerkt in nationale wetgeving, en dat wordt gemonitord in hoeverre bepaalde doelstellingen ook daadwerkelijk worden verwezenlijkt. In een rechtenbenadering zijn degene die onderwijs ontvangen niet object, maar subject; zij staan centraal.

4.2 Wettelijke kaders bij toelating, verwijdering, doorstroom en kwalificatie

4.2.1 Toelating

De wetgever gaat in zowel de Wpo, Wvo als de Wec uit van het feit dat het bevoegd gezag beslist over toelating en verwijdering. Zie bijvoorbeeld artikel 40 Wpo (over toelating) en gelijklopende bepalingen in de andere sectorwetten. Een en ander hangt samen met het feit dat het bevoegd gezag (bestuur) in de doctrine en

⁷³ A Human Rights-Based Approach to EDUCATION FOR ALL, UNESCO/Unicef 2007. Zie ook eerder het begrip genoemd in de nota mensenrechtenbeleid, TK 2000-2001, 27742, nr. 2.

⁷⁴ Ibidem.

jurisprudentie wordt gezien als de drager van de onderwijsvrijheid (bijzonder onderwijs) en wordt aangemerkt als het binnen de rechtspersoon waarvan de onderwijsorganisatie uitgaat eerstverantwoordelijke orgaan (openbaar en bijzonder onderwijs).

Op grond van de heersende uitleg van artikel 23 Grondwet⁷⁵ en artikel 7, tweede lid, Awgb bezit het bevoegd gezag van een bijzondere school selectievrijheid op grond van de richting. Aan de uitoefening van dit recht worden wel strenge eisen gesteld.⁷⁶ Het openbaar onderwijs kent die vrijheid grondwettelijk niet. Daar gelden de principes van levensbeschouwelijke neutraliteit en algemene toegankelijkheid, welke in afzonderlijke wettelijke bepalingen zijn uitgewerkt. Artikel 46, derde lid, Wpo bepaalt dat openbare scholen 'voor alle kinderen zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing toegankelijk zijn.' Deze norm betekent dat leerlingen niet de toelating mag worden geweigerd op grond van godsdienst of levensbeschouwing. Wanneer er binnen een gemeente één of meer openbare scholen aanwezig zijn, bestaat er evenwel geen recht op toelating tot elk van deze scholen.⁷⁷ Op grond van de algemene toegankelijkheid en de algemene beschikbaarheid van het openbaar onderwijs zal een leerling, behoudens zwaarwegende omstandigheden, wel moeten worden toegelaten tot een openbare basisschool in de gemeente. Wanneer de grondslag van de school in het geding is kan van de achterliggende principes – vrijheid van onderwijs van de bijzondere school, neutraliteit en algemene toegankelijkheid van de openbare school – een dwingend gezag uitgaan met betrekking tot de toelating van leerlingen.

Naast de vrijheid van richting van het bijzonder onderwijs is ook de organisatievrijheid van schoolbesturen bij de selectie van leerlingen van belang. In het bijzonder onderwijs is deze gekoppeld aan de vrijheid van inrichting. In het openbaar onderwijs is zij een gevolg van de pedagogische autonomie van (= het principe van afwezigheid van staatspedagogiek met betrekking tot) de schoolorganisaties.⁷⁸ Met moet dan denken aan het te voeren capaciteits- en schoolgrenzenbeleid bij toelating, alsmede aan de mogelijkheden om te selecteren bij gedragsproblemen en bij passend onderwijs. Voor zover met name bijzondere scholen daar de ruimte voor hebben zou een onderdeel van de toelatingsprocedure ook een kledingvoorschrift kunnen zijn.

Het beleid van de school moet dan wel passen binnen wettelijke kaders,⁷⁹ zoals de Awgb. Daarnaast moeten de selectievoorschriften uitdrukkelijk voor de buitenwereld kenbaar en transparant zijn bij toelating, bijvoorbeeld door opname in de schoolgids en/of het leerlingenstatuut, en consequent worden toegepast. Bij een

⁷⁵ HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides). Deze uitleg tracht men voor een belangrijk deel van tafel te krijgen in het nog steeds aanhangige initiatiefwetsvoorstel van D66 tot het invoeren van een acceptatieplicht in het bijzonder onderwijs.

⁷⁶ Korthedshalve zij hierbij verwezen naar...

⁷⁷ Vgl. VzABRvS 29 juli 1985, AB 1986, 191 m.n. BJvdN.

⁷⁸ P. Zoontjens, Het beweeglijke recht op onderwijs, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2003, p. 27.

⁷⁹ <http://www.minocw.nl/documenten/onderwijs-download-kledingleidraad2003.pdf>

‘monopoliepositie’ is de vrijheid ook beperkt. Zo mag, als er binnen redelijke afstand van de woning geen openbare school te vinden is, de toelating tot een wel in de buurt aanwezige bijzondere school niet worden geweigerd op grond van godsdienstige gezindheid of levensbeschouwing, aldus artikel 58 Wpo en artikel 48 Wvo. Ook kan een openbare school geen schoolgrenzen- of capaciteitsbeleid voeren als er geen andere openbare school binnen redelijke afstand van de woning aanwezig is.⁸⁰

Keuze en toelating kunnen beperkt zijn doordat binnen een gemeente afspraken worden gemaakt tussen scholen over de verdeling van leerlingen om te voorkomen dat er (etnisch) gesegregeerde scholen ontstaan. Dit door toepassing van spreidingsbeleid in het kader van gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid (artikel 167a Wpo). Voor de duidelijkheid: niet de gemeente bepaalt de toelating van leerlingen (of verspreidt deze over de scholen), maar de schoolbesturen. De gemeente kan wel faciliterend optreden door bijvoorbeeld ten behoeve van de scholen een centraal aanmeldpunt in te richten.⁸¹ Daarbij is door de staatssecretaris gesteld dat artikel 40 lid 2 Wpo en gelijklopende bepaling in de Wvo over de aanmelding, waarin wordt gesproken over de verplichting van ouders om bij de vraag tot toelating aan te geven bij welke scholen zij zich aangemeld hebben, dit ook inhoudt dat er daadwerkelijk een mogelijkheid moet zijn voor ouders om hun kind ook bij meerdere scholen aan te melden. Een systematiek waarbij ouders gedwongen/beperkt zijn tot aanmelding bij één school, verhoudt zich niet met de wet. Dit laat onverlet dat zich in de praktijk een situatie kan voordoen, waarbij nagenoeg alle scholen wachtlijsten hanteren, zodat de keuzevrijheid (de inschrijving) feitelijk toch beperkt wordt tot één school.⁸²

Waar het gaat om toelating tot een school van een kind met ondersteuningsbehoefte of handicap zijn inmiddels uitgebreide regelingen in werking getreden. Weliswaar is de principiële bevoegdheid tot toelating nog steeds aan het bevoegd gezag, en behelst ‘passend onderwijs’ geen (ongeclausuleerd) toelatingsrecht, toch heeft de zorgplicht tot een passend aanbod wel nadere inkleuring gegeven aan het recht op (passende) toegang tot scholen. Het feit dat uiteindelijk toch het bevoegd gezag beslist, en het gebrek aan ‘doorzettingsmacht’ om leerlingen een passende plek te bieden is evenwel een reden van dit onderzoek.⁸³

Voor toelating tot het voortgezet onderwijs, de aansluiting vanuit het basisonderwijs, is het Inrichtingsbesluit maatgevend. Artikel 3 tweede lid van het Inrichtingsbesluit WVO stelt over de toelating tot het eerste jaar voortgezet onderwijs (uitgezonderd

⁸⁰ P. Huisman, D. Mentink, Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs, in: P. Huisman en P. Zoontjens (red.), Selectie bij toegang tot het onderwijs, a.w., p. 93-95.

⁸¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld de situatie in Nijmegen, <https://schoolwijzernijmegen.nl> en de afspraken in Utrecht, waarbij o.a. geldt dat in het vo leerlingen uit de gemeente voorrang hebben, Kamerstukken II 2012/13, 31 289, nr. 167.

⁸² Vanwege de garantiefunctie zal dat vaak een openbare school zijn.

⁸³ Zie hierover paragrafen 3.3 en 3.4.

praktijkonderwijs): “Het bevoegd gezag baseert zijn beslissing over de toelating op grond van het eerste lid op het schooladvies, [...], dat voor 1 maart wordt vastgesteld. Indien het schooladvies naar aanleiding van het resultaat van de centrale eindtoets of een andere eindtoets wordt gewijzigd, dan baseert het bevoegd gezag zijn beslissing op dat gewijzigde schooladvies.” Het schooladvies van de basisschool is dus in beginsel beslissend, maar dat neemt niet weg dat vo-scholen met het primair onderwijs afspraken kunnen maken over de totstandkoming van het advies, waarbij bijvoorbeeld ook (intelligentie)testen een rol kunnen spelen.⁸⁴ Het schooladvies zelf is in grote mate een professioneel oordeel van leraar/lerarenteam en juridisch moeilijk aanvechtbaar.⁸⁵

Als het dus gaat om keuzerecht en toelating kan de conclusie zijn dat in potentie ouders (leerlingen) keuzerecht hebben in het totale aanbod aan scholen⁸⁶ in het primair en voortgezet onderwijs, dit wordt niet bij wet beperkt, zij het dat er plicht is tot inschrijving (via de Leerplichtwet) die echter niet bij iedere school leidt tot recht op inschrijving. Hoogstens zou gesteld kunnen worden dat vanwege de garantiefunctie van het openbaar onderwijs, ten aanzien van het basisonderwijs er voldoende (minimum) levensbeschouwelijk neutraal aanbod moet zijn; er is wat dat betreft geen positieve ‘matchingsplicht’ tussen vraag (van ouders/kinderen) en aanbod. In haar uitspraak van 1 september 2004⁸⁷ overwoog de Afdeling ten aanzien van de weigering van de toelating tot een openbare Dalton- en Montessorischool daarover: “De internationale verdragen verplichten de overheid tot niets meer dan te zorgen voor voldoende openbaar onderwijs. Het recht van ouders om voor hun kind dat onderwijs te kiezen dat overeenstemt met hun eigen godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuiging, ziet, anders dan appellante betoogt, niet op de onderwijsmethode, zoals die van Dalton en Montessori.”

De selectievrijheid is door de jurisprudentie wel beperkt; bij het openbaar onderwijs gaat het met name om een capaciteitsfixus of een onvoldoende mogelijkheid tot een passend ondersteuningsaanbod, terwijl bij het bijzonder onderwijs er ten aanzien van selectiebeleid op grond van richting of inrichting daarnaast de nodige motivering, consistentie en transparantie wordt verwacht. De Awgb borgt de non-discriminatie-norm uit het internationale recht, hoewel het afdwingen daarvan in horizontale verhoudingen (ten opzichte van bijzondere scholen) wanneer het richtingsaspecten betreft, wordt afgewogen tegen de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van onderwijs.

4.2.2 Doorstroom

⁸⁴ Aanhangsel Handelingen II 2014/15, 156.

⁸⁵ Buiten de omstandigheid dat het leerlingendossier wellicht zaken bevat die daar niet in thuishoren, en krachtens de Wbp een aanspraak op verwijdering opleveren. We laten dit even rusten.

⁸⁶ De situatie van een keuze voor ‘niet-scholen’, c.q. thuisonderwijs laten we hier even buiten beschouwing.

⁸⁷ ABRvS 1 september 2004, Gst. 2005, 7226, p. 179, m.n. P.J.J. Zoontjens.

In het primair onderwijs is het toelaten tot of plaatsen van leerlingen in hogere groepen of klassen ('een klas overslaan') een bevoegdheid die is voorbehouden aan het bevoegd gezag. Dergelijke beslissingen vallen, zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs, onder de pedagogische autonomie van de beroepsgroep of het bevoegd gezag.⁸⁸ De rechter zal toetsen of de beslissing onderbouwd is, bijvoorbeeld met objectieve testen, en dat de procedure zorgvuldig is verlopen. In het voortgezet onderwijs moet, volgens artikel 12 van het Inrichtingsbesluit WVO, voorwaardelijke bevordering uitdrukkelijk op het eindrapport worden vermeld. Bovendien moet dit aan ouders schriftelijk worden medegedeeld, met vermelding van het tijdstip waarop definitief omtrent de overgang zal worden beslist en de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om te kunnen worden bevorderd. Een leerling kan ook niet voorwaardelijk worden bevorderd tot het hoogste leerjaar. Het bevoegd gezag heeft de vrijheid specifieke overgangseisen te stellen bij de bevordering naar hogere leerjaren, bijvoorbeeld bij het derde naar het vierde leerjaar bij het profiel natuur en techniek. Zo kan bijvoorbeeld voor de vakken wiskunde en natuurkunde (verplichte vakken in dat profiel) tenminste een zes en een zeven worden geëist.⁸⁹ Bij overgang of doorstroom van het ene onderwijsniveau naar het andere onderwijsniveau (bijvoorbeeld van vmbo naar havo) is het bevoegd gezag in principe vrij om eigen toelatingseisen te stellen.⁹⁰ Landelijk is er voor het voortgezet onderwijs wel een (juridisch niet-bindende) code opgesteld, waarbij bijvoorbeeld als uitgangspunt geldt dat een 6,8 geldt als maximale grens geldt voor het eindexamencijfer van vmbo'ers die toelating tot de havo wensen.⁹¹ Een andere kwestie betreft in hoeverre scholen voor voortgezet onderwijs de ruimte hebben om leerlingen te laten blijven zitten (doubleren). In de regelgeving komt de term doubleren niet voor. De school bepaalt zelf of doubleren wordt toegepast, en zo ja wat dat dan inhoudt. In het traditionele 'uniforme' systeem lag wel door de organisatie min of meer vast dat doubleren in alle gevallen betekende dat het gehele programma in een leerjaar werd overgedaan. Het bevoegd gezag mag zelf afwegingen maken, op basis van de eigen pedagogisch-didactische uitgangspunten, de specifieke kenmerken van de eigen leerlingenpopulatie, eigenschappen en behoeften van individuele leerlingen en de organisatorische wensen en mogelijkheden.⁹²

4.2.3 Kwalificatie examinering en diplomering⁹³

De waarde van kwalificatie en de objectieve en subjectieve waarde van een diploma staan buiten kijf.⁹⁴ In het primair onderwijs was het tot voor kort gebruikelijk maar niet

⁸⁸ Zie Pres.Rb. Amsterdam 19 juli 1999, AB 2000, 105 m.nt. B.P. Vermeulen.

