

Het onderwijs(voor)recht

Katinka Slump¹

1. Inleiding

Willem Elschot schreeft ooit: "*Tussen droom en daad staan wetten in de weg en praktische bezwaren*".² Degene die dat aan den lijve ondervindt is de onderwijsjurist die zich inzet voor het recht op onderwijs. Ondanks vele wetten en regels in het onderwijs lijkt er eerder sprake van een onderwijsvoorrecht dan van een recht. Toegang tot het onderwijs is niet langer vanzelfsprekend. Het aantal kinderen dat zonder onderwijs thuis zit, stijgt explosief.³ Scholen staan niet altijd open voor kinderen die extra ondersteuning nodig hebben en sluiten leerlingen met bijvoorbeeld autisme of hoogbegaafdheid uit, omdat voor hen een succesvolle schoolloopbaan geenszins vanzelfsprekend is.⁴ Nieuwe vormen van onderwijsopvangvoorzieningen, veelal orthopedagogische centra genoemd, richten zich niet zozeer op de cognitieve ontwikkeling van kinderen, maar meer op hun gedrag. Voor veel kinderen is er daardoor sprake van een onvolwaardig onderwijsaanbod. Zo is het reguliere aanbod in het speciaal onderwijs nog steeds ten hoogste een staatsexamen vmbo terwijl veel leerlingen op deze scholen, ondanks hun beperking, tot veel meer in staat zijn. De praktijk leert dat een gebrekkig onderwijsaanbod kinderen frustrleert en een bron is voor gedragsproblemen.

Zolang de rechtspositie van de leerling, de student en hun ouders in het onderwijs niet is geregeld, is het nagenoeg onmogelijk om voor het recht op onderwijs op te komen. De stapel regelgeving waarmee het onderwijsproces wordt aangestuurd, betreft zogenaamde bekostigingsvoorwaarden. Het gaat om sectorwetten die enkel de relatie regelen tussen overheid en onderwijsaanbieders. De onderwijsvrager kan hieraan maar zeer beperkt rechten

¹ Mr K.J. Slump is voormalig advocaat onderwijsrecht. Zij is lid van de werkgroep "Leerplicht en leerrecht" van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht. Op dit moment is zij actief als lid van de Raden van Advies van het Landelijk Studenten Rechtsbureau en de Coöperatie Ouderkracht voor 't kind.

² Willem Elsschot, Het huwelijk.

³ Een thuiszitter heeft geen toegang tot een onderwijsplek. Hun aantal wordt geschat op meer dan 16.000 leerplichtige leerlingen, zo blijkt uit de Kamervragen van M. Celik, 2012Z06452, 11 mei 2012. Daarnaast zijn er veel kinderen die op school een onvolwaardig onderwijsaanbod krijgen, hun aantal is onbekend.

⁴ <http://www.onderwijsinspectie.nl/actueel/nieuwsberichten/onderwijsinspectie-beter-communiseren-met-afgewezen-autistische-leerling-in-mbo-en-hbo.html?homeref=true>

ontlenen.⁵ Doelstelling van de bekostigingsvoorwaarden is om in detail te regelen of en wanneer er aanspraak kan worden gemaakt op het onderwijsbudget van de overheid. Daarbij moet worden voorkomen dat het bijzonder onderwijs financieel wordt achtergesteld bij het openbaar onderwijs. Een erfenis die wij te danken hebben aan de schoolstrijd in 1917.

In dit artikel ga ik met zevenmijlslaarzen door de geschiedenis van ons onderwijsstelsel. Ik sta enkel stil bij de bijzondere kenmerken die het fundament zijn van ons hedendaags onderwijs. Aan de hand van enkele rechterlijke uitspraken licht ik toe hoe de complexiteit van onze regelgeving leidt tot willekeur. Tot slot doe ik een aantal aanbevelingen die mijns inziens een voorwaarde zijn om onderwijsvragers in staat te stellen om hun recht op onderwijs te kunnen handhaven en die daarmee ook een voorwaarde zijn voor de noodzakelijke kwaliteitsverbetering van ons onderwijs.

2. Onderwijs als voorwerp van de aanhoudende zorg der regering

In tegenstelling tot in vele andere landen ontbreekt in onze Grondwet het recht op onderwijs. Sperling schrijft dat in 1848 het ouderlijk recht om de opvoeding van en het onderwijs aan hun kinderen te bepalen zo vanzelfsprekend was, dat men het niet nodig vond om dit recht in de Grondwet op te nemen.⁶ Dat in onze Grondwet alleen de vrijheid van onderwijs is geregeld heeft ingrijpende consequenties voor het wetgevingstraject nu het advies van de Raad van State zich tot de Grondwettelijke onderwijsvrijheid beperkt. De stemverklaringen van de Kamerleden Boris van der Ham, Cynthia Orthegea-Martijn, Jeroen Dijsselbloem en Jesse Klaver voorafgaand aan de stemming over de Wet passend onderwijs, konden niet voorkomen dat deze wet werd aangenomen terwijl er onvoldoende waarborgen worden geboden voor het recht op onderwijs van het kind en de schoolkeuze vrijheid van ouders.

Nederland onderscheidt zich van andere landen omdat in ons land ook het bijzonder onderwijs, scholen die veelal door ouders zijn opgericht, aanspraak kan maken op overheidsfinanciering. Aan die bijzondere situatie danken wij artikel 23, lid 2, van onze Grondwet. Dit artikel garandeert de vrijheid van onderwijs en plaatst de overheid op afstand door te bepalen dat de schoolbesturen de richting en de inrichting van ons onderwijs bepalen. De overheid kan aan het schoolbestuur, als het bevoegd gezag van de school, slechts regels opleggen voor zover deze relevant zijn voor de deugdelijkheid van het onderwijs en ingrijpen in de vrijheid van onderwijs kan alleen bij wet.⁷ De vrijheid van onderwijs voorkomt dat 'wie betaalt, bepaalt', maar maakt daarmee onderwijsbestuurders uniek in hun soort. Immers zij genieten een ruime beleidsvrijheid nu aan het toezicht op hun beleid grenzen worden gesteld; het

⁵ Rechtbank Amsterdam, 26 mei 1999, AB 2000, nr. 104, Sperling, NJB 2013, 30, p. 2064

⁶ Sperling, Slump, Van de Koppel, Preadvies NVOR 2009, De juridische positie van ouders in het onderwijs, p. 13

⁷ Artikel 23, lid 5, Grondwet. Mentink en Vermeulen, Artikel 23 Grondwet, De basis van het Nederlandse onderwijsrecht, pagina 62 en 63 e.v.

toezichtkader van de Inspectie van Onderwijs plaats de inspectie op afstand, met name gericht op resultaten, en rechters toetsen slechts marginaal.

Naast de onderwijsvrijheid in de Grondwet en de lacune waar het gaat om het recht op onderwijs, onderscheidt ons land zich door een leerplicht of, beter gezegd, schoolplicht. De leerplichtwet 1969 maakt thuisonderwijs, dat in veel landen is toegestaan, nagenoeg onmogelijk door te bepalen dat ouders verplicht zijn om hun kind op een school in te schrijven en ervoor te zorgen dat het kind de school geregeld bezoekt.⁸ De Leerplichtwet gaat daarbij uit van het feitelijk bezoeken van een school. Enkel voor ouders die van deze inschrijvingsplicht zijn vrijgesteld is er ruimte voor thuisonderwijs.⁹ Omdat de leerplicht vaak wordt uitgelegd als schoolplicht ontstaat steeds vaker een knelpunt met de onderwijspraktijk waar afstandsonderwijs via het internet, stages en onderwijsprogramma's buiten school veel vaker worden gezien als een goed alternatief voor klassikaal onderwijs.

Hoezeer de schoolplicht knelt, blijkt wel uit de huidige praktijk van de zogenaamde 'Miep Ziek' contracten van de Inspectie van Onderwijs. Deze contracten regelen dat ouders het onderwijsbudget van hun kind buiten de school kunnen inzetten en dat hun kind niet verplicht is om de school waar hij staat ingeschreven te bezoeken.¹⁰ Er is sprake van onderwijs thuis, onder verantwoordelijkheid van de school en door die school gefinancierd. Dit contract is de droom van veel ouders van thuiszitters die veelal niet over de financiële middelen beschikken om zelf in het onderwijs van hun kind te voorzien. Helaas wordt aan ouders die betrokken zijn bij de Miep Ziek contracten door de Inspectie van Onderwijs een geheimhoudingsplicht opgelegd.¹¹ Ondanks een lopende procedure in het kader van de WOB, weigert de minister tot op heden om deze 55 contracten openbaar te maken.

Er is sprake van een dubbele moraal bij het ministerie dat enerzijds deze contracten toestaat en anderzijds zich volop inzet voor handhaving van de Leerplichtwet en stelt dat er daarbij sprake is van een schoolplicht. Een Leerplichtwet, met 11.000 strafzaken per jaar, waarvan slechts 19% te maken heeft met luxe verzuim en 79% met 'signaal' verzuim, mede ten gevolge van niet passend onderwijs, wordt door veel onderwijsjuristen dan ook als volstrekt inadequaat en verouderd beschouwd.¹²

⁸ Artikel 2 Leerplichtwet 1969

⁹ Zie voor de vrijstellingen van de inschrijvingsplicht en schoolbezoekplicht artikel 5, onder a,b en c, en artikel 11 Leerplichtwet 1969. Zie voor de aantallen van de aldus vrijgestelde leerlingen de antwoorden op de Kamervragen van M. Celik, vergaderjaar 2010-2011, nr. 1913.

¹⁰ 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. 16 en 'Thuisonderwijs via geheime constructies', NRC Handelsblad 7 juni 2013, voorpagina. Voor een voorbeeld, zie Rb. Alkmaar 11 oktober 2011, LJN BT8894.

¹¹ Zie Kamervragen Jasper van Dijk, Kamervragen 2013-2014, 2750: "Om die reden worden ouders gevraagd zorgvuldig om te gaan met de specifiek voor hun kind gemaakte afspraken en deze niet te verspreiden."

¹² Brief minister OCW, De Dag van de Leerplicht, 15 maart 2012, ref. 388780, pagina 6.

Sinds de schoolstrijd in 1917 en de invoering van de Leerplichtwet in 1969 is er veel veranderd. Het Scheveningse beraad in 1994 heeft geleid tot decentralisatie van het onderwijsbeleid.¹³ Vanuit de overheid werd schaalvergroting in het onderwijs gestimuleerd en ouders in schoolbesturen maakten plaats voor professionals. Onderwijs was niet langer 'van de ouders' en zelfs het openbaar onderwijs werd losgekoppeld van het openbaar bestuur en ondergebracht in privaatrechtelijke stichtingen. Deze ontwikkelingen hebben tot gevolg gehad dat ouders in het onderwijs aan de zijlijn zijn geplaatst en dat het oprichten van een school door stringente voorwaarden niet meer dan een theoretische mogelijkheid is.¹⁴ Die ontwikkeling rechtvaardigt de stelling dat Nederland nalaat om uitvoering te geven aan het recht van ouders om het onderwijs voor hun kind te bepalen, dit als onderdeel van hun recht van opvoeding.¹⁵

Na de invoering van de Wet passend onderwijs per 1 augustus 2014, zijn de rechten van ouders van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte ook nog eens zodanig beperkt dat zij nagenoeg geen zeggenschap meer hebben over de plaats waar en de wijze waarop hun kind onderwijs zal krijgen. De schoolbesturen beschikken over de middelen en bepalen het beleid in dezen en van een onafhankelijke toetsing van dit beleid is nagenoeg geen sprake.¹⁶ De Vereniging Katholiek Onderwijs (VKO) heeft de overheid het verwijt gemaakt dat zij steeds minder verantwoordelijkheid lijkt te nemen voor leerlingen met een speciale zorgvraag. De minister antwoordt hierop dat met het wetsvoorstel passend onderwijs de regering haar verantwoordelijkheid neemt "voor het onderwijsstelsel, enerzijds door de wettelijke kaders daarvoor te stellen, anderzijds door zorg te dragen voor de bijbehorende bekostiging". Opvallend is dat deze zinsnede wel is te lezen in het concept van de Nota naar aanleiding van het verslag; in de definitieve versie kon ik hem niet terugvinden.....¹⁷

¹³ Op 22 maart 1994 – precies twintig jaar geleden – kwamen bestuurders uit het onderwijs, landelijke en lokale overheden in Scheveningen bij elkaar om afspraken te maken over het onderwijs. De leden van het Schevenings Beraad realiseerden een enorme bestuurlijke omslag die de bakermat is van het huidige onderwijsstelsel. Het openbaar onderwijs werd verzelfstandigd, de gemeenten namen de rol over van Den Haag voor wat betreft huisvesting en achterstandsbeleid. Er werden afspraken gemaakt over de bekostiging.

¹⁴ Zie de vergeefse pogingen van de ouders (van thuiszitters) van Stichting AutiPassend Onderwijs Utrecht, zie www.autipassendonderwijsutrecht.nl om voor hun vaak thuiszittende kinderen met autisme een school op te richten die wel kan zorgen voor passend onderwijs.

¹⁵ Art. 2 EP EVRM: "No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions."

¹⁶ Ten gevolge van een amendement van Van de Ham/Dijsselbloem werd op de valreep een Geschillen commissie passend onderwijs ingesteld. De commissie kan slechts adviseren omdat een meerderheid, een commissie naar voorbeeld van de Huurcommissie, geen meