

De Kinderombudsman en het recht op onderwijs

Joke Sperling¹

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag waarom de Leerplichtwet een obstakel is bij het verwezenlijken van het individuele recht op onderwijs en hoe dit obstakel weg te nemen. Kinderen die maatwerk nodig hebben ter verwezenlijking van hun recht op onderwijs, komen door de wet in het gedrang. Dit komt met name door een aantal gebreken in die wet. Ten eerste ontbreekt een bepaling over het recht op onderwijs. Daarnaast worden ouders of verzorgers verplicht hun kind op een school te laten inschrijven, terwijl zij die inschrijving niet kunnen bewerkstelligen. Bovendien vereist de Leerplichtwet dat kinderen uitsluitend onderwijs volgen door voltijds en fysiek op de school van inschrijving aanwezig te zijn. Indien dit niet mogelijk is, biedt de Leerplichtwet alleen de mogelijkheid dat het kind helemaal niet meer naar school gaat of dat hij en zijn ouders of verzorgers strafrechtelijk worden vervolgd.

1. Inleiding

Op 16 mei jl. verscheen het adviesrapport van de Kinderombudsman 'Van Leerplicht naar leerrecht' over waarborging van het recht op onderwijs van thuiszitters. Aanleiding voor het onderzoek was dat de Kinderombudsman zeer regelmatig signalen, klachten en hulpvragen ontvangt van en over kinderen die wel onderwijs willen volgen, maar voor wie dit vanwege specifieke onderwijsbehoeften op medisch, sociaal, intellectueel of emotioneel gebied niet haalbaar is. Deze kinderen worden ook wel 'thuiszitters' genoemd. Volgens de Kinderombudsman gaat het om duizenden kinderen.²

Veel van deze kinderen zouden onderwijs kunnen volgen als zij onderwijs op maat zouden krijgen, bijvoorbeeld op een combinatie van scholen, van school en zorginstelling, van een school voor speciaal onderwijs en een 'gewone' school of van school en (tijdelijk) thuis. Er waren bij de Kinderombudsman opvallend veel meldingen van of over hoogbegaafde kinderen, die vanwege hun hoge intelligentie en daarmee gepaard gaande leer- en/of gedragsproblemen geen goede plaats kunnen vinden binnen het schoolsysteem. Verder gaat het om hoog sensitieve kinderen, kinderen met een angststoornis of dyslexie. Daarnaast meldde zich een aantal kinderen dat vanwege fysiek en/of psychisch geweld niet meer naar hun school durfde. Ook kinderen die uitblinken in bepaalde vakken, maar niet bij alle vakken even goed meekomen, ervaren problemen. Ter beantwoording van de vraag waarom het niet mogelijk blijkt om deze kinderen passend onderwijs te laten volgen, heeft de Kinderombudsman onderzocht of het recht op onderwijs voor deze kinderen in de Nederlandse wet en praktijk wel voldoende is gewaarborgd.

In zijn rapport komt de Kinderombudsman tot de conclusie dat dit niet het geval is. Ten eerste zijn de wet- en regelgeving en het onderwijsbeleid vooral gebaseerd op leerplicht en dagelijkse fysieke aanwezigheid op school; hierdoor ontbreekt ruimte voor maatwerk. Dit heeft mede tot gevolg dat de bekostiging voor een kind niet kan worden verdeeld over meerdere onderwijsvormen en dat gescheiden financieringsstromen bij onderwijs/zorgcombinaties botsen. Ten tweede is er onvoldoende flexibiliteit bij schoolbesturen en leerkrachten ten aanzien van het creëren en toepassen van maatwerk. Het toezicht van de Inspectie van het Onderwijs speelt hierbij een grote rol, vanwege haar focus op opbrengsten en slagingspercentages. Ten derde hebben ouders, scholen en leerplichtambtenaren een tekort aan vroegtijdige deskundige ondersteuning en advisering ten aanzien van maatwerk. Ten vierde richten leerplichtambtenaren zich vaak op handhaving van de Leerplichtwet en te weinig op het initiëren van maatwerk. Zij denken daardoor onvoldoende mee aan een passende oplossing. Tot slot wordt binnen het onderwijsveld geregeld doorzettingsmacht gemist om maatwerk daadwerkelijk tot stand te laten komen.

De Kinderombudsman doet een aantal voorstellen om deze knelpunten weg te nemen. Eén daarvan is dat leerplichtambtenaren de Leerplichtwet 1969 (hierna: de Leerplichtwet) zodanig interpreteren, dat ruimte ontstaat voor maatwerk. Deze wet is immers juist in het leven geroepen om het recht op onderwijs te beschermen en mag hiertoe geen belemmering zijn. Voor kinderen met specifieke onderwijsbehoeften moet kunnen worden afgeweken van de verplichting tot voltijdse fysieke aanwezigheid op de school van inschrijving, waardoor (combinaties

Het voorstel om de Leerplichtwet ruimer te interpreteren kan op zijn hoogst een korte termijnoplossing zijn

met) andere vormen van onderwijs of zorg wettelijk mogelijk worden. Gemeenten moeten het leerrecht perspectief integreren in de werkwijze van de leerplichtambtenaren, zodat zij meer oog krijgen voor maatwerk, aldus de Kinderombudsman.

Het voorstel om de Leerplichtwet ruimer te interpreteren kan echter op zijn hoogst een korte termijnoplossing zijn. Want in feite stelt de Kinderombudsman voor deze wet, ter discretie van de leerplichtambtenaar, niet toe te passen of buiten werking te stellen. Dat kan natuurlijk nooit de bedoeling van wetgeving zijn en die interpretatie is dan ook in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het zou tot rechtsonzekerheid en willekeur kunnen leiden, zoals bij de zogenoemde 'Miep-Ziek' constructie. Deze constructie is een schriftelijke afspraak tussen de ouders van een thuiszittend kind en de school van inschrijving, waarin staat dat het kind blijft ingeschreven op de school, maar niet deelneemt aan het onderwijsprogramma op school. In de plaats daarvan volgt het kind onderwijs in de thuissituatie met behulp van materialen en begeleiding die de ouders aanschaffen bij derden en die door de school worden bekostigd uit de rijksvergoeding voor deze leerling.³

Het is onduidelijk of de Leerplichtwet een rechtsgrond voor deze constructie bevat, zeker als het gaat om een kind dat eigenlijk helemaal niet ziek is, maar alleen passend onderwijs nodig heeft, bijvoorbeeld omdat het gedragsproblemen heeft, hoogbegaafd is of inmiddels hersteld is van een ziekte, maar een onderwijsachterstand heeft. In de praktijk wordt deze constructie volkomen willekeurig toegepast en schept het vaak onzekerheid voor de ouders en het kind. De school kan namelijk op elk moment de overeenkomst weer opzeggen of de leerplichtambtenaar kan besluiten een proces-verbaal tegen de ouders op te maken. Een aantal Tweede Kamerleden heeft onlangs kamervragen gesteld over deze constructie en de staatssecretaris opgeroepen tot 'een debat over de leerplichtwet in relatie tot de circa 5.000 thuiszitters [...] waarbij ook het rapport van de Kinderombudsman betrokken kan worden'.⁴

In dit artikel ga ik in op de vraag waarom de Leerplichtwet een obstakel is bij het verwezenlijken van het individuele recht op onderwijs. Ik zal aangeven hoe deze wet kan worden aangepast om het recht op onderwijs beter vorm te geven en maatwerk mogelijk te maken. De opzet is daarbij als volgt. In onderdeel 2 zet ik uiteen wel-

ke de grondslag en reikwijdte van het recht op onderwijs zijn. In onderdeel 3 geef ik aan hoe dit recht in de Leerplichtwet is uitgewerkt. Mijn conclusie is dat die uitwerking niet overeenkomt met de reikwijdte van het recht op onderwijs. In onderdeel 4 geef ik aan hoe de Leerplichtwet kan worden aangepast om deze obstakels zo veel mogelijk weg te nemen.

2. Recht op onderwijs

Het recht op onderwijs komt in de nationale Nederlandse wetgeving niet voor. De grondwet bevat geen bepalingen over de rechten van onderwijsvragers jegens de overheid, maar alleen van onderwijsverstrekkers. In art. 23 Grondwet staat dat het geven van onderwijs vrij is en bijzondere scholen op gelijke wijze moeten worden bekostigd als openbare scholen. De gedachte achter deze bepaling is dat de verwezenlijking van het recht op onderwijs van kinderen in de eerste plaats een verplichting van hun ouders is⁵ en art. 23 Grondwet het mogelijk maakt dat er een pluriform scholenstelsel ontstaat waardoor ouders een school voor hun kind kunnen kiezen die aansluit bij hun opvoedkundige opvattingen. De vrijheid van onderwijs is dan ook eigenlijk niet meer dan een middel om de schoolkeuzevrijheid van ouders mogelijk te maken. Bij de totstandkoming van art. 23 Grondwet in 1848 en 1917 was het opvoedingsrecht van ouders, wat het recht op onderwijs van hun kinderen omvatte, zo vanzelfsprekend, dat de grondwetgever het niet nodig vond om dit afzonderlijk in de grondwet te noemen.⁶

Wel is het recht op onderwijs uitdrukkelijk in internationale verdragsbepalingen opgenomen. Zo staat in art. 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM dat niemand het recht op onderwijs mag worden ontnomen. Art. 28 van het Kinderrechtenverdrag schrijft voor dat de staat het recht op onderwijs van het kind erkent. Art. 29 van dit verdrag bepaalt dat dit onderwijs gericht dient te zijn op de zo volledig mogelijke ontplooiing van de persoonlijkheid, talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens van het kind. Deze bepalingen zijn gericht tegen de overheid en zijn bedoeld in aanvulling op de opvoedingsverplichtingen van de ouders.

Aanvankelijk hadden deze verdragsbepalingen, en met name die in het EVRM, het karakter van een klassiek vrijheidsrecht, namelijk de verplichting van de staat zijn burgers vrij te laten om hun recht op onderwijs of dat van

Auteur

1. Mr. dr. J. Sperling is voorzitter van de Werkgroep leerrecht en leerplicht van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht. Zij is per 1 augustus 2013 benoemd tot lector Onderwijsrecht aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys.

Noten

2. De 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. 11.
3. 'Thuisonderwijs via geheime constructies', *NRC Handelsblad* 7 juni 2013, voorpagina. Voor een voorbeeld, zie Rb. Alk-

maar 11 oktober 2011, *LJN* BT8894.

4. *Kamerstukken II* 2012/13, Vragen Jasper van Dijk en Smaling, ingezonden 12 juni 2013 (2013Z11990), vraag 9.

5. Art. 1:247 BW: het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden. Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de ver-

antwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid.

6. J. Sperling, *Moet jij niet naar school? Een onderzoek naar de juridische aspecten van thuisonderwijs vanuit Nederlands en rechtsvergelijkend perspectief*, diss. Rotterdam (EUR), 2010, p. 21 en 216.

hun kinderen te verwezenlijken. In die optiek sloten de verdragsbepalingen aan bij de achterliggende gedachte van art. 23 Grondwet. Maar het recht op onderwijs is na verloop van tijd steeds meer een sociaal recht geworden, dat de overheid verplicht tot actief handelen. Eén van die belangrijkste verplichtingen is dat de overheid garandeert dat ieder kind toegang heeft tot een onderwijsinstelling, aldus het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁷ De overheid moet daartoe wettelijke maatregelen nemen, maar heeft wel veel beleidsvrijheid. Zo kan zij ervoor kiezen om zelf scholen in stand te houden of scholen te financieren, scholen voor te schrijven wat zij kinderen moeten onderwijzen, scholen een toelatingsverplichting op te leggen en ouders te verplichten hun kind naar school te sturen. Het belang van de samenleving bij het onderwijs speelt daarbij een belangrijke rol.

3. Recht op onderwijs in de Leerplichtwet

Samengevat houdt het recht op onderwijs op grond van de internationale bepalingen in dat de staat maatregelen moet nemen waardoor het kind 1. in staat is 2. zijn persoonlijkheid, talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens zo volledig mogelijk te ontplooiën, en 3. toegang heeft tot een onderwijsinstelling. Volgens de wetgever wordt 'het recht op onderwijs (...) beschermd door de Leerplichtwet'.⁸ Hoe heeft de Nederlandse wetgever deze drie verplichtingen daarin vormgegeven?

3.1 In staat is

Ten eerste vereist het recht op onderwijs dat het kind in staat is dit recht te verwezenlijken. De wet legt die taak primair bij hun ouders of verzorgers.⁹ Om te waarborgen dat zij hun kind het recht op onderwijs niet ontzeggen en hun taak ook echt vervullen, verplicht de overheid, met de Leerplichtwet, ouders of verzorgers er voor te zorgen dat hun kind naar een school gaat. De Leerplichtwet schrijft tevens voor dat deze scholen aan de voorschriften van de onderwijswetten¹⁰ of, in het geval van particuliere scholen, aan kwaliteitsvoorwaarden in de Leerplichtwet voldoen. Deze combinatie van verplichtingen vormt de waarborg voor het recht op onderwijs, zo is de gedachte.

3.2 Ontplooiing

Ten tweede houdt het recht op onderwijs in dat de overheid garandeert dat het kind zijn persoonlijkheid, talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens zo volledig mogelijk kan ontplooiën. De Leerplichtwet bevat geen uitdrukkelijke bepaling over wat daaronder wordt verstaan. Wel kan daaruit indirect een omschrijving worden afgeleid. De Leerplichtwet bepaalt namelijk dat kinderen alleen een school in de zin van de onderwijswetten mogen bezoeken en deze wetten bevatten bepalingen over de inhoud van het onderwijs. Zo staat in art. 9 Wet primair onderwijs (hierna: 'WPO') dat het basisonderwijs de volgende onderwerpen omvat: zintuiglijke en lichamelijke oefening, Nederlandse taal, rekenen en wiskunde, Engelse taal, expressie-activiteiten, bevordering van zelfredzaamheid en gezond gedrag en kennisgebieden (aardrijkskunde, geschiedenis, natuur en maatschappelijke verhoudingen en geestelijke stromingen). Deze onderwerpen worden nader uitgewerkt in de zogenoemde kerndoelen van het onderwijs. Voor het voortgezet onderwijs

schrijft de Wet op het voortgezet onderwijs per schoolsoort voor wat aan kinderen moet worden onderwezen.

Art. 8 WPO schrijft bovendien voor dat het onderwijs is afgestemd op de voortgang in de ontwikkeling van de leerlingen. Doel van het onderwijs is, onder meer, dat leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doorlopen en doorstromen naar het vervolgonderwijs. Ten aanzien van leerlingen die extra zorg behoeven, moet het onderwijs zijn gericht op individuele begeleiding die is afgestemd op de behoeften van de leerling.

3.3 Toelating tot een onderwijsinstelling

Ten derde verplicht het recht op onderwijs de overheid te garanderen dat een kind toegang heeft tot een onderwijsinstelling. In de Leerplichtwet ontbreekt echter die garantie. Het recht op onderwijs is in deze wet geformuleerd als een verplichting van de ouders of verzorgers te zorgen, dat hun kind als leerling van een school in de zin van de Leerplichtwet staat ingeschreven en deze school na

Ouders en hun kinderen kunnen inschrijving op en toelating tot de school niet afdwingen

inschrijving geregeld bezoekt. Deze plicht geldt totdat het kind 18 jaar is of eerder als het een startkwalificatie (vwo-, havo- of mbo niveau 2-diploma) heeft behaald. Daarnaast heeft een kind van 12 jaar of ouder een eigen verplichting om de school van inschrijving te bezoeken. Scholen zijn verplicht schoolverzuim te melden aan de leerplichtambtenaar. Op niet-nakoming van de bepalingen met betrekking tot de ouders en leerlingen staat strafrechtelijke vervolging; op niet-naleving van de verplichtingen van de school een bestuurlijke boete.

'Staat ingeschreven'

Ouders of verzorgers zijn op grond van art. 2 lid 1 Leerplichtwet verplicht ervoor te zorgen dat hun kind staat ingeschreven op een school in de zin van de Leerplichtwet. Probleem met deze wettelijke constructie is dat een ouder of verzorger niet zelf aan die verplichting kan voldoen. Ouders zijn immers afhankelijk van de bereidheid van een schoolbestuur om hun kind in te schrijven. Schoolbesturen zijn daartoe niet verplicht, vanwege de vrijheid van onderwijs in art. 23 Grondwet en omdat het recht op onderwijs geen horizontale werking heeft. In de onderwijswetten staat dan ook dat het bestuur van een school bepaalt of een kind al dan niet wordt toegelaten tot die school.¹¹ Ouders en hun kinderen kunnen inschrijving op en toelating tot de school niet afdwingen. Dat leidt ertoe dat sommige ouders hun kind op geen enkele school krijgen ingeschreven, met name kinderen waarvan de school denkt dat die om wat voor reden dan ook een risico zullen vormen voor de leeropbrengsten of de repu-



© ImageZoo/Corbis

tatie van de school. Aangezien veel schoolbesturen hun toelatingsbeleid onderling afstemmen of soms zelfs alle scholen in de regio, als gevolg van fusies, onder één schoolbestuur vallen, hebben sommige ouders geen enkele mogelijkheid om ervoor te zorgen dat hun kind tot een school wordt toegelaten.

De Leerplichtwet geeft ook leerplichtambtenaren geen enkele bevoegdheid om ervoor te zorgen dat een school het kind toelaat. De enige bevoegdheid die de leerplichtambtenaar in dat geval heeft, is het opstellen van een proces-verbaal en het in gang zetten van strafrechtelijke vervolging van de ouders, zelfs als deze geen enkele

7. Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium' (merits), appl. nr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968: 'the first sentence of Article 2 of the Protocol (P1-2) (requires) each State (...) of guaranteeing to persons

subject to the jurisdiction of the Contracting Parties the right, in principle, to avail themselves of the means of instruction existing at a given time. (...) The first sentence of Article 2 of the Protocol (...) guarantees, in the first place, a right of access to educational institutions existing at a given time'.

8. Kamerstukken II 2011/12, Aangangsels, nr. 791. Kamerstukken II 2012/13, 33 537, nr. 3, p. 5. Kamerstukken II 2008/09, Aangangsels, nr. 3563, p. 7505-7506.

9. Art. 1: 247 BW, art. 8 EVRM.

10. De wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op

het voortgezet onderwijs.

11. Art. 40 Wet op het primair onderwijs, art. 40 Wet op de expertisecentra en art. 2 Inrichtingsbesluit WVO.

school bereid hebben gevonden het kind toe te laten. Leerplichtambtenaren zijn daartoe op grond van art. 22 Leerplichtwet zelfs verplicht. Ook rechters hebben in dat geval weinig keuze dan de ouders strafrechtelijk te veroordelen,¹² zij het dat de rechter in dat geval soms geen straf oplegt¹³ of de ouders van rechtsvervolgung ontslaat wegens overmacht.¹⁴ In de uitspraak van 11 oktober 2011 schreef de rechter zelfs in zijn vonnis dat hij niet vermocht in te zien welk beginsel van een goede procesorde door de vervolgingsbeslissing werd geschonden.

Om te voorkomen dat zij een proces-verbaal tegen ouders moeten opstellen, geven sommige leerplichtambtenaren ouders de 'keuze' om een beroep te doen op vrijstelling van de plicht om hun kind op een school in te schrijven. De enige mogelijkheid die de Leerplichtwet daarvoor op het eerste gezicht biedt, is de vrijstelling op grond van art. 5, aanhef en onder a: als 'de jongere op lichamelijke of psychische gronden niet geschikt is om tot een school onderscheidenlijk een instelling te worden toegelaten'. Daarbij moet een verklaring worden overlegd van een door de gemeente aangewezen arts, pedagoog of psycholoog waarin staat dat deze het kind niet geschikt acht om tot een school te worden toegelaten. Het kind komt vervolgens thuis te zitten, meestal zonder onderwijs en zonder enig uitzicht op terugkeer naar een school. Het is onduidelijk om hoeveel kinderen het gaat, te meer daar zij officieel niet meer als 'thuiszitters' worden beschouwd, want de overheid beschouwt alleen kinderen die op een school ingeschreven staan, maar daar niet naar toe kunnen gaan, als 'thuiszitters'. Uit kamervragen kan worden afgeleid dat als deze (vrijgestelde) kinderen daar wel onder zouden vallen, het om meer dan 16.000 kinderen zou gaan.¹⁵

Geen van deze opties zorgt ervoor dat het kind onderwijs krijgt

De invoering van de Wet passend onderwijs per 1 augustus 2014 is mede bedoeld om deze situatie te verbeteren. Deze wet verplicht schoolbesturen zich aan te sluiten bij een samenwerkingsverband in de regio, welk samenwerkingsverband een dekkend onderwijsaanbod moet bieden. 'Dekkend' wil zeggen: één geheel van onderwijsvoorzieningen, die aan alle leerlingen een zo veel mogelijk passende onderwijsplek kunnen bieden. In de onderwijswetten zullen tevens bepalingen worden opgenomen waarin staat dat een schoolbestuur een inschrijvingsverzoek met betrekking tot een kind met een extra ondersteuningsbehoefte alleen kan afwijzen als het er voor heeft zorggedragen dat een andere school binnen het samenwerkingsverband het kind toelaat. Met deze bepaling wordt dus in zekere zin tegemoetgekomen aan het manco in de Leerplichtwet dat ouders niet kunnen bewerkstelligen dat hun kind tot een school wordt toegelaten.

Maar de Wet passend onderwijs voldoet slechts in beperkte mate aan de plicht van de overheid te waarborgen dat ieder kind toegang heeft tot een onderwijsinstel-

ling. Ten eerste geldt de toelatingsverplichting alleen met betrekking tot leerlingen die 'extra ondersteuning' nodig hebben. Uit die verplichting kan dus, *a contrario* geredeneerd, nog uitdrukkelijker dan voorheen worden afgeleid dat 'gewone' leerlingen geen recht op toegang tot een school hebben. Daarbij komt dat de voorgestelde wettekst en de memorie van toelichting geen omschrijving van 'extra ondersteuning' geven. Mogelijk gaat het om 'stoornissen of handicaps van het kind of beperkingen in de onderwijsparticipatie'.¹⁶ Of daaronder ook valt gedragsproblematiek, hoogbegaafdheid of een onderwijsachterstand is onduidelijk. Onder 'extra ondersteuning' wordt in ieder geval niet verstaan ondersteuning ter bevordering van de beheersing van de Nederlandse taal met het oog op het voorkomen en bestrijden van onderwijsachterstanden.¹⁷ Bovendien volgt uit de wettelijke regeling dat de school waartoe toelating wordt gevraagd, het laatste woord heeft bij de vaststelling of in een individueel geval sprake is van een extra ondersteuningsbehoefte.

Ten tweede geeft de wet een aantal uitzonderingen op deze toelatingsverplichting, bijvoorbeeld als de school van aanmelding zegt geen plaatsruimte te hebben of vindt dat de door de ouders verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanmelding of voorbereiding van de toelatingsbeslissing.¹⁸ In dat geval hoeft de school het kind niet toe te laten of een andere school bereid te vinden het kind toe te laten.

Ten derde geeft de wet ouders en hun kinderen geen mogelijkheid om toelating af te dwingen. De zorgplicht van een school om een leerling met een extra ondersteuningsbehoefte toe te laten of een andere school te vinden, staat immers in de onderwijswetten en het is onduidelijk of ouders in hun relatie met de (toekomstige) school van hun kind een beroep kunnen doen op de bepalingen van deze wetten. Uit een tweetal arresten van het Hof Amsterdam kan worden afgeleid dat dit niet het geval is. Hierin werd overwogen dat de normen van de onderwijswetten niet doorwerken in de relatie tussen het bevoegd gezag van de school en derden. Volgens het hof kon een werknemer in zijn arbeidsverhouding met het schoolbestuur (van een bijzondere school) geen rechten ontleen aan de bepalingen van de onderwijswetten omdat deze geen arbeidsvoorwaarden bevatten, maar uitsluitend rechtsplichten in het leven roepen tussen de school en de overheid als subsidieverlener. Sanctie op niet-naleving van de onderwijswetten kan dan ook alleen tot gevolg hebben dat de minister besluit om de financiering van een school geheel of gedeeltelijk in te houden.¹⁹ In de praktijk doet de minister dat vrijwel nooit, en zeker niet bij geschillen tussen individuele ouders en de school.

'Deze school geregeld bezoekt'

Verder verplicht art. 2, lid 1, Leerplichtwet ouders of verzorgers er voor te zorgen dat het kind de school van inschrijving geregeld bezoekt. Behoudens een aantal beperkte uitzonderingen,²⁰ voldoet een ouder niet aan zijn verplichting als de betrokken jongere na inschrijving op een school, vervolgens (gedeeltelijk) een andere school of instelling bezoekt.²¹ Onder 'geregeld' wordt verstaan: geen les of praktijktijd verzuimen (art. 22 lid 3 Leerplichtwet). Uit het woord 'bezoekt' en art. 11 Leerplichtwet kan worden afgeleid dat het gaat om fysieke aanwezigheid op

De Leerplichtwet biedt nauwelijks of geen mogelijkheden om maatwerk te bieden aan kinderen voor wie dat nodig is ter verwezenlijking van hun recht op onderwijs

de school. In art. 11 Leerplichtwet wordt een opsomming gegeven van situaties waarin vrijstelling kan bestaan van de verplichting om de school te bezoeken, zoals sluiting van de school, ziekte of schorsing van de leerling. Dat het gaat om fysieke aanwezigheid is bevestigd in de jurisprudentie.²² Zo overwoog het Hof 's-Hertogenbosch dat de woorden 'geregeld bezoekt' het bijvoorbeeld onmogelijk maken dat het kind het onderwijs virtueel op een andere plaats dan op school volgt.²³

Deze strikte verplichting over de wijze waarop en de plaats waar kinderen hun onderwijs moeten volgen, heeft tot gevolg dat kinderen die hun recht op onderwijs alleen kunnen verwezenlijken met een combinatie van onderwijsvormen, helemaal geen onderwijs krijgen. Veel scholen zeggen in die gevallen 'handelingsverlegen' te zijn en het kind geen onderwijs te kunnen bieden, waardoor het kind thuis komt te zitten. In sommige gevallen krijgt het kind dan alleen maar huiswerkbegeleiding van de school of helemaal geen onderwijs meer. In weer andere gevallen schrijft de school het kind uit. Als geen andere school bereid is het kind in te schrijven en toe te laten, heeft de leerplichtambtenaar de keuze om de situatie te gedogen (hoewel de Leerplichtwet hiervoor eigenlijk geen rechtsgrond biedt), een proces-verbaal tegen de ouders of het kind op te maken of de ouders voor te stellen een beroep te doen op de hierboven genoemde vrijstelling van art. 5, aanhef en onder a, Leerplichtwet. Geen van deze opties zorgt ervoor dat het kind onderwijs krijgt.

In een enkel geval wordt, met medeweten van de leerplichtambtenaar en de onderwijsinspectie, een overeenkomst gesloten tussen de school en de ouders (de hierboven genoemde 'Miep-Ziek' constructie). Het is onduidelijk of de Leerplichtwet daarvoor een grondslag biedt. Mogelijk is dat art. 11, aanhef en onder d, Leerplichtwet: een verzoek van de ouders aan de leerplichtambtenaar tot vrijstelling van de bezoekplicht wegens ziekte van het kind. Maar veel thuiszitters zijn helemaal niet ziek; zij hebben alleen een combinatie van onderwijsvormen nodig. De kinderen willen in die gevallen eigenlijk gewoon (gedeeltelijk) naar school, zo blijkt uit de voorbeelden in het rapport van de Kinderombudsman. En zelfs al zou art. 11, aanhef en onder d, Leerplichtwet van toepassing zijn, dan kan dat er niet toe leiden dat de

school onderwijs bij derden inkoopt. De onderwijswetten schrijven voor dat de school alleen de in die wetten voorgeschreven vormen van ondersteuning aan zieke leerlingen inschakelen.²⁴ Onderwijs via andere instanties, bijvoorbeeld de LOI of de Wereldschool, valt daar niet onder.

In zijn reactie op het rapport van de Kinderombudsman verwijst de staatssecretaris tevens naar art. 11, aanhef en onder g, Leerplichtwet als wettelijke grondslag voor maatwerk.²⁵ Hierin staat dat de ouders of verzorgers zijn vrijgesteld van de verplichting er voor te zorgen dat het kind de school geregeld bezoekt, indien het kind door 'gewichtige omstandigheden' verhinderd is de school te bezoeken. De ouders of verzoekers moeten het hoofd van de school om vrijstelling verzoeken. Als het om meer dan 10 dagen gaat, moet de leerplichtambtenaar toestemming geven. Onder 'gewichtige omstandigheden' wordt verstaan: externe, buiten de wil van het kind of de ouders gelegen omstandigheden.

Deze bepaling is echter niet bedoeld om maatwerk te bieden. Blijkens een beleidsregel gaat het om omstandigheden als verhuizing, ernstige levensbedreigende ziekte of overlijden van een familielid waarvoor een kortdurend 'verlof' wordt verleend.²⁶ Verder heeft deze bepaling slechts tot gevolg dat het kind niet de school hoeft te bezoeken, en niet dat het mogelijk wordt dat het kind het onderwijs geheel of gedeeltelijk op een andere plaats dan de school van inschrijving kan volgen. De school van inschrijving heeft geen enkele verplichting om aan een alternatieve vorm van onderwijs mee te werken gedurende de tijd dat het kind de school van inschrijving niet bezoekt. Toepassing van de bepaling zal dan ook niet tot maatwerk leiden.

4. Aanpassing Leerplichtwet

De Leerplichtwet biedt dus nauwelijks of geen mogelijkheden om maatwerk te bieden aan kinderen voor wie dat nodig is ter verwezenlijking van hun recht op onderwijs. Dit komt met name door een aantal gebreken in de Leerplichtwet. Ten eerste bevat deze wet geen enkele bepaling over het recht op onderwijs. Ten tweede worden ouders of verzorgers verplicht hun kind op een school te laten inschrijven, terwijl zij die inschrijving niet kunnen bewerkstelligen. Ten derde vereist de Leerplichtwet dat

12. Zie bijv. Rb. Breda 7 juni 2011, *LJN* BR0408.

13. Zie bijv. Rb. Haarlem 26 november 2010, *LJN* BP2682.

14. Zie bijv. Rb. Alkmaar 11 oktober 2011, *LJN* BT8894.

15. *Kamerstukken II* 2011/12, Aanhangsel, Vragen Çelik, nr. 2476.

16. Het voorgestelde art. 40 lid 3 WPO

(*Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 2).

17. *Idem*.

18. Zie bijv. het voorgestelde art. 63 lid 4 WPO (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 2).

19. Hof Amsterdam 12 oktober 2010, *LJN* BP0651.

Hof Amsterdam 19 juli 2011, *LJN* BR4254. Zie ook HR 9 november 2001, *LJN* AB2752.

20. Bijv. art. 40 lid 4 WEC of art. 25a WVO.

21. Afdeling bestuursrecht Raad van State 22 december 2012, *LJN* BO8269 (impliciet).

22. Hof 's-Hertogenbosch 29 mei 2012, *LJN* BW7254; Rb. 's-Hertogenbosch 21 juli 2011, *LJN* BR2620; en Rb. Alkmaar 19 april 2009, *LJN* BI3644.

23. Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, *LJN* BW4064.

24. Zie bijv. art. 9a WPO.

25. Brief 5 juni 2013 aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal.

26. Beleidsregel uitleg 'specifieke aard van het beroep en andere gewichtige omstandigheden' bedoeld in de Leerplichtwet 1969, *Stcrt.* 2012, 14773.

kinderen uitsluitend onderwijs volgen door voltijds en fysiek op de school van inschrijving aanwezig te zijn. Indien dit niet mogelijk is, biedt de Leerplichtwet alleen de mogelijkheid dat het kind helemaal niet meer naar school gaat of dat hij en zijn ouders of verzorgers strafrechtelijk worden vervolgd.

De Leerplichtwet moet dus op deze drie punten worden aangepast. Om ervoor te zorgen dat het recht op onderwijs van ieder kind beter wordt gegarandeerd, verdient het aanbeveling dat dit recht en de reikwijdte daarvan in de Leerplichtwet worden opgenomen. Die omschrijving zou als volgt kunnen luiden: Ieder kind heeft het recht om zijn persoonlijkheid, talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens zo volledig mogelijk te ontplooiën en heeft toegang tot een school of onderwijsinstelling in de zin van de Leerplichtwet. Het opnemen van die omschrijving zal tot gevolg hebben dat steeds duidelijk is waarvoor de Leerplichtwet is bedoeld en op welke wijze de bepalingen van deze wet dienen te worden geïnterpreteerd.

De vrijheid van onderwijs staat hiërarchisch lager dan het recht op onderwijs

De plicht van ouders of verzorgers om er voor te zorgen dat hun kind staat ingeschreven bij een school kan onveranderd blijven in de Leerplichtwet, mits daaraan wordt toegevoegd dat schoolbesturen verplicht worden kinderen in te schrijven en toe te laten. Het recht op onderwijs heeft weliswaar geen horizontale werking, maar de overheid kan die werking wel bewerkstelligen door schoolbesturen via een wettelijke maatregel te verplichten kinderen toe te laten. Dat doet de overheid ook met de wet Passend onderwijs, waarin staat dat een schoolbestuur een kind met een extra ondersteuningsbehoefte moet toelaten of er voor moet zorgen dat het op een andere school wordt toegelaten.

Voor de tekst van deze verplichtingen van een schoolbestuur kan dan ook gebruik worden gemaakt van de tekst van het wetsvoorstel Passend onderwijs over kinderen met een extra ondersteuningsbehoefte, zij het dan

voor alle kinderen, ook voor 'gewone' kinderen. In de Leerplichtwet kan dan worden bepaald dat een schoolbestuur een inschrijvingsverzoek met betrekking tot een kind alleen kan afwijzen als het er voor heeft zorggedragen dat een andere school binnen het samenwerkingsverband het kind toelaat. Omdat het samenwerkingsverband moet zorgen voor voldoende scholen en een dekkend onderwijsaanbod, zal er in de praktijk ook altijd een school beschikbaar zijn. Op niet-nakoming van deze verplichting kan een bestuurlijke boete worden gesteld.

Aangevoerd kan worden dat een dergelijke toelatingsverplichting in strijd is met de vrijheid van onderwijs. De vrijheid van onderwijs staat echter hiërarchisch lager dan het recht op onderwijs. Art. 94 Grondwet bepaalt immers dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende bepaling van een verdrag. De vrijheid van scholen om te bepalen of zij kinderen al dan niet toelaten is onverenigbaar met de verplichting van de overheid ervoor te zorgen dat ieder kind toegang heeft tot een school. De vrijheid van onderwijs is gebaseerd op art. 23 Grondwet, een binnen het Koninkrijk geldend wettelijk voorschrift. Het recht op onderwijs is gebaseerd op art. 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een ieder verbindende bepaling van een verdrag. Art. 23 Grondwet vindt daarom geen toepassing.

De derde aanpassing betreft de huidige tekst van de verplichting van ouders of verzorgers om ervoor te zorgen dat het kind 'deze school na inschrijving geregeld bezoekt'. Hiervoor in de plaats kan worden bepaald dat zij ervoor moeten zorgen dat het kind 'het door deze school voor hem bestemde onderwijs volgt'. Daarmee vervalt de verplichting dat het kind alleen voltijds onderwijs in het schoolgebouw van de school van inschrijving volgt. Deze tekst maakt het mogelijk dat een leerling, onder de verantwoordelijkheid van de school, geheel of gedeeltelijk niet de school van inschrijving bezoekt, maar het onderwijs voor kortere of langere tijd op een andere plaats volgt, desnoods thuis. Uiteraard moet dit onderwijs voldoen aan de omschrijving van het recht op onderwijs en in overeenstemming zijn met de voorschriften van de onderwijswetten. Ook moeten de bepalingen met betrekking tot bekostiging worden versoepeld om dit maatwerk mogelijk te maken. Tevens zou het goed zijn om in de Leerplichtwet een bepaling op te nemen die de leerplichtambtenaar de bevoegdheid geeft om te bemiddelen bij de inschrijving en plaatsing van een kind. •