⁸⁹ Brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer, 15 juni 2009, kenmerk vo/09/1126724.

⁹⁰ Gerechtshof Den Haag 15 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BY8268 (*overgang mbo-havo*).

⁹¹ www.vo-raad.nl/dossiers/vmbo-havo.

⁹² Zie de beleidsregel Gedifferentieerde afsluiting en doubleren in de tweede fase vwo/havo.

⁹³ Deze tekst is grotendeels afkomstig uit: P.W.A. Huisman (red.), Basisboek onderwijsrecht, Sdu: Den Haag 2014, hoofdstuk 2.

verplicht om (eind)toetsen te gebruiken. Nu wordt echter in artikel 8 lid 6 WPO geregeld dat scholen een leerling- en onderwijsvolgsysteem moeten gebruiken waaruit de vorderingen in de kennis en vaardigheden blijken op het niveau van de leerling, de groep en de school. Het leerling- en onderwijsvolgsysteem bevat toetsen die kennis en vaardigheden van de leerling meten op de emotionele en de verstandelijke ontwikkeling, en op het ontwikkelen van creativiteit, op het verwerven van noodzakelijke kennis en van sociale, culturele en lichamelijke vaardigheden. Artikel 9b Wpo introduceert de centrale eindtoets in het primair onderwijs. De centrale eindtoets meet kennis en vaardigheden van de leerling op het terrein van Nederlandse taal en rekenen en wiskunde. Het bevoegd gezag kan bij een leerling tevens de toets voor de kennisgebieden in aardrijkskunde, geschiedenis en natuur afnemen.

Het Toetsbesluit PO⁹⁵ werkt deze verplichting uit. Daarin is onder meer opgenomen dat het bevoegd gezag bij de leerlingen in het achtste schooljaar een centrale eindtoets of andere eindtoets afneemt. Een Cito-toets is niet verplicht: het bevoegd gezag besluit welke eindtoets aan de school wordt afgenomen. Het leerlingrapport maakt deel uit van het onderwijskundig rapport (zie artikel 42 lid 1 Wpo). Dit artikel bepaalt dat de directeur over iedere leerling die de school verlaat, na overleg met het onderwijzend personeel, ten behoeve van de ontvangende school (een andere basisschool of vo-school) een rapport opstelt. Afschrift van dit rapport wordt aan de ouders van de leerling verstrekt. Bij AMvB worden nadere voorschriften omtrent dit rapport gegeven. De huidige regelgeving in de Wvo bepaalt dat het schooladvies beslissend is voor toelating tot het voortgezet onderwijs (zie artikel 27 lid 1c Wvo). In het voortgezet onderwijs wordt de schoolloopbaan afgesloten met het eindexamen en ontvangen leerlingen een getuigschrift (diploma): zie artikel 29 lid 1 Wvo.⁹⁶ Artikel 29 lid 3 Wvo stelt dat leerlingen die het eindexamen met goed gevolg hebben afgelegd, een diploma krijgen. Een AMvB, het Eindexamenbesluit VO, werkt een en ander nader uit: wat het eindexamen (per onderwijssoort) moet bevatten, regels omtrent afname, beoordeling, de uitslag, herkansing en diplomering. Het eindexamen kan voor ieder vak bestaan uit een schoolexamen, uit een centraal examen dan wel uit beide (artikel 4 lid 1 Eindexamenbesluit). Het schoolexamen vwo en havo omvat mede een profielwerkstuk. Het profielwerkstuk is een werkstuk, een presentatie daaronder begrepen, “waarin op geïntegreerde wijze kennis, inzicht en vaardigheden aan de orde komen die van betekenis zijn in het desbetreffende profiel” (lid 3). Aan het getuigschrift of diploma is zogenaamd ‘civiel effect’ verbonden; het geeft een doorstroomrecht op vervolgopleidingen in het middelbaar beroepsonderwijs of hoger onderwijs.

Binnen deze randvoorwaarden kan het bevoegd gezag dus eigen keuzen maken (de leerling een bepaald vak over laten doen en voor het overige bevorderen, of in het

⁹⁴ Zie recent: P. Zoontjens, De betekenis en borging van diploma's, NTOR 2015, nr. 3, p. 11-43.

⁹⁵ Stb. 2014, 209.

⁹⁶ Een uitzondering hierop vormt het Praktijkonderwijs, zie art. 29a Wvo.

geheel niet bevorderen). Dit geldt ook voor het laatste leerjaar, dus voor leerlingen die voor het eindexamen zijn afgewezen en het laatste leerjaar overdoen. Het bevoegd gezag bepaalt dus wat ten aanzien van het schoolexamen het gevolg is van het overdoen van het laatste leerjaar.

Er zijn in de praktijk soms vragen rond de toelating tot het eindexamen. Veel scholen kennen de regel in het programma van toetsing en afsluiting (PTA) waarin de streefdata zijn vermeld waarop de handelingsdelen per vak afgesloten behoren te zijn. Deze data liggen bijvoorbeeld uiterlijk één maand voor het begin van het centraal examen. Kandidaten die in het eindexamenjaar voor een bepaalde datum en tijd hun handelingsdeel niet naar behoren hebben afgesloten, worden volgens die regel niet toegelaten tot het centrale examen. De rechter heeft in een zaak echter geoordeeld dat een dergelijke regel niet verenigbaar is met de systematiek van het Eindexamenbesluit.⁹⁷ Artikel 5 van genoemd besluit kent een limitatief aantal gevallen waarin uitsluiting van het eindexamen mogelijk is (namelijk wanneer sprake is van onregelmatigheden zoals fraude). Daarbuiten kunnen vele wegen naar Rome, lees het eindexamen, leiden. Niet-toelating tot het eindexamen is dus gebonden aan de wettelijke grondslagen. In antwoord op Kamervragen is dit nogmaals bevestigd, weigering van toelating tot het CE is slechts in beperkte gevallen mogelijk⁹⁸. Contracten die leerlingen feitelijk bij niet-nakoming van bepaalde inspanningen verbieden deel te nemen aan het CE zijn niet rechtsgeldig.⁹⁹ Dit past binnen de 'rechtenbenadering' van leerrecht, die zoals in de inleiding is gesteld, immers veronderstelt dat rechten niet bij contract kunnen worden ontnomen.

4.2.4 Verwijdering

Waar we tot nu toe sprake over positieve verplichtingen of aanspraken ten opzichte van het bevoegd gezag, is de rechtenbenadering ook van belang bij de situatie wanneer de leerling verwijderd wordt of moet worden. Verwijdering is in het kader leerrechten of recht op onderwijs het meest ingrijpende besluit dat een school ten opzichte van een leerling kan nemen: het recht op onderwijs wordt in die situatie immers ontnomen of ontzegd. Een strikt vereiste is dan ook dat de school slechts tot verwijdering van een leerling kan overgaan, indien een alternatieve school is gevonden (die verplichting geldt zowel in het primair als het voortgezet onderwijs, zie artikel 40 lid 11 Wpo en artikel 27 lid 1 Wvo).

Verwijdering kan als 'ultimum remedium' worden gezien; wanneer de leerling door zijn wangedrag een zodanige ernstige bedreiging vormt voor de orde, rust en veiligheid op school dat handhaving van de leerling in redelijkheid niet meer aan de orde is, en er belemmerend effect is op de voortgang van de onderwijsactiviteiten op school.¹⁰⁰ Zowel de wetgeving als de jurisprudentie veronderstelt een zorgvuldige

⁹⁷ Vz. Rb. 's-Hertogenbosch 19 mei 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD2317.

⁹⁸ Zie Aanhangsel Handelingen II 2015/16, nr. 1733.

⁹⁹ Zie Kamerstukken II 2016/17, 31 289, nr. 339.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 18 maart 2004 (vz.), School en Wet/JO 2004, nr. 6, p. 356-358. .

procedure en uitvoering van bevoegdheden met inachtneming van de beginselen zoals evenredigheid en proportionaliteit.¹⁰¹ De rechtspraak is ook duidelijk dat een situatie waarbij de leerling toegang tot lessen of onderwijs wordt ontzegd, los van het feit dat wellicht gesproken kan worden van een overeenkomst tussen leerling/ouder en de instelling, wordt gezien als ontzegging van het recht op onderwijs (schorsing volgens de onderwijswet).¹⁰²

De verwijdering wegens wangedrag moet onderscheiden worden van de verwijdering door uitschrijving wegens leer- of voortgangsproblemen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om een leerling die blijft zitten, terwijl de school daar in haar beleid restricties aan stelt (doubleerverbod, zie hierboven), of in de situatie van leerlingen met een ondersteuningsbehoefte. In deze laatste situatie heeft het bevoegd gezag ook zorgplicht voor een ander passend aanbod. Het verplaatsen van een leerling van de school naar een 'bovenschoolse voorziening' om daar de leerling vanwege gerezen problemen te begeleiden, wordt ook gezien als verwijdering.¹⁰³

In enkele gevallen heeft de wetgever een 'verwijderingsverbod' in de regelgeving opgenomen; artikel 14 lid 1 Inrichtingsbesluit WVO bepaalt dat een leerling op grond van onvoldoende vorderingen niet in de loop van een schooljaar mag worden verwijderd. Dit is echter de uitzondering die de regel bevestigt dat, evenals toelating, de verwijderingsbevoegdheid ten principale een bevoegdheid is van het bevoegd gezag.

De zorgplicht van het bevoegd gezag voor de leerling ten aanzien van het verzorgen van onderwijs van voldoende niveau blijft bestaan, zolang de leerling staat ingeschreven bij de betreffende school, ook als de leerling is geschorst (en thuis zit) in afwachting van definitieve verwijdering.¹⁰⁴

Bij de beoordeling van een verwijderingsbeslissing van het bevoegd gezag slaat de rechter niet alleen acht op het gedrag van de leerling in kwestie, maar ook op de voorzieningen die door het bevoegd gezag in het kader van de verwijdering voor de leerling worden getroffen, zoals de mogelijkheid van toelating tot een school waar de leerling beter op zijn plaats zal zijn, en het bieden van hulp bij het vervoer van de leerling naar een school die de leerling wil accepteren, wanneer deze school verder van de woning van de leerling is gelegen. Daarin wordt overigens een ruime mate reisbereidheid aangenomen. In het voortgezet onderwijs acht de rechter bijvoorbeeld een uur reistijd naar de nieuwe school niet onoverkomelijk.¹⁰⁵

4.3 Knelpunten in het licht van leerrecht en rechtenbenadering

¹⁰¹ Kortheidshalve wordt voor een overzicht verwezen naar P.W.A. Huisman (red), Basisboek onderwijsrecht, Den Haag: SDU 2014.

¹⁰² Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 januari 2016 ECLI:NL:GHARL:2016:502, waarin het bevoegd gezag op grond van de overeenkomst overging tot het 'opschorten van de overeenkomst' en vervolgens de leerling de toegang tot het onderwijs ontzegde. Het Hof schaarde dit toch onder de schorsingsbepalingen van het Inrichtingsbesluit.

¹⁰³ Rb. Limburg, 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9166

¹⁰⁴ Vz. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604.

¹⁰⁵ Vz. Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS2614.

In hoofdstuk 2 hebben we het begrip leerrecht, als nadere inkleuring van het recht op onderwijs, ook geduid als een recht op verwezenlijking van een recht waarin het onderwijsproces zelf centraal komt te staan. Wanneer we bijvoorbeeld art. 29 lid 1 van het VRK in ogenschouw nemen is er een grotere ambitie dan alleen een (kosteloos) toegankelijk aanbod; het onderwijs moet gericht zijn op “de zo volledig mogelijke ontplooiing van de persoonlijkheid, talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens van het kind”. In het licht van de ‘volledige ontplooiing’ is het van belang dat leerlingen het onderwijs met zo weinig mogelijk drempels kunnen doorstromen, en een kwalificatie kunnen halen, waarmee ze een vervolgopleiding kunnen volgen. Wanneer het gaat om toelating, doorstroom, en kwalificatie staat in de huidige wetgeving het recht en de vrijheid van het bevoegd gezag voorop. Het recht van de ontvanger is een afgeleid recht, voortvloeiend uit de beperkingen van de vrijheden van het bevoegd gezag, bij wet (zoals Awgb of Inrichtingsbesluit), jurisprudentie of nadere interpretatie van de overheid of toezichthoudende instanties zoals de Inspectie. Zo is er geen rechtstreeks en afdwingbaar recht op toelating of inschrijving (maar juist een verplichting, af te dwingen met strafrechtelijke sancties, tot inschrijving). ‘Doorstroomrechten’ of ‘overstaprechten’ vormen evenmin een onderdeel van het wettelijk stelsel; het is in grote mate het domein van de beleidsvrijheid van het bevoegd gezag.

Welke elementen in de huidige wetgeving zijn nu meer problematisch? Wanneer het gaat om het verwezenlijken van rechten op onderwijs, is de eerste de fase die van de keuze voor een bepaalde school. Storimans geeft aan dat feitelijk niet de keuze van de ouder of het kind centraal staat in het systeem, maar de plicht van de ouder tot inschrijving (vanuit de Leerplichtwet) van het kind en het recht op selectie door het bevoegd gezag. “ Het eigenaardige karakter van deze [inschrijf]plicht ligt hierin dat de ouder niet zelf kan [bewerkstelligen] dat hij aan zijn verplichting voldoet en geen strafbaar feit begaat. Hij kan immers niet zelf de jongere op een school inschrijven. Wat hij kan doen is voor de jongere toelating tot een school vragen. Dat moet dan bovendien nog een onderwijsvoorziening zijn die inderdaad een school of instelling in de zin van de leerplichtwet is en ook dat kan de ouder niet altijd zelf vaststellen. Vervolgens moet de ouder afwachten of zijn toelatingsverzoek wordt gehonoreerd en of een positieve beslissing omtrent toelating ook daadwerkelijk leidt tot inschrijving van de jongere als leerling van een school in de zin van de leerplichtwet”, aldus Storimans.¹⁰⁶ In die zin correspondeert de plicht tot inschrijving, niet met een rechtstreeks aan de wet te herleiden recht op inschrijving of toelating. Geconstateerd kan worden dat als gaat om instroom (toelating), doorstroom, of (advisering¹⁰⁷) bij aansluiting het individuele recht van de leerling (of

¹⁰⁶ Th. Storimans, In- en uitschrijving en leerplicht, in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, Selectie bij toegang tot het onderwijs, Kluwer: Deventer 2009, p. 49-86.

¹⁰⁷ Afspraken over bijvoorbeeld enkelvoudige schooladviezen bij overgang naar het vo zijn b.v. toegelaten, Aangangsel Handelingen II 2014/15 2292.

vertegenwoordigd door de ouders) in verregaande mate feitelijk onbenoemd is, althans in grote mate valt onder de beleidsvrijheid van het bevoegd gezag. Slechts enkele algemene, procedurele eisen van consistentie en transparantie bij de besluitvorming vormen hier een bodemnorm, maar als we uitgaan van een 'rechtenbenadering' kan dit nauwelijks als een coherente systematiek worden gezien, waarin vanuit het perspectief van de leerling duidelijk is welke rechten hij/zij heeft. Een VMBO-diploma of HAVO-diploma is niet 'omnivalent'; zo zijn bij de overgang VMBO-HAVO slechts sectorale (niet-wettelijke) landelijke afspraken van toepassing. Het recht op onderwijs houdt niet alleen een recht in om toegang tot een bepaalde vorm van onderwijs te krijgen, maar ook het recht om die opleiding, binnen een redelijke termijn, af te ronden met een officiële kwalificatie.¹⁰⁸ Voor zover dit de toelating tot het Centraal Examen betreft, is dit zowel in de rechtspraak, als in de uitleg van de regering van het Eindexamenbesluit VO, redelijk sterk neergezet ten gunste van de leerling, maar een duidelijke zorgplicht bevat het besluit als zodanig niet.

Verwijdering is door de wet ingekaderd via de 'zorgplicht voor een ander aanbod'. Toch zou in het licht van leerrecht als kwalificatierecht deze plicht nog verder uitgewerkt kunnen worden in de zin van een 'warm' overdrachtsrecht. De jurisprudentie biedt thans al aanknopingspunten voor de elementen van zo een recht.

4.4 Oplossingen voor wetgeving

Geconstateerd kan worden dat, lopende ons onderzoek, op het punt van bijvoorbeeld doorstromingsrecht er sprake is van een dynamische discussie. Door een aantal fracties wordt nu het doorstroomrecht tussen VMBO en HAVO bepleit.¹⁰⁹ Over het feit dát er een nadere regeling getroffen zou moeten worden, lijkt overeenstemming te bestaan. Er is echter nog wel een verschil van inzicht of de overgang tussen betreffende sectoren geheel drempelloos, of toch – gelet op mogelijke uitval in de HAVO – een zekere minimumnorm zou moeten worden gesteld.¹¹⁰ Volgens ons zijn beide benaderingen goed te verdedigen vanuit het leerrecht en 'rechtenbenadering'; de ene benadering gaat meer uit van de 'accessability' (toegankelijkheid), terwijl de andere benadering ook beziet dat een leerling een schoolloopbaan binnen een gegeven tijd, zonder vertraging, zou moeten kunnen afronden. Dan zouden flankerende maatregelen nodig kunnen zijn op het vlak van 'adaptability' (aanpassingsvermogen).

¹⁰⁸ Vgl. Rb.'s-Gravenhage, 2 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4736. De Rb stelde dat wil het recht op onderwijs "effective" zijn als vereist door artikel 2 EP, dit meebrengt "dat de personen die onderwijs volgen een officiële erkenning kunnen krijgen van het feit dat zij hun opleiding hebben voltooid. In het Nederlandse onderwijs moet een diploma als een officiële erkenning worden aangemerkt".

¹⁰⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34 550 VIII, nr. 26 (motie Vermue cs).

¹¹⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34 550 VIII, nr. 16, p. 15.

Een verdergaande stap zou zijn uit te gaan van een algemeen toelatingsrecht tot opleidingen, zoals recentelijk geregeld is voor het MBO.¹¹¹ Er is dan geen beleidsvrijheid voor het bevoegd gezag, tenzij er een wettelijke grondslag is voor selectie. Dit is het geval wanneer door de beperkte opleidingscapaciteit of arbeidsmarktperspectief, niet alle aangemelde studenten kunnen worden toegelaten. De andere situatie betreft opleidingen waarvoor de aard van het beroep of de inrichting van het onderwijs specifieke eisen worden gesteld aan student, maar ook in genoemde situaties moet de student een ander aanbod krijgen. In dat opzicht staat in dit voorstel het leerrecht op het punt van toegankelijkheid tot het onderwijs voor de student veel centraler dan in het huidige po of vo.

Tevens zou in dit kader bezien moeten worden of – naast een ‘meervoudig aanmeldrecht’ – er ook niet een inschrijfrecht zou moeten worden geregeld, gekoppeld aan het gegeven dat (zoals Storimans heeft aangeduid) de Leerplichtwet de inschrijf- en schoolbezoekplicht omschrijft.

Het punt van het toelatingsrecht versus het recht op selectie is reeds lang onderwerp van politieke en maatschappelijke discussie. In 2005 is een initiatiefwetsvoorstel¹¹² ingediend, gericht op een ‘algemeen toelatingsrecht’; het uitgangspunt is dat elke school algemeen toegankelijk is, tenzij een toelatingsbeleid wordt gevoerd dat aan duidelijke en stringente rechtmatigheidsvoorwaarden voldoet. Voor een gedeelte worden in het voorstel de eisen die voortvloeien uit de jurisprudentie gecodificeerd, zoals de algemene voorwaarde dat het toelatingsbeleid vooraf op voor ouders kenbare wijze is gepubliceerd in de schoolgids. Het principiële punt draait met name om de eis dat leerlingen alleen op denominatieve gronden de toelating of de deelname aan het onderwijs kan worden geweigerd, wanneer de ouders aangeven de grondslag niet te zullen respecteren. De politiek-maatschappelijke en grondwettelijke discussie laten we voor dit moment even voor wat die is.¹¹³ We bezien hier het toelatingsvraagstuk vanuit het leerrecht; in deze optiek zou het recht op toelating voor kinderen zo ruim mogelijk, en het recht op selectie zo beperkt mogelijk moeten zijn.¹¹⁴

Betekent het nu dat de huidige wetgeving in het po en vo op het punt toegankelijkheid, doorstroom en kwalificatie flagrant strijdig is met internationale bepalingen? Dit kan ook weer niet gezegd worden, omdat immers de verdragen ruimte laten voor nationale interpretatie en invulling. Veel elementen in de ‘rights based approach’ vinden vaste voet in de Nederlandse onderwijswetgeving,

¹¹¹ Kamerstukken II 2015/16, 34 457. Stb. 2016, 362.

¹¹² Kamerstukken II, 2005/06, 30 417 van fracties PvdA, D66, Groen Links en SP.

¹¹³ De Onderwijsraad is geen voorstander van de mogelijkheid om de selectie van leerlingen op scholen buiten de grond van religieuze en levensbeschouwelijke grondslag toe te staan. Een louter pedagogisch ingevulde grondslag rechtvaardigt volgens de raad geen selectie van leerlingen, Onderwijsraad, Artikel 23 in maatschappelijk perspectief, Den Haag Onderwijsraad 2012.

¹¹⁴ Een vraag is bijvoorbeeld of het selecteren op grond van capaciteitsoverwegingen ook om andere redenen zou moeten kunnen plaatsvinden dan aantoonbaar ruimtegebrek. Thans lijkt er ruimte om ook capaciteitsbeleid op grond van pedagogische argumenten te voeren (school moet klein/exclusief blijven).

bijvoorbeeld het non-discriminatieprincipe via de Awgb, het recht op participatie (bijvoorbeeld door medezeggenschap), en de erkenning van onvervreemdbaarheid van rechten in de jurisprudentie en de overheid (het verbod op contractuele beperking van wettelijke rechten).¹¹⁵ Ook ten aanzien van de mogelijkheid tot rechtsbescherming zijn ons inziens voldoende, in ieder geval aan de internationale standaard gemeten, mogelijkheden.¹¹⁶

Wanneer we echter uitgaan van de invulling en reikwijdte van leerrechten voortvloeiend uit de verdragen, is er wel een grote en fundamentele discrepantie in uitgangspunten; niet de ‘leerrechtvrager’, maar de ‘aanbieder’ staat centraal in de huidige onderwijswetgeving, wat in het licht van de systematiek van onderwijswetgeving als bekostigingswetgeving niet vreemd is. Toch is binnen zo’n stelsel ook een andere, meer ‘rights based’ benadering mogelijk; de recente voorstellen met betrekking tot het toelatingsrecht in het mbo, en de duiding van een meervoudig aanmeldingsrecht voor ouders in het po, bewijzen dit.

Wanneer we kijken naar andere sectoren, zoals de gezondheidszorg, zien we dat individuele rechten al langer centraal staan in het wettelijk stelsel. Bij uitstek komt dit bijvoorbeeld naar voren in de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (Wgbo, onderdeel boek 7 BW) en het (ingetrokken) wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (WCZ). In dit wetsvoorstel was de cliënt centraal gesteld, en niet de zorgaanbieder. Volgens de MvT was deze wet noodzakelijk “[zo]dat de cliënt beschikt over een duidelijke en stevige rechtspositie en over adequate middelen om zonedig voor het naleven daarvan effectief op te komen”¹¹⁷, elementen die overeenkomen met de hierboven beschreven ‘rechtenbenadering’. De wet beoogde een aantal regelingen waarin cliëntenrechten waren opgenomen te centraliseren en een wettelijke definitie van ‘goede’ zorg¹¹⁸ waarop de aanbieder kon worden aangesproken, maar de kritiek was zodanig dat in 2013 door het kabinet is besloten het voorstel in te trekken.

In het onderwijs, althans in de internationale verdragen staat ook het recht van het kind en de ouder centraal en is het recht op toegang bijvoorbeeld stevig verankerd in het recht, zie de aangehaalde bepalingen in het EVRM (“Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd”) en het VRK waarbij nog nauwkeuriger is gesteld dat lidstaten het primair onderwijs verplicht moeten stellen en voor iedereen gratis

¹¹⁵ Dit in tegenstelling overigens tot onderwijsgevers, zij kunnen bijvoorbeeld wel via contractuele bepalingen of concurrentiebedingen gebonden zijn.

¹¹⁶ Wat niet wegneemt dat de wirwar aan rechtsbeschermingsmogelijkheden door verschillende rechters en geschillencommissies in het onderwijs voor verbetering en meer eenduidigheid vatbaar is, zie J. de Boer en P.J.J. Zoontjens, Naar duidelijkere rechtsbescherming in het duale bestel, NTOR 2016, nr. 3, p. 161-189.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 2.

¹¹⁸ Art. 5 lid 1: “De cliënt heeft jegens de zorgaanbieder recht op goede zorg, waaronder wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en cliëntgericht is, tijdig wordt verleend, is afgestemd op de reële behoefte van de cliënt en waarbij de personen die de zorg verlenen, met gebruikmaking van de geschikte hulpzaken, handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard”.

beschikbaar. In het verdragsrecht wordt het uitgangspunt van vrije toegang als een vanzelfsprekendheid vooropgesteld. Elk individu heeft volgens dat uitgangspunt het recht om zo onbelemmerd mogelijk het onderwijs te genieten dat bij hem of haar past. Maar dat is slechts een abstract beginsel. Een belangrijke beperking op dat recht vloeit voort uit het feitelijk voorhanden zijnde scholenstelsel. Recht op toegang tot onderwijs is niet hetzelfde als het recht op toelating tot willekeurig elke school naar keuze. De (besturen van) scholen hebben tot op zekere hoogte, en juist ook ten faveure van het recht op onderwijs, eigen belangen die niet altijd kunnen worden “gematched” met die van ouders en leerlingen. Daar ligt dan ook een belangrijke bron voor veel actuele problemen van juridische aard en de verwezenlijking van het leerrecht.

In het omzetten van fundamentele principes rond het leerrecht zijn verschillende modaliteiten mogelijk, die we in het laatste hoofdstuk in grote lijnen zullen beschrijven.

Hoofdstuk 5 Leerrechten en maatwerk

5.1 Inleiding

Aan het einde van hoofdstuk 2 hebben we tenslotte als een van de betekenissen van ‘leerrecht’ geformuleerd: een op de diversiteit van de leerlingenpopulatie gerichte benadering bij de vormgeving van bepalingen. Dat is een andere aanduiding voor ‘maatwerk’, een term die thans volop in zwang is in de beleidsretoriek. We hebben op dit vlak de volgende onderwerpen onderscheiden om nader op in te gaan: het curriculum, passend onderwijs, en de aan de diplomaverlening ten grondslag liggende kwalificatie-eisen. Dat behandelen we hier als één complex, waarbij we voor de beschrijving van de wettelijke regeling inzake passend onderwijs verwijzen naar hoofdstuk 3. We moeten constateren dat er op het terrein van maatwerk in het recente verleden al een en ander gebeurd is, zowel op het terrein van het curriculum,¹¹⁹ als (naar de aard) het passend onderwijs.¹²⁰ En wat betreft maatwerk van de aan het diploma ten grondslag liggende eisen, zijn door de staatssecretaris van OCW concrete beleidsvoornemens geformuleerd.¹²¹ Deze ontwikkelingen beschouwen wij als gegeven. Nu passend onderwijs, al in hoofdstuk 3 uitgebreid aan bod is geweest, zullen wij ons in het onderstaande vooral concentreren op het curriculum en de daarmee verbonden diploma-eisen. De onderliggende vraag bij de hier volgende beschrijving is steeds in hoeverre de in regelgeving verankerde normen zich verhouden tot de in deze moderne tijd aanwezige diversiteit van leerbehoeften en leermogelijkheden van leerlingen. Ter uitwerking van deze vraag wordt telkens nagegaan hoe achtereenvolgens de wettelijke regeling eruit ziet (5.2.2 en 5.2.3), hoe zij zich verhoudt tot het gegeven van diversiteit van de leerlingenpopulatie (5.3) en wat eventueel daaraan verbeterd zou kunnen worden (5.4).

5.2 Curriculum en diploma-eisen

5.2.1 Algemeen

¹¹⁹ Zie bijv. art. 14, achtste lid, Wvo: “Het bevoegd gezag kan de (havo-)leerling in de gelegenheid stellen, in plaats van de vakken, genoemd in of aangewezen op grond van het eerste tot en met zesde lid, de overeenkomstige vakken van artikel 13 (Vwo) te volgen.”

¹²⁰ Art. 40, vierde lid, Wpo: “Indien de toelating van een leerling die extra ondersteuning behoeft, wordt geweigerd, vindt de weigering niet plaats dan nadat het bevoegd gezag er, na overleg met de ouders en met inachtneming van de ondersteuningsbehoefte van de leerling en de schoolondersteuningsprofielen van de betrokken scholen, voor heeft zorg gedragen dat een andere school bereid is de leerling toe te laten. Onder andere school kan ook worden verstaan een school voor speciaal onderwijs, een school voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs of een instelling voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs.”

¹²¹ Brief van 27 februari 2016, Kamerstukken II 2015/16, 31 289, nr. 285, p. 2: “Wanneer leerlingen extra inspanningen verrichten in het voortgezet onderwijs is het wenselijk dat dit zichtbaar is en beloond wordt in het vervolgonderwijs. Daarom komt er een diploma waarop staat dat een leerling een of meerdere vakken op een hoger niveau heeft gevolgd.”

Bij curriculum is van belang welke onderdelen daarvan wettelijk voorgeschreven zijn, en eventueel op welke wijze en in welke fase van de schoolloopbaan de verschillende onderdelen moeten worden ten uitvoer gebracht. Dat zijn ons inziens met betrekking tot dit onderwerp de belangrijkste elementen die hier bespreking behoeven. Achtereenvolgens gaan we in op het curriculum in het basisonderwijs en het voortgezet onderwijs (4.2.2 en 4.2.3). Wij richten ons op de reguliere situatie, onderwijs aan zieke kinderen laten wij bijvoorbeeld buiten beschouwing.

5.2.2 Basisonderwijs

Inhoud

Artikel 9 van de Wpo bepaalt dat het basisonderwijs verplicht omvat: a. zintuiglijke en lichamelijke oefening; b. Nederlandse taal; c. rekenen en wiskunde; d. Engelse taal; e. enkele kennisgebieden; f. expressie-activiteiten; g. bevordering van sociale redzaamheid, waaronder gedrag in het verkeer en h. bevordering van gezond gedrag. De invulling van de expressie-activiteiten is per school vrij, de kerndoelen zijn niet zodanig normerend dat zij voorschrijven welke activiteiten moeten plaatsvinden. Bij de kennisgebieden geldt als uitgangspunt invullingsvrijheid per school, maar die is wel aan belangrijke beperkingen gebonden. Immers, volgens de wet moet het daarbij in ieder geval gaan om a. aardrijkskunde; b. geschiedenis; c. de natuur, waaronder biologie; d. maatschappelijke verhoudingen, waaronder staatsinrichting en e. geestelijke stromingen. Verder mag een school ervoor kiezen om onderwijs te geven in de Franse en Duitse taal. Op scholen in Friesland is tenslotte onderwijs in de Friese taal verplicht.

Naast de vakkenlijst van artikel 9 Wpo zijn er inhoudelijke eisen opgenomen in artikel 8 Wpo. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat er in het algemeen in het onderwijs aandacht moet worden besteed aan het bevorderen van actief burgerschap en sociale integratie en dat de leerlingen opgroeien in een pluriforme samenleving en kennis hebben van en kennismaken met verschillende achtergronden en culturen van leeftijdgenoten. Dit geheel van eisen wordt wel samengevat in de taak van burgerschapsvorming in het onderwijs.

Ten aanzien van de vakken, expressie-activiteiten en in de wet genoemde kennisgebieden gelden kerndoelen, inhoudende een beschrijving van aan het eind van het basisonderwijs te bereiken kwaliteiten van leerlingen op het gebied van kennis, inzicht en vaardigheden (art. 9, negende lid, Wpo). Deze zijn zodanig ruim geformuleerd dat zij enkel de doelen omschrijven van het onderwijs. Zij raken niet aan de didactiek.¹²²

In de loop der tijd is er door de wetgever een feitelijke rangorde binnen de vakken aangebracht, door het belang van rekenen en taal centraal te stellen. Dat is gebeurd bij de invoering van de combinatie van artikel 9b Wpo,¹²³ waarbij een centrale

¹²² Nota van Toelichting bij Besluit vernieuwde kerndoelen, Stb. 2005, 551, p. 12.

¹²³ Stb. 2014, 13.

eindtoets voor taal en rekenen in het basisonderwijs wordt voorgeschreven, en artikel 10a Wpo,¹²⁴ dat de grondslag vormt voor stopzetting van de bekostiging in het geval de basisschool ernstig of langdurig tekortschiet in de leerresultaten voor rekenen en taal. Ook heeft de wetgever in artikel 9, elfde lid, Wpo eisen gesteld aan exclusief het inhoudelijke niveau van rekenen en taal.¹²⁵ Een ander aspect is dat de wetgever gaandeweg meer richting heeft verschaft aan sommige van de kennisgebieden, door in de kerndoelen voor te schrijven met betrekking tot geestelijke stromingen dat leerlingen moet worden geleerd respectvol om te gaan met seksualiteit en met diversiteit binnen de samenleving, waaronder seksuele diversiteit.¹²⁶

Inrichting en indeling

Hoewel de wet er krachtens de opzet van de curriculumbepalingen van uit lijkt te gaan dat de pedagogisch-didactische autonomie van scholen en leraren op die scholen dient te worden gerespecteerd, bevat artikel 8 niettemin een aantal algemene eisen over de inrichting van het onderwijs. Het onderwijs:

1. Moet worden afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van de leerlingen.
2. Richt zich in elk geval op de emotionele, verstandelijke en creatieve ontwikkeling, op het verwerven van noodzakelijke kennis en op het verwerven van sociale, culturele en lichamelijke vaardigheden.
3. Is ten aanzien van leerlingen die extra ondersteuning behoeven gericht op individuele begeleiding die is afgestemd op de behoeften van de leerling.
4. Wordt zodanig ingericht dat er aandacht wordt besteed aan het bestrijden van achterstanden in het bijzonder in de beheersing van de Nederlandse taal.

Artikel 9, lid 13 en 13a, Wpo voegt daaraan toe dat het onderwijs

5. Moet worden gegeven in het Nederlands, slechts een beperkt deel daarvan kan geschieden in het Engels, Duits of Frans als instructietaal.

Verder zijn er met betrekking tot de inhoudelijke onderwijstaak opdrachten aan de scholen geformuleerd in art. 8 Wpo. Zij moeten:

1. Toetsen gebruiken die door een bevoegde instantie gewaarmerkt zijn.
2. Een leerling- en onderwijsvolgsysteem gebruiken waaruit de vorderingen in de kennis en vaardigheden blijken op het niveau van de leerling, de groep en de school.

Krachtens de kerndoelen wordt de hele periode van het basisonderwijs als één geheel gezien, er is geen onderverdeling naar tussentijds fasen waarin vakken,

¹²⁴ Stb. 2010, 80.

¹²⁵ "Bij de verzorging van het onderwijs op basis van de kerndoelen voor Nederlandse taal en rekenen en wiskunde, neemt het bevoegd gezag, met inachtneming van artikel 8, eerste lid, de referentieniveaus Nederlandse taal en de referentieniveaus rekenen, bedoeld in artikel 2, tweede lid, aanhef en onderdeel a, van de Wet referentieniveaus Nederlandse taal en rekenen, als uitgangspunt."

¹²⁶ Besluit aanpassing kerndoelen op het gebied van seksualiteit en seksuele diversiteit, Stb. 2012, 470.

kennisgebieden of expressie-activiteiten moeten zijn afgesloten. Er is ook geen norm die bepaalt hoeveel tijd leerlingen per dag maximaal of minimaal op school moeten doorbrengen. Wel is het zo dat de wet zegt dat de onderwijsactiviteiten evenwichtig over de dag moeten worden verdeeld.

De schoolloopbaan van leerlingen is in beginsel een tijdvak van acht aaneengesloten schooljaren. Sommige leerlingen doen er langer, anderen korter over. In ieder geval kunnen leerlingen pas op de leeftijd van vier jaar de basisschool voltijds bezoeken en moeten zij de basisschool verlaten als zij aan het einde van dat schooljaar veertien jaar zijn.¹²⁷ In het tijdvak van de 8-jarige schoolloopbaan ontvangen de leerlingen ten minste 7520 uren onderwijs. In de eerste vier schooljaren ontvangen zij ten minste 3520 uren en in de laatste vier schooljaren 3760 uren onderwijs. Uitgangspunt is dat er vijf dagen per week onderwijs wordt gegeven. In beperkte mate kunnen scholen daarvan afwijken.

Over elke leerling wordt in het achtste schooljaar door de schooldirecteur een schooladvies vastgesteld omtrent “het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs”. Dit schooladvies is voor de aansluiting leidend. Indien op grond van de uitslag van de eindtoets de leerling beschikt over meer kennis en vaardigheden dan die waarop het schooladvies berust, heroverweegt de schooldirecteur het advies. Dit hoeft overigens niet tot een andere inhoud te leiden. Zie artikel 42 Wpo.

5.2.3 Voortgezet onderwijs

Algemeen

Het voortgezet onderwijs omvat het onderwijs dat wordt gegeven na het basisonderwijs en na het speciaal onderwijs. “Het omvat niet het voortgezet speciaal onderwijs als bedoeld in de Wet op de expertisecentra, educatie en beroepsonderwijs als bedoeld in de Wet educatie en beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.”¹²⁸

Art. 5 Wvo onderscheidt zes typen van onderwijs, welke tot het voortgezet onderwijs moeten worden gerekend: het vwo, het havo en mavo, het vbo, het praktijkonderwijs en ten slotte de andere vormen van voortgezet onderwijs. Het laatste type is een verzamelcategorie. Het kan hier gaan om experimenten, bijvoorbeeld in de sfeer van aansluiting van het voortgezet onderwijs bij het beroepsonderwijs. Volgens artikel 61 Wvo kunnen “inrichtingen” voor voortgezet onderwijs worden aangewezen om in het kader van een experiment onderwijs aan te bieden. Daarbij kan, voorzover noodzakelijk, worden afgeweken van het bij of krachtens de wet bepaalde. Het vwo, havo, mavo en vbo, en het praktijkonderwijs kunnen zijn verenigd in één scholengemeenschap. Aan een scholengemeenschap kan een nevenvestiging verbonden zijn (art. 16 Wvo). In het Formatiebesluit WVO is voor de personele bezetting nader uitwerking gegeven aan de scholengemeenschap.

¹²⁷ Artikel 39, vierde lid, Wpo.

¹²⁸ Art. 2 Wvo.

Het onderwijs en de examens vinden plaats in het Nederlands (art. 6a Wvo). De mogelijke afwijkingen van deze regel zijn niet ruim. Anderstalig onderwijs kan alleen als het onderwijs met betrekking tot die taal betreft, of “indien de specifieke aard, de inrichting of de kwaliteit van het onderwijs dan wel de herkomst van de deelnemers daartoe noodzaakt, overeenkomstig een door het bevoegd gezag vastgestelde gedragscode.” Men zal hier vergeefs een wettelijke basis in kunnen vinden voor het tweetalige onderwijs (tto) dat inmiddels op vele scholen voor voortgezet onderwijs in Nederland plaatsvindt.¹²⁹ Feitelijk worden tto-scholen door een genereuze interpretatie van art. 6a Wvo door de overheid toegestaan, nu het een ontwikkeling van onderop betreft. Van overheidswege worden voldoende waarborgen voor het Nederlands aanwezig geacht, indien en voorzover deze scholen voor maximaal 49% van de lestijd onderwijs in het Engels verzorgen.¹³⁰ In 1999 hebben het Europees Platform en de tto-scholen een landelijk netwerk voor tweetalig onderwijs opgericht. De scholen van dit netwerk onderschrijven de standaard voor tweetalig onderwijs die door het Europees Platform in samenwerking met de scholen is vastgesteld.

Ook in de Wvo zijn de algemene uitgangspunten en doelen voor het onderwijs opgenomen met betrekking tot het opgroeien in de multiculturele samenleving, burgerschap en integratie en kennismaking met andere culturen.¹³¹ Datgene wat hierover bij het basisonderwijs is opgemerkt kan in dit verband volstaan, zij het met één uitzondering. In de Wvo is sinds 2011 bepaald dat een maatschappelijke stage mede onderdeel kan uitmaken van het onderwijsprogramma op de scholen.¹³² Men kan stellen dat de maatschappelijke stage een concrete uitwerking vormt van het algemene doel burgerschap en integratie te bevorderen.¹³³

Sinds 2010 bevat de wet een grondslag tot het aan de leerlingen van scholen voor vwo, havo, mavo en vbo gelegenheid geven voor het afleggen van diagnostische toetsen Nederlandse taal en rekenen. Aangegeven wordt dat nadere voorschriften zullen worden gesteld in het Inrichtingsbesluit WVO. Deze voorschriften hebben in elk geval betrekking op het moment of de momenten waarop de toetsen kunnen worden afgelegd. Die nadere voorschriften zijn er nog niet.¹³⁴ Wat wel in het Inrichtingsbesluit WVO is geregeld zijn de indicatoren, volgens welke de onderwijsinspectie de leerresultaten beoordeelt met het oog op de vraag of de kwaliteit van het onderwijs in Nederlandse taal en rekenen/wiskunde aan de wettelijke normen van artikel 23a1 Wvo voldoet. Art. 37 Inrichtingsbesluit WVO bepaalt dat de inspectie onder meer het rendement van de eerste twee leerjaren als

¹²⁹ Volgens het Europees Platform (europeesplatform.nl/) zijn er per 1 september 2011 127 scholen lid van het netwerk tweetalig onderwijs (tto) in Nederland. Het grootste deel daarvan biedt tto aan op havo en/of vwo, maar het aantal scholen dat tto (ook) aanbiedt op het vmbo groeit gestaag.

¹³⁰ Onderwijsraad, a.w., p. 50. Verwezen wordt naar de criteria in de Nota “Grenzen verleggen” van de minister van OCW uit 1991.

¹³¹ Zie art. 17 Wvo.

¹³² Art. 6f Wvo, ingevoerd bij Stb. 2011, 371.

¹³³ Zo ook de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2010/11, 32 531, nr. 3, p. 1/2.

¹³⁴ Art. 28b Wvo, ingevoegd bij Stb. 2010, 194.

indicator zal aanmerken. Dat rendement wordt bepaald door het verschil tussen het niveau dat de leerling gelet op het onderwijskundig rapport van de directeur van de basisschool naar verwachting in het derde leerjaar bereikt en het niveau dat de leerling daadwerkelijk in dat leerjaar heeft bereikt.¹³⁵ Het ligt voor de hand dat dit verschil alleen kan worden bepaald door een toets in Nederlandse taal en rekenen/wiskunde aan het eind van het tweede leerjaar. Maar het is de vraag of er dan nog – gezien de betrokkenheid van het inspectietoezicht – sprake is van een louter diagnostische toets zoals de wet zegt.

Het vwo, havo, mavo en vbo worden afgesloten met een eindexamen. Nadere, gedetailleerde regels daarover zijn neergelegd in het Eindexamenbesluit VO en daarop gebaseerde jaarlijks vastgestelde eindexamenprogramma. Het eindexamen kan voor ieder vak bestaan uit een schoolexamen, uit een centraal examen of uit beide. We spreken van een centraal examen als het gaat om een voor iedereen gelijk zijnd landelijk examen, waarvoor de minister per schoolsoort het programma vaststelt en waarvoor het College voor examens inhoudelijk verantwoordelijk is.¹³⁶

Een schoolexamen is het deel van het eindexamen dat over de hele periode van de profielen of leerwegen wordt afgenomen. Voor ieder vak bouwt de leerling over deze periode geleidelijk zijn eindcijfer op. Nog niet zo lang geleden sprak men nog van schoolonderzoek, maar die term is verlaten. Bij vakken die geen centraal examen kennen, bepaalt het opgebouwde schoolexamencijfer het diplomacijfer. Alleen tot het schoolexamen behoren in ieder geval: het profielwerkstuk (vwo en havo), het sectorwerkstuk (mavo en vbo) en de maatschappelijke stage. Verder kan de minister in het examenprogramma bepalen welk deel van de examenstof centraal zal worden en over welke examenstof het schoolexamen zich uitstrekt.¹³⁷

Zij die het eindexamen met goed gevolg hebben afgelegd, ontvangen een diploma. Leerlingen van een school voor voorbereidend beroepsonderwijs voor zover het betreft de basisberoepsgerichte leerweg, die met goed gevolg een gedeelte van het examenprogramma hebben afgelegd, ontvangen een getuigschrift voorbereidend middelbaar beroepsonderwijs en leerlingen die een leer-werktraject met goed gevolg afsluiten, ontvangen een diploma basisberoepsgerichte leerweg/leer-werktraject. Onze minister stelt de modellen van diploma's en getuigschriften vast.¹³⁸

Het vwo aan scholen omvat ten minste 5.700 klokuren. Het havo omvat in totaal ten minste 4.700 klokuren. Het mavo en het vbo omvatten ten minste 3.700 klokuren. Deze klokuren moeten wettelijk worden ingevuld met activiteiten die worden verzorgd in het onderwijsprogramma van de verschillende onderwijsstracks in het VO.

Onderwijsprogramma van het voorbereidend wetenschappelijk onderwijs (vwo)

¹³⁵ Ingevoegd bij Stb. 2010, 281.

¹³⁶ Zie art. 2 Wet College voor examens, Stb. 2009, 93.

¹³⁷ Art. 7 Eindexamenbesluit VO.

¹³⁸ Art. 29, derde lid, Wvo.

Het vwo is het onderwijs dat voorbereidt op het wetenschappelijk onderwijs; het omvat mede algemene vorming. Voor de twee eerste jaren van het vwo (maar ook van de andere onderwijstypen havo en leerwegen vmbo) gelden kerndoelen voor Nederlandse taal, Engelse taal, geschiedenis en staatsinrichting, aardrijkskunde, economie, wiskunde, natuur- en scheikunde, biologie, verzorging, informatiekunde, techniek, lichamelijke opvoeding, en beeldende vorming, muziek, drama en dans.¹³⁹ De periode van voorbereidend hoger onderwijs aan vwo en havo, welke vanaf het vierde jaar aanvangt en voor havo 2 jaar en voor vwo 3 jaar duurt, is vanaf 1998 ingericht volgens profielen. Een profiel is een samenhangend onderwijsprogramma dat drie doelen dient: (a) algemene maatschappelijke voorbereiding en persoonlijke vorming, (b) algemene voorbereiding op het hoger onderwijs, en (c) bijzondere voorbereiding op groepen van naar inhoud verwante opleidingen in het hoger onderwijs. Met name de laatste twee doelen – verbetering van de aansluiting van het voortgezet onderwijs op het hoger onderwijs – hebben bij de invoering van de profielen voorop gestaan.¹⁴⁰

De profielen zijn: natuur en techniek, natuur en gezondheid, economie en maatschappij en cultuur en maatschappij. Elk profiel bestaat uit een *gemeenschappelijk deel*, dat voor alle profielen van de desbetreffende schoolsoort gelijk is, een *profieldeel*, dat kenmerkend is voor dat profiel, en een *vrij deel*. Tijdens de periode van voorbereidend hoger onderwijs ontvangen leerlingen ten minste 1.000 uren onderwijs. In het laatste jaar omvat het onderwijsprogramma ten minste 700 uren.¹⁴¹

Art. 13 Wvo geeft aan welke vakken onderdeel uitmaken van het gemeenschappelijk deel en het profieldeel van elk profiel in het atheneum en in het gymnasium. Tevens geeft het een nadere afbakening van het vrije deel. Het bevoegd gezag kan beslissen dat vakken en andere programmaonderdelen door alle leerlingen worden gevolgd. Hoe verhouden de verschillende profielonderdelen zich naar zwaarte tot elkaar? Een antwoord biedt het Inrichtingsbesluit WVO. Daarin wordt de onderlinge zwaarte van het gemeenschappelijk deel, het profieldeel en het vrije deel bepaald, door van elk de studielast vast te stellen. Tevens is daarin de verdeling van vakken in deelvakken en hun normatieve studielast aangegeven. Verder heeft er een nadere ordening van de profielvakken in de verschillende profielonderdelen plaatsgevonden.¹⁴²

Onderwijsprogramma van het hoger algemeen voortgezet onderwijs (havo)

Het havo is ontstaan in 1968, toen de Wvo in werking trad. Ook het havo kent een onderwijskundige organisatie van een onderbouw van drie jaar, waarbij voor de

¹³⁹ Art. 11b Wvo. De kerndoelen zijn vastgesteld bij KB van 7 juli 2006, Stb. 2006, 316.

¹⁴⁰ Zie over voorgeschiedenis en uitgangspunten van de problematiek van de profielen: R. Brussee, Wetsvoorstel profielen voortgezet onderwijs, School en Wet, nr. 7, oktober 1997, p. 15-17 en memorie van toelichting bij wetsvoorstel Profielen voortgezet onderwijs, Kamerstukken II 1996/97, 25 168, nr. 3.

¹⁴¹ Zie art. 12 Wvo.

¹⁴² Zie ook de opdracht in art. 15 Wvo.

eerste twee jaar centraal vastgestelde kerndoelen gelden voor een aantal vakken, en van – naar keuze – vier profielen in de laatste twee jaar. Hier kan worden verwezen naar wat erover bij het vwo is opgemerkt. Art. 14 Wvo somt de vakken en programmaonderdelen voor het havo op. Het Inrichtingsbesluit WVO biedt daarvan een nadere uitwerking in de zin zoals in de vorige paragraaf omschreven.

Middelbaar algemeen voortgezet onderwijs (mavo): theoretische leerweg

Ook het mavo is een onderwijstype dat zijn oorsprong dankt aan de komst van de Wvo in 1968. Het is thans het onderwijs dat voorbereidt op middelbaar beroepsonderwijs of havo¹⁴³ en dat mede algemene vorming omvat. Mavo wordt gegeven aan scholen met een cursusduur van vier jaren.¹⁴⁴ Aan het mavo wordt onderwijs in de theoretische leerweg gegeven. Als het mavo onderdeel uitmaakt van een scholengemeenschap, waaraan ook een school voor voorbereidend beroepsonderwijs is verbonden kan onderwijs in de gemengde leerweg worden gegeven.

In plaats van de term “mavo” kan sinds 1998 ter aanduiding van dit type onderwijs ook worden gesproken van “voorbereidend middelbaar beroepsonderwijs” (vmbo),¹⁴⁵ maar erg populair is dat niet. Veel scholen zijn er sinds de eeuwwisseling toe overgegaan, juist vanwege de wens het imago van dit onderwijstype op te krikken, de term vmbo te laten vallen en daarvoor in de plaats de aanduiding mavo te (her)gebruiken.

Onderwijs in de theoretische leerweg wordt met ingang van het derde leerjaar gegeven in de volgende sectoren: techniek, zorg en welzijn, economie, en landbouw. Deze zijn identiek voor de andere leerwegen, zoals ook het navolgende voor de andere leerwegen geldt.¹⁴⁶ Het onderwijs bestaat voor elke sector uit een *gemeenschappelijk deel*, dat voor alle sectoren gelijk is, *een sectordeel*, dat kenmerkend is voor die sector, en een *vrij deel*, dat bestaat uit door de leerling te kiezen vakken en andere programmaonderdelen. In art. 10 van de wet wordt aangegeven wat de verschillende delen aan vakken omvatten. In het Inrichtingsbesluit WVO zijn nadere voorschriften opgenomen over de organisatie en inrichting van de leerweg en over de mogelijkheid ontheffing van vakken te verlenen.

Voorbereidend beroepsonderwijs (vbo): beroepsgerichte leerwegen

Het vbo is het onderwijs dat voorbereidt op de basisberoepsopleiding, de vakopleiding of de middenkaderopleiding aan een instelling voor beroepsonderwijs,

¹⁴³ Tot 2010 konden voor de toegang tot het vierde jaar van het havo ‘aanvullende eisen’ worden gesteld aan degenen die het mavodiploma op zak hadden. In veel gevallen leidde dat tot een gebrekkige doorstroming van leerlingen. Bij een wijziging van het Inrichtingsbesluit WVO is daar een eind aan gemaakt. Zie Stb. 2010, 283.

¹⁴⁴ Zie artikel 9 Wvo.

¹⁴⁵ Vgl. art. 21 Wvo.

¹⁴⁶ Zie ook art. 10b en 10d Wvo.

en dat mede algemene vorming omvat. Het biedt beroepsgerichte leerwegen aan.¹⁴⁷ Zijn bij de verschillende sectoren in het kader van de theoretische leerweg vooral algemene vakken voorgeschreven, hier ligt de nadruk op beroepsgerichte vakken. Intussen geldt er ook een belangrijk onderscheid tussen de twee verschillende beroepsgerichte leerwegen. Aan de basisberoepsgerichte leerweg kan een praktijkcomponent, een leer-werktraject, worden gekoppeld, aan de kaderberoepsgerichte leerweg niet. Het leer-werktraject is specifiek gericht op het behalen van een startkwalificatie op het niveau van de basisberoepsopleiding, bedoeld in artikel 7.2.2, eerste lid, onder b, van de Wet educatie en beroepsonderwijs.¹⁴⁸

5.3 Problemen met het curriculum PO en VO in het licht van diversiteit

De problemen die zich in de praktijk hebben voorgedaan en ook zijn beschreven, hebben betrekking op de uniformiteit van het curriculum. De uniformiteit van het curriculum, en dit geldt zowel voor zowel het basis- als het voortgezet onderwijs, is in het nadeel van leerlingen die in hun ontwikkeling – om wat voor reden ook – achter zijn gebleven. In dat licht zijn er pleidooien geweest voor arrangementen die enerzijds aanvullend zijn ten opzichte van het wettelijk curriculum, maar ook tot een andere invulling nopen.

Van het eerste type pleidooien getuigt de Onderwijsraad in zijn advies over overgangen in het onderwijs. Volgens de Onderwijsraad moeten leerlingen meer tijd en mogelijkheden krijgen om leerachterstanden weg te werken voordat ze overstappen naar vervolgonderwijs. “Zomerscholen, voetklassen en andere vormen van leertijdverlenging kunnen hierbij behulpzaam zijn. In zomerscholen krijgen leerlingen extra lessen Nederlands of andere vormende activiteiten. In voetklassen krijgt de leerling een jaar extra taallessen voordat hij naar de brugklas gaat. Hetzelfde principe (intensief, extra taalonderwijs) wordt ook toegepast in schakelklassen en kopklassen. De raad beveelt aan het benutten van deze mogelijkheden te (blijven) stimuleren.”¹⁴⁹ Ook specifiek in het voortgezet onderwijs moeten er voldoende flexibele en toegankelijke mogelijkheden zijn om deficiënties weg te werken – bijvoorbeeld voor wiskunde. “De raad acht het raadzaam om te onderzoeken of ‘massive open online courses’ bruikbaar zijn voor doorlopende schakel- of bijspijkercursussen. Hogescholen en universiteiten kunnen hierin gezamenlijk optrekken. Al eerder heeft de raad bepleit om zelftoetsen voor aankomende studenten beschikbaar te stellen.”¹⁵⁰ Het is de vraag of scholen op dit moment voldoende ruimte hebben om aan deze aanbevelingen te voldoen.

¹⁴⁷ Zie artikel 10a Wvo.

¹⁴⁸ Art. 10b1 Wvo.

¹⁴⁹ Onderwijsraad, Briefadvies “Overgangen in het onderwijs”, Den Haag 2014.

¹⁵⁰ Idem.

Het meest prominente pleidooi tot verandering van het curriculum is afkomstig van het Platform OnsOnderwijs2032 dat in zijn eindadvies van begin 2016 heeft gepleit voor de vorming van een verplicht kerncurriculum waaromheen scholen keuzeruimte hebben om leerlingen op maat te bedienen. “Het onderwijs van de toekomst bestaat uit een vaste basis voor alle leerlingen en keuzeruimte voor verbreding en verdieping die past bij de school en leerlingen. Scholen krijgen meer vrijheid om zelf vorm te geven aan de opdracht van het onderwijs. Veel scholen gebruiken die vrijheid al. Willen andere scholen hun voorbeeld volgen, dan moet daar nog veel voor gebeuren. Het lesmateriaal en de toetsings- en examendruk die scholen ervaren, beperken nu nog de speelruimte die ze hebben. De bestaande kerndoelen geven onvoldoende richting en houvast, terwijl de toetsing en de examens de inhoud van het onderwijs te sterk domineren. Scholen gebruiken de vrijheid van onderwijs nog te weinig om samenwerking tussen vakgebieden te zoeken, inhoudelijke keuzes te maken en leerlingen verdieping op maat te bieden. Om dat te doorbreken is een andere vorm van sturing op de onderwijsinhoud noodzakelijk, ook van de zijde van de overheid. Het is nodig om het curriculum te herijken, andere accenten in toetsing en toezicht aan te brengen en de voorwaarden te creëren die nodig zijn om toekomstgericht onderwijs mogelijk te maken.”¹⁵¹ En het Platform vervolgt: “Een toekomstgericht curriculum bestaat in de visie van het Platform uit een wettelijk verankerd kerndeel en een te kiezen deel, dat past bij de school en de leerling. Het kerndeel is primair de verantwoordelijkheid van de overheid en bestaat uit de onderdelen van de vaste basis, zoals beschreven in hoofdstuk 3 (Nederlandse taal, rekenen en wiskunde, Engels, digitale geletterdheid, burgerschap en drie interdisciplinaire kennisdomeinen: mens & maatschappij, natuur & technologie en taal & cultuur, PH/PZ). Het Platform vindt het van belang dat de overheid deze onderdelen vastlegt in een kerncurriculum. Dat kerncurriculum is van belang voor de doorstroming van leerlingen naar het vervolgonderwijs en om alle leerlingen dezelfde kansen te geven om aan de arbeidsmarkt en de samenleving deel te nemen. Het kerncurriculum geeft leraren richting en houvast om tot samenhangend onderwijs te komen.”¹⁵²

Het advies geeft de ruimte terug aan de school. Het biedt ook tegenwicht tegen een zekere maatschappelijke en politieke druk om een toenemend aantal eisen in kerndoelen vast te leggen, wat het leveren van maatwerk in de school steeds lastiger maakt. Maatwerk veronderstelt niet alleen dat er rondom het curriculum activiteiten ten behoeve van bepaalde leerlingen kunnen worden verricht, wat reeds veel implicaties met zich brengt voor de facilitering van scholen en leraren, maar ook binnen het curriculum.

Eén van de centrale kritiekpunten van het Platform is dat er – naast het feitelijk ontbreken van voldoende keuzeruimte binnen het curriculum op de scholen –

¹⁵¹ Eindadvies Ons Onderwijs 2032, Den Haag 2016, p. 50.

¹⁵² Ibidem.

voldoende differentiatie qua niveau en ontwikkeling in het huidige curriculum ontbreekt.

5.4 Voorstellen tot verbetering / verandering van de wetgeving in PO en VO

Een herijking van de kerndoelen is geboden, waarbij meer ruimte voor keuzes op de school aanwezig is en waarbij beter op de ontwikkeling en het niveau van de afzonderlijke leerlingen kan worden aangesloten. In zekere zin moet er een meer interdisciplinair onderwijsaanbod, waarbij ook makkelijker kan worden 'geschakeld' tussen de per profiel en leerweg vormgegeven vakkenpakketten, mogelijk worden gemaakt. Meer inhoudelijke ruimte per school is niet alleen in het belang van beter op de diversiteit van leerlingen toegesneden onderwijs, maar begunstigt ook de activiteiten die voor bepaalde leerlingen in aanvulling op het curriculum noodzakelijk kunnen zijn. Zoals het Platform aangeeft in zijn advies, dienen ook de toetsing en de regels die hierover gaan te worden aangepast.

Een apart vraagstuk is het tweetalig onderwijs. Men kan zich de vraag stellen of met het genereuze toezichtsbeleid op dat punt recht wordt gedaan aan de tekst van de Wvo, voorzover daarin vastgelegd dat het geven van het onderwijs in het Nederlands plaatsvindt, tenzij een dringende reden zich daartegen verzet. Een nationale discussie daarover is nooit gevoerd. Het zou verstandig dat de wetgever zich hierover in de nabije toekomst principieel buigt. De discussie die thans los komt over de dominantie van het Engels in het hoger onderwijs,¹⁵³ heeft ook betekenis voor het voortgezet onderwijs.

¹⁵³ Vgl. Martin Sommer, Nee tegen stone coal English. De verengelsing van het universitair onderwijs is dom, achteloos en onstuitbaar, Volkskrant 19 augustus 2016; daartegenin gaat Louise Fresco, Engels in onderwijs is goed voor de openheid, NRC 23 augustus 2016.

Hoofdstuk 6 Leerrechten in de wetgeving – opsomming van bevindingen

6.1 Concept leerrechten, indeling onderzoek

Het begrip 'leerrecht' bestaat uit twee onderdelen:

- Er wordt sterk gefocust op de positie van de onderwijsvrager. Maar er is ook sprake van een accentverschuiving. Het leerrecht adresseert op de eerste plaats de positie van kinderen en/of leerlingen en niet zozeer die van hun ouders. Het recht op onderwijs is in aanleg ruimer, doordat bijvoorbeeld in artikel 2, Eerste Protocol, EVRM specifiek wordt ingegaan op de ouderlijke opvoedingsrechten van onderwijs en het respecteren van de godsdienstige, levensbeschouwelijke of filosofische overtuigingen door de overheid.
- Het gaat inhoudelijk over een discussie over versterking of verdieping van het recht op onderwijs. Daarbij zijn in het algemeen twee soorten van benaderingen te onderscheiden.
 - Een eerste stroming richt zich op het belang van kwalificatie door het onderwijs. Daarbij doelt men vooral op 'leerrecht' als een recht op zo hoog mogelijke kwaliteit en effectiviteit van onderwijs.
 - Een tweede stroming heeft vooral oog voor het belang van (en het recht op) onderwijs dat zoveel mogelijk is aangepast aan de behoeften en eigenschappen van individuen. Hier is de discussie over maatwerk te plaatsen.

Het aldus geschetste begrip van 'leerrechten' leidt naar een drietal thema's (a tot en met c) voor het onderhavige onderzoek. Deze drie thema's staan in rechtstreeks verband met de hierboven onderscheiden betekenissen van 'leerrecht':

- a) Het belang van het kind, de casus van de bescherming van gehandicapten in het onderwijs.
- b) Een 'rechten'-benadering bij de vormgeving van bepalingen inzake toelating en verwijdering, zittenblijven of overgang, doorstroming in het onderwijs en diplomaverlening.
- c) Een op de diversiteit van de leerlingenpopulatie gerichte benadering bij de vormgeving van bepalingen inzake het curriculum, passend onderwijs, en de aan de diplomaverlening ten grondslag liggende kwalificatie-eisen.

In de hoofdstukken 3 tot en met 5 zijn deze thema's en aandachtsgebieden achtereenvolgens behandeld.

6.2 Thema a: bescherming gehandicapten in onderwijs: belang van het kind

De ratificatie van het VRPH roept indringende vragen op over de institutionele tweedeling tussen regulier en speciaal onderwijs. Volgens de uitleg die de VN er zelf aangeeft noopt dit verdrag tot het afschaffen van deze tweedeling. Er zal nu een discussie over nieuwe concepten moeten worden gevoerd.

Het verdrag dwingt om verschillende opties te onderzoeken.

1. Er is een diepgaande discussie gewenst over de vraag of alle leerlingen die extra ondersteuning behoeven in het reguliere onderwijs opgevangen zullen kunnen worden. Van belang daarbij is wat men dan verstaat onder regulier onderwijs, en hoe dat kan worden gedefinieerd als er geen aparte sector van speciaal onderwijs meer bestaat.
2. Verder zal de verdragsnorm van algemene toegang van gehandicapten tot regulier onderwijs wellicht kunnen betekenen dat in de toekomst hun recht op onderwijs (en op plaatsing op een school) enger moet worden geïnterpreteerd, namelijk alleen voor degenen die niet substantieel of overwegend op zorg zijn aangewezen of die niet andere problemen met zich meebrengen om ze van de reguliere school te weren.

Wat betreft de doorzettingmacht, vinden wij een wettelijke regeling daarvan wenselijk. Daarbij is het belangrijk dat er waarborgen worden opgenomen over de onafhankelijkheid van de met deze macht belaste functionaris, want met de essentie van zijn werk gaat hij in tegen de belangen van de afzonderlijke schoolbesturen en het samenwerkingsverband (als het geheel van de gezamenlijke schoolbesturen).

6.3 Thema b: rechten-benadering: instroom, doorstroom en uitstroom

Regeling van een doorstroomrecht vmbo-havo past in de benadering vanuit leerrechten. Er lijkt overeenstemming te bestaan over dát er een nadere regeling getroffen zou moeten worden. Er is echter nog wel een verschil van inzicht of de overgang tussen betreffende sectoren geheel drempelloos, of toch – gelet op mogelijke uitval in de havo – een zekere minimumnorm zou moeten worden gesteld. Beide benaderingen zijn goed te verdedigen.

Een verdergaande stap zou zijn uit te gaan van een algemeen toelatingsrecht tot opleidingen, zoals recentelijk geregeld is voor het MBO. Er is dan geen beleidsvrijheid voor het bevoegd gezag, tenzij er een wettelijke grondslag is voor selectie. In dat opzicht staat in dit voorstel het leerrecht op het punt van toegankelijkheid tot het onderwijs voor de student veel centraler dan in het huidige po of vo.

Tevens zou in dit kader bezien moeten worden of – naast een ‘meervoudig aanmeldrecht’ – er ook niet een inschrijfrecht zou moeten worden geregeld,

gekoppeld aan het gegeven dat (zoals Storimans heeft aangeduid) de Leerplichtwet de inschrijf- en schoolbezoekplicht omschrijft.

Het punt van het toelatingsrecht versus het recht op selectie is reeds lang onderwerp van politieke en maatschappelijke discussie. In 2005 is een initiatiefwetsvoorstel ingediend, gericht op een 'algemeen toelatingsrecht'; het uitgangspunt is dat elke school algemeen toegankelijk is, tenzij een toelatingsbeleid wordt gevoerd dat aan duidelijke en stringente rechtmatigheidsvoorwaarden voldoet. Voor een gedeelte worden in het voorstel de eisen die voortvloeien uit de jurisprudentie gecodificeerd, zoals de algemene voorwaarde dat het toelatingsbeleid vooraf op voor ouders kenbare wijze is gepubliceerd in de schoolgids. Het principiële punt draait met name om de eis dat leerlingen alleen op denominatieve gronden de toelating of de deelname aan het onderwijs kan worden geweigerd, wanneer de ouders aangeven de grondslag niet te zullen respecteren. Vanuit leerrechten bezien, zou het wetsvoorstel moeten worden toegejuicht: het recht op toelating voor kinderen moet zo ruim mogelijk worden gedefinieerd, het recht op selectie door de school zo beperkt mogelijk.

Wanneer wordt gekeken naar andere sectoren, zoals de gezondheidszorg, zien we dat individuele rechten al langer centraal staan in het wettelijk stelsel. Bij uitstek komt dit naar voren in de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (Wgbo, onderdeel boek 7 BW) en het (ingetrokken) wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (WCZ). In dit wetsvoorstel was de cliënt centraal gesteld, en niet de zorgaanbieder. Volgens de MvT was deze wet noodzakelijk “[zo]dat de cliënt beschikt over een duidelijke en stevige rechtspositie en over adequate middelen om zonedig voor het naleven daarvan effectief op te komen”, elementen die overeenkomen met de hierboven beschreven ‘rechtenbenadering’. De wet beoogde een aantal regelingen waarin cliëntenrechten waren opgenomen te centraliseren en een wettelijke definitie van ‘goede’ zorg’ te bieden, waarop de aanbieder kon worden aangesproken, maar de kritiek was zodanig dat in 2013 door het kabinet is besloten het voorstel in te trekken.

In het onderwijs, althans in de internationale verdragen staat ook het recht van het kind en de ouder centraal en is het recht op toegang bijvoorbeeld stevig verankerd in het recht. In het verdragsrecht wordt dus het uitgangspunt van vrije toegang als een vanzelfsprekendheid vooropgesteld. Maar de (besturen van) scholen hebben tot op zekere hoogte, en juist ook ten faveure van het recht op onderwijs, eigen belangen die niet altijd kunnen worden “gematched” met die van ouders en leerlingen. Daar ligt dan ook een belangrijke bron voor veel actuele problemen van juridische aard en de verwezenlijking van het leerrecht.

6.4 Thema c: maatwerk

Een herijking van de kerndoelen ligt vanuit leerrechten geredeneerd in de rede, waarbij meer ruimte voor keuzes op de school aanwezig is en waarbij beter op de ontwikkeling en het niveau van de afzonderlijke leerlingen kan worden aangesloten. In zekere zin moet er een meer interdisciplinair onderwijsaanbod, waarbij ook makkelijker kan worden 'geschakeld' tussen de per profiel en leerweg vormgegeven vakkenpakketten, mogelijk worden gemaakt. Meer inhoudelijke ruimte per school is niet alleen in het belang van beter op de diversiteit van leerlingen toegesneden onderwijs, maar begunstigt ook de activiteiten die voor bepaalde leerlingen in aanvulling op het curriculum noodzakelijk kunnen zijn.

Een apart vraagstuk is het tweetalig onderwijs. Men kan zich de vraag stellen of met het genereuze toezichtsbeleid op dat punt recht wordt gedaan aan de tekst van de Wvo, voor zover daarin vastgelegd dat het geven van het onderwijs in het Nederlands plaatsvindt, tenzij een dringende reden zich daartegen verzet. Een nationale discussie daarover is nooit gevoerd. Het zou verstandig dat de wetgever zich hierover in de nabije toekomst principieel buigt. De discussie die thans los komt over de dominantie van het Engels in het hoger onderwijs, heeft ook betekenis voor het voortgezet onderwijs.

Hoofdstuk 7 Modaliteiten voor verdere verankering van het leerrecht

7.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bevat de beknopte beschrijving van drie modaliteiten om (onderdelen van) het leerrecht te implementeren of te verankeren in de sectorwetgeving. De eerste modaliteit gaat uit van een totale modificatie. Bij de eerste modaliteit stellen we de leerling, het kind, centraal op de aspecten van toegankelijkheid van de leerling, en het recht op inclusief onderwijs. Dit vergt een totale aanpassing van de inrichting en herordening van de wetgeving. Een tweede model gaat uit van gematigde modificatie; het uitgangspunt van de huidige wetgeving ten aanzien van het primaat van het bevoegd gezag blijft in stand, maar stelt voor bepaalde beginselen, op te nemen in de wetgeving, die het leerrecht van onderwijsvragers kunnen versterken. Een derde model is dat van loutere codificatie; de huidige regelgeving wordt aangevuld met betrekking tot enkele aspecten die raken aan het leerrecht, en waarvan wij hiervoor hebben aangegeven dat dit de versterking of verdieping van het recht op onderwijs behelst en waarbij de verwezenlijking van het materiële onderwijsproces centraal komt te staan. Dit model beoogt met name een aantal concrete in-, door- en uitstroomrechten te expliciteren.

De verschillende opties worden geschetst met – globaal aangeduid – consequenties voor aanpassing van de regelgeving. In die zin schetst dit deel ook de mogelijke randvoorwaarden of afwegingscriteria bij het doordenken van opties. Aangegeven wordt in grote lijnen welke onderdelen van de sectorwetgeving en andere onderwijswetgeving (zoals Leerplichtwet) aangepast zouden kunnen worden. Hierbij betrekken we ook de vierde vraag uit de inleiding, te weten de toegevoegde waarde ten opzichte van het vigerend wettelijk kader.

Bij de behandeling en beschrijving van de modaliteiten wordt een vijftal uitgangspunten als gegeven aangenomen, omdat zij – volgens ons – de basale structuurprincipes van ons onderwijssysteem vormen, waarvan niet kan of mag worden afgeweken. Dat betreft het uitgangspunt dat:

- b. Een onderwijsinstelling geen zorginstelling is. Dat betekent dat leerlingen alleen toelaatbaar moeten worden geacht als zij in aanleg in staat moeten worden geacht een diploma te halen.
- c. Onderwijs in belangrijke mate wordt gestuurd en bepaald door de kerndoelen en door de diploma-eisen die vanaf het voortgezet onderwijs en daarna worden gesteld.
- d. Onderwijs in pedagogisch en didactische zin een zekere mate van sturing en structurering van het leerproces veronderstelt. Van belang is steeds dat er sprake is van de overdracht van kennis en vaardigheden op leerlingen.¹⁵⁴
- e. Voor leerlingen tot aan hun startkwalificatie, maar in ieder geval tot 16 jaar de leerplicht geldt.

¹⁵⁴ Zie o.m. ABRIS 20 juli 2011, LJN: BR2291, AB 2012, 23 m.nt. Noorlander (De Koers I).

- f. Het belangrijkste deel van het funderend onderwijs met publieke gelden wordt bekostigd, waarbij gelijkstelling geldt tussen openbaar en bijzonder onderwijs.

7.2 Modaliteit 1: leerrecht en recht op maatwerk radicaal centraal in wet

Dit model veronderstelt dat de inrichting van de sectorwetten volledig op de schop gaat en start vanuit een ander vertrekpunt. In dit model staat niet het bevoegd gezag, en de bekostiging van dat bevoegd gezag centraal, maar de leerling, of het kind dat recht heeft op onderwijs. In een radicaal doordacht model zou ook niet langer de bekostiging aan de school of het bevoegd gezag gekoppeld zijn, maar aan de leerling (via de ouders). Een dergelijk model gaat uit van het vroegere LGF-model (leerling gebonden financiering), niet alleen voor leerlingen met een ondersteuningsbehoefte, maar alle leerlingen. De term leerrechten krijgt dan ook de betekenis zoals die in verschillende publicaties voor het hoger onderwijs naar voren is gekomen, namelijk een individuele voucher.¹⁵⁵

Een dergelijk model zou bijvoorbeeld gerealiseerd kunnen worden door een *Wet leerrechten in het onderwijs*, naar analogie van het in het vorige hoofdstuk geciteerde (ingetrokken) wetsvoorstel *Wet Cliëntenrechten in de Zorg (WCZ)*.¹⁵⁶ In dat voorstel stonden een aantal centrale zorgplichten van aanbieders ten aanzien van het recht op aanbod en kwaliteit. De wet was een tamelijk omvattend voorstel om een aantal rechten van cliënten in de zorg die verspreid staan in verschillende wetten te centraliseren, en een aantal beginselen verder te codificeren. Het voorstel bevatte hoofdstukken over de definitie van ‘goede zorg’, informatierechten van cliënten, klachtenbehandeling en medezeggenschap.

Wanneer de sectorale onderwijswetgeving voor het po en vo naar dit model getransformeerd zou worden, betekent dit dat de rechten van leerlingen (en ouders) centraal en vooraan in de wet komen te staan.¹⁵⁷ Een aantal bepalingen uit de WCZ zijn te vertalen naar de onderwijssituatie, waardoor een aantal (leer)rechten nader ingevuld wordt. Een paar voorbeelden, met een vertaling naar de onderwijswetgeving: “Onderwijsaanbieders zijn verplicht ervoor zorg te dragen dat het onderwijs voldoet aan hetgeen waar de leerling ingevolge deze wet recht op heeft. Van de bepalingen van deze wet kan niet ten nadele van de leerling worden afgeweken”¹⁵⁸. Het beginsel van goed onderwijs: “De leerling heeft jegens de

¹⁵⁵ M.J. Cohen, *Leerrechten: een containerbegrip met verstrekkende gevolgen*, NVOR 1994.

¹⁵⁶ Het gaat ons hier primair om het wettelijk model. Het feit dat na zes jaar deze door sommigen als ‘megawet’ betiteld voorstel werd ingetrokken kan echter wel als waarschuwing dienen, dat een radicale wijziging zonder voldoende draagvlak een mislukking kan worden. De meerwaarde van deze wet, boven een wijziging van de bestaande wetten waarin patiëntrechten worden geregeld, kon niet worden waargemaakt.

¹⁵⁷ Als de bekostiging niet meer rechtstreeks door de overheid wordt toegekend aan de school, maar via de ouder/leerling loopt, kunnen we waarschijnlijk niet meer spreken van bekostigingsvoorwaarden in directe zin. Dat zou kunnen impliceren dat we opnieuw moeten gaan nadenken over de vraag welk rechtskarakter de bepalingen in de onderwijswetgeving voor de bijzondere scholen zullen hebben in het kader van artikel 23 Grondwet. Deze discussie willen we hier niet voeren.

¹⁵⁸ *Bewerking Artikel 2, Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 2.*

onderwijsaanbieder recht op goed onderwijs, waaronder wordt verstaan passend onderwijs van goed niveau, dat in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en leerlinggericht is, is afgestemd op de reële behoefte van de leerling en waarbij de leraren, met gebruikmaking van de geschikte middelen, handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard”.¹⁵⁹ “De leerling heeft er jegens de onderwijsaanbieder recht op dat het onderwijsprogramma niet wordt beëindigd voordat het diploma is gehaald, tenzij de wet hier beperkingen aan stelt of dit van de onderwijsaanbieder niet in redelijkheid kan worden verlangd”¹⁶⁰.

Onderdelen van het klachtrecht en de schoolgids kunnen hier ook een apart hoofdstuk vormen, evenals de bepalingen over informatierechten door de inspectie bij bijvoorbeeld de casus dat sprake is van een zeer zwakke school, en het bevoegd gezag ouders niet informeert (art. 45a lid 2 WPO). In dit model worden ook de onderdelen van de WMS die gaan over de medezeggenschapspositie van leerlingen en ouders overgeheveld (waarmee feitelijk een scheiding wordt bewerkstelligd in een ondernemingsraad en een ouder/leerlingenraad).

Een dergelijk model zou ook het toelatingsrecht van de leerling centraal stellen. Er zijn hier gradaties mogelijk; het meest verstrekkend is een absoluut toelatingsrecht, waarin geen enkele leerling geweigerd mag worden, en waarbij het bevoegd gezag dus gehouden is dat onderwijs te verzorgen dat de leerling nodig heeft en wenselijk acht (zie ook hieronder over maatwerk).

Evenzeer zou dus het recht op passend onderwijs en maatwerk een uitgangspunt vormen;¹⁶¹ de individuele keuze voor stapeling of niveauaccenten bij vakken.

In de hier geschetste modaliteit, die uitgaat van het individuele recht van de leerling, hoort ook een voorziening voor maatwerk. Een dergelijke bepaling in het vo kan een pendant zijn van artikel 7.3d Whw (vrij doctoraal in het wo).¹⁶² Tevens zou er een voorziening moeten worden opgenomen die het mogelijk maakt onderwijs te volgen op een andere locatie dan de school,¹⁶³ en de mogelijkheid om budgetten tevens te besteden bij voorzieningen buiten het (bekostigd) onderwijs.

Gegeven dat dit model een ingrijpende en totale herziening van de sectorwetten Wpo en Wvo zou betekenen, in welke zijn zou dan sprake kunnen zijn toegevoegde waarde ten opzichte van de leerrechten zoals deze in het vigerend wettelijk kader zijn verankerd?

¹⁵⁹ Bewerking Artikel 5, Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 2.

¹⁶⁰ Bewerking Artikel 18, Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 2.

¹⁶¹ Zie ook het voorstel van de werkgroep Leerrecht en leerplicht van de NVOR: Commentaar Passend Onderwijs werkgroep Leerplicht en Leerrecht NVOR - versie 6-3-2011 3

¹⁶² “Een student die is ingeschreven voor een opleiding in het wetenschappelijk onderwijs, kan, zelf uit onderwijsseenheden die door een instelling worden verzorgd, een programma samenstellen waaraan een examen is verbonden. Indien nodig wijst het instellingsbestuur een examencommissie aan die met de in de eerste volzin bedoelde beslissing is belast”.

¹⁶³ Voor de juridische ins en outs verwijzen we kortheidshalve naar Ruud van der Aa Susan van Geel Pieter Huisman, *Onderwijs op een andere locatie dan de school*, Rotterdam: Ecorys 2015.

Vooropgezet is dat de beantwoording van deze vraag met name afhankelijk is van het perspectief van degene aan wie de vraag gesteld wordt. Belangengroepen die zich inzetten voor toegankelijkheid en inclusief onderwijs zullen een dergelijke omwenteling zien als een duidelijke meerwaarde ten aanzien van het huidige stelsel, terwijl schoolbesturen wellicht graag hun positie en verantwoordelijkheid als autonome instelling gecontinueerd en ook wettelijk herkenbaar willen houden. Zoals in de inleiding aangegeven laten wij ons niet uit over de politiek-maatschappelijke wenselijkheid. De route van een totale ‘make-over’ van de wet houdt ons inziens wel de nodige risico’s in, zoals verzanding van de procedure van totstandkoming wegens als onoverkomelijk gepercipieerde tegenstellingen (zie de eerder genoemde WCZ). Het volgende model schetst een route waarbij weliswaar de principes worden geïncorporeerd, maar een en ander niet leidt tot een totale omkering van het systeem.

7.3 Modaliteit 2: versterking leerrecht door incorporatie beginselen¹⁶⁴

De veronderstelling is in dit model dat scholen en instellingen (juridisch: rechtspersonen) gefinancierd worden door de overheid. Anders dan in modaliteit 1 is onderwijswetgeving hier dus nog in belangrijke mate bekostigingswetgeving in de traditionele zin. Ligt het aspect van handhaving in modaliteit 1 vooral bij de gebruikers, hier geldt het de aanbieders. Een bezwaar van de hiervoor besproken modaliteit zou kunnen zijn dat een totale overstap op vraagfinanciering grote risico’s inhoudt voor het stelsel. In het algemeen worden de marges voor vraagfinanciering dan ook als smal beoordeeld.¹⁶⁵

In de onderhavige modaliteit dient de overheid daarom scholen beschikbaar te stellen voor hen die onderwijs vragen. Dat benadrukt het belang van een stabiel stelsel, onder andere tot uitdrukking komend in de (bedrijfseconomische) continuïteit van de scholen en instellingen en in rechtszekerheid voor hen die onderwijs geven. De financiering en de wettelijke regels die daarmee gepaard gaan, kunnen de gerichtheid op aanbieders niet ontberen. Maar dat hoeft niet het enige te zijn. Het gaat er om dat er meer ruimte wordt gemaakt in de regelgeving voor het vragersperspectief.

De crux van de nieuwe opzet zou ons inziens moeten bestaan uit de koppeling van bevoegdheden en activiteiten van onderwijsaanbieders in de wetgeving aan expliciet gemaakte normatieve doelstellingen die de belangen van onderwijsvragers aangaan. In die zin zouden de rechten van onderwijsaanbieders en onderwijsvragers meer in balans moeten komen.¹⁶⁶ Als wordt erkend en vastgelegd dat er een algemeen recht op toegang bestaat tot scholen, en dat toelating en verwijdering in dat licht moeten

¹⁶⁴ Deze paragraaf is een bewerking van P.J.J. Zoontjens & P.W.A. Huisman, Recht op onderwijs als vertrekpunt van wetgeving nieuwe stijl, in: S. Waslander & C.Pater, Themarr. Maatwerk in het onderwijs, NTOR 2015, nr. 4, p. 311-318.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 387, nr. 8, p. 8..

¹⁶⁶ Zie ook P.W.A. Huisman, Onderwijsrecht in meervoud (oratie EUR), Den Haag: BJU 2011.

worden gezien, zou de winst kunnen zijn dat scholen (en de rechter) zich bewuster worden van het uitzonderingskarakter dat het uitsluiten van onderwijs voor elk individueel geval betekent. Het zou als vanzelfsprekend terughoudendheid en goede motivering bij de uitoefening van bevoegdheden met zich mee kunnen brengen. Wanneer het primair het individuele recht op toegang/toelating tot de school (vgl. het voorstel toelatingsrecht MBO) en niet de zorgplicht van het bevoegd gezag centraal zou staan bij passend onderwijs (m.a.w. de zorgplicht wordt gepresenteerd als een bijdrage tot of uitwerking van het recht op toegang), zou er logischerwijs een voorziening, bijvoorbeeld een scheidsgerecht dat een bindend oordeel kan uitspreken, aangewezen moeten zijn vanuit de scholen of het samenwerkingsverband om leerlingen die thuiszitten toch op school te krijgen (doorzettingsmacht). Zo'n voorziening ontbreekt thans in de wetgeving.¹⁶⁷

Een belangrijke voorwaarde voor het sterker doorklinken van het vragersperspectief is dat de rol van de wetgever en de minister anders gedefinieerd en gepraktiseerd wordt: neutraal en afstandelijk. Met neutraal wordt bedoeld dat de wetgever het belang van (het veiligstellen van de) denominatie van bijzonder onderwijsinstellingen minder centraal zal moeten stellen. Een terughoudende wetgever is er in zo een situatie om een speelveld te faciliteren, dat optimaal tegemoet komt aan keuzevrijheid en recht op toegang. Afstandelijkheid betekent dat de overheid zich daadwerkelijk meer op stelselniveau terugtrekt, zich focust op voorwaarden voor en bewaking van kwaliteit, en een systeem van 'checks and balances' in het leven roept en onderhoudt bijvoorbeeld door het regelen van voldoende toegankelijke en laagdrempelige voorzieningen waar geschillen en conflicten snel en efficiënt kunnen worden opgelost. Een terughoudende wetgever is nodig om voldoende ruimte te bieden aan een verbeteren van de wensen van onderwijsvragers en het aanbod en de plichten van de (publiek bekostigde) autonome onderwijsinstellingen.

Wat betekent dat voor deze modaliteit in het licht van het leerrecht en de inrichting van onderwijswetten? Om bijvoorbeeld doorlopende leerwegen mogelijk te maken zouden niet uitgebreide, gedetailleerde wetsbepalingen in de richting van scholen de oplossing kunnen zijn, maar sterke in wetgeving verankerde principes (bijvoorbeeld gestandaardiseerd diploma; doorstromings- en/of plaatsingsrecht voor specifiek aangewezen leerlingen) en uitbreiding van flexibele bekostiging (aanbod- en/of vraag gerelateerd, ook te besteden buiten het onderwijs), waarbinnen instellingen en leerlingen zelf hun weg kunnen kiezen.

De nieuwe opzet van onderwijswetgeving die volgens deze modaliteit wordt voorgestaan, is ruim tien jaar terug in grote lijnen al bepleit door Zoontjens en Frissen,¹⁶⁸ maar met betrekking tot waar door ons aan gedacht wordt, zijn er

¹⁶⁷ Zie ook de kritiek van de Kinderombudsman, *Werkt passend onderwijs? Stand van zaken een jaar na dato*. Rapport nr. KOM014/2015 d.d. 8 september 2015, p. 26.

¹⁶⁸ P.J.J. Zoontjens, P.H.A. Frissen, *Kansen voor harmonisatie van de onderwijswetgeving. Naar een voorzieningwet voor het onderwijs*, Eindrapport uitgebracht aan het ministerie van OCW, Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken, Tilburg University, september 2005. Te raadplegen op onder meer: <http://www.homeschooling.nl/brief2k-2005-doc-50408a.pdf>.

accentverschillen. In de studie van 2005 was de focus te komen tot één gedereguleerde en geharmoniseerde wet voor het onderwijs (lijkend op de modaliteit die in de vorige paragraaf is beschreven). Verder blijkt uit het rapport van 2005 dat er voor het nieuwe nog veel werd voortgeborduurd op het toenmalig bestaande regelkader. De kern die wij er voor de situatie van nu uit willen halen, betreft de formulering van algemene beginselen in de wetgeving die de rechten van onderwijsvragers aangaan,¹⁶⁹ en de positionering van de overheid en onderwijsinstellingen als verschaffers van voorzieningen om aan die rechten tegemoet te komen. Het perspectief wordt aldus in die zin verlegd dat niet de instellingen centraal staan, en de door de wet verleende bevoegdheden als hún bevoegdheden moeten worden beschouwd, maar dat in een bepaalde, specifieke rolverdeling tussen instellingen en overheid en onderwijsvragers, vraag en aanbod op elkaar zijn betrokken om het recht op onderwijs van (zoveel mogelijk) eenieder, in lijn met de internationale bepalingen, te realiseren. De onderwijswet wordt opgezet vanuit het perspectief van de gebruiker, de onderwijsontvanger, en niet vanuit de ratio van de (bekostigde) instelling. Daarmee erkent de wetgever dat het systeem uiteindelijk niet draait om ‘goede geregelde bekostiging en toezicht’, maar om ‘borging van goed onderwijs’.

De formulering van de rechten van onderwijsvragers als algemene beginselen is de erkenning van het gegeven dat deze normen in het concrete geval richtinggevend zijn. Een in alle gevallen voor elk individugeregeld recht op keuze van of op toegang tot een school is immers, de jurisprudentie is hier duidelijk over, op dit moment niet afdwingbaar.¹⁷⁰

Een voorbeeld hoe dit kan uitwerken is het volgende. De werkgroep Leerplicht en leerrecht van de NVOR heeft in 2011¹⁷¹ een voorstel gedaan om de Leerplichtwet 1969 te vervangen door de Leerrecht-wet. In dat voorstel was een bepaling opgenomen waarin expliciet het recht op onderwijs zou worden vastgelegd, en dat dit leerrecht voor elke minderjarige in ieder geval met zich mee zou brengen dat er geen strafrechtelijke vervolging van de ouders of verzorgers zou plaatsvinden, wanneer het bevoegd gezag zou nalaten de jongere “ die extra ondersteuning te bieden dan wel nalaat er voor zorg te dragen dat de jongere op een andere school of instelling die extra ondersteuning zal kunnen krijgen”. Het voorstel bevatte onder meer ook extra waarborgen voor verantwoording, bijvoorbeeld bij afwijking van het reguliere onderwijsprogramma voor leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte.

¹⁶⁹ De rechten kunnen daarbij gerubriceerd worden naar de volgende thema's: toelating tot de onderwijsinstelling, leerplicht en toegang, algemeen leerrecht, ononderbroken ontwikkeling en doorlopende leerlijnen, medezeggenschap, informatierechten en thuisonderwijs.

¹⁷⁰ Zie het overzicht van Pieter Huisman en Niels Noorlander, Toelating, schorsing en verwijdering in het primair en voortgezet onderwijs, in: P.W.A. Huisman, P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Kluwer: Deventer 2009, p. 107-144.

¹⁷¹ Zie noot 161.

Een voorbeeld in het geval van toelating is om de ‘bewijslast’ om te keren. De leerling wordt toegelaten, tenzij er zeer zwaarwegende redenen zijn, die bijvoorbeeld te maken hebben met de (fysieke) veiligheid van anderen. Een dergelijk uitgangspunt is bijvoorbeeld nu al verwoord in de Wet Gelijke Behandeling op grond van Chronische Ziekte of Handicap; ook daar moet de instelling aangeven waarom zij voor een leerling of student met een bepaalde handicap, geen doeltreffende aanpassing kan plegen.¹⁷² Een andere optie in dit model is het doortrekken van het principe zoals dat nu in de wet toelatingsrecht MBO is geregeld, door te trekken naar de andere sectoren in het funderend onderwijs.

Dit vereist voortdurend afweging met wat feitelijk kan of voorhanden is. Maar geformuleerd en wettelijk vastgelegd als beginsel kan dit recht in belangrijke mate richting geven aan de afweging die op het niveau van de onderwijsinstelling steeds in het concrete geval moet worden gemaakt. Een rechter kan die afweging mede toetsen aan de hand van die beginselen. Tegelijk wordt met het beginsel uitgedrukt dat er op het geijkte niveau ruimte aanwezig is tot afweging in het concrete geval. In die zin pleiten we niet voor een volledig geïndividualiseerd en te allen tijde afdwingbaar recht (want dat zou in voorkomende gevallen ook inbreuk kunnen betekenen op andere, individuele rechten) maar een andere benadering van de principale adressanten in het systeem, ondersteund met uitgangspunten die in het concrete geval de individuele positie van de vrager kan versterken.

Het hier beschreven model beoogt met name om een synthese te bewerkstelligen tussen de (door Nederland onderschreven) uitgangspunten in internationale afspraken en verdragen, het nationale beleid en de wetgeving. Wanneer het beleid duidelijk zou kiezen voor een ‘leerling centraal’ benadering, waarin het recht op maatwerk en het recht op passend onderwijs optimaal (d.w.z. zoveel mogelijk) verwezenlijkt zou moeten worden, dat niet alleen kan gebeuren via de band van beleidsmaatregelen, voldoende bekostiging, enz., maar dan zouden de uitgangspunten van de onderwijswetgeving in dat opzicht ook gewijzigd moeten worden in termen van adressanten, opbouw en het borgen van individuele leerrechten. De meerwaarde is dan dat het politiek-beleidsmatige uitgangspunt wordt gespiegeld in het wettelijk regime, zoals dat in de zorg ook de bedoeling was (‘de patiënt/cliënt centraal’).

7.4 Modaliteit 3: Complementeren van leerrechten in bestaande kaders

Deze modaliteit, die het minst ver gaat, gaat uit van de bestaande wettelijke kaders, en daarin neergelegde uitgangspunten zoals selectievrijheid van het bevoegd gezag.

¹⁷² Zie artikel 10, eerste lid WGBH/CZ

De opbouw van de wet blijft ook hetzelfde. Dit model gaat uit van aanvulling van de huidige sectorwetgeving (en de Leerplichtwet) met enkele bepalingen die met name zien op de doorstroom en kwalificatie. Het modificeert niet, maar codificeert slechts datgene wat bijvoorbeeld in de jurisprudentie, of in de uitleg van bepalingen (zoals aanmeldrecht bij meerdere scholen) op dit moment al geldend recht is. Ook een aantal zaken die raken aan het leerrecht waar vermoedelijk consensus over is, vallen binnen dit bestek, zoals het doorstroomrecht. Dit houdt bijvoorbeeld ook in dat de overstap tussen schoolsoorten (bijvoorbeeld tussen VMBO en HAVO) niet meer bij convenant, maar in het Inrichtingsbesluit worden opgenomen, en dat het Eindexamenbesluit VO klip en klaar regelt dat toelating tot het CE slechts in beperkte gevallen kan worden geweigerd door het bevoegd gezag.

De meerwaarde van deze modaliteit ten opzichte van het huidige systeem en de variant van de wetgeving ongewijzigd laten, zit er met name in dat een aantal zaken die voor de rechtspositie van de leerling van belang zijn duidelijker worden vastgelegd in de wetgeving, en daarmee de kenbaarheid en rechtszekerheid wordt vergroot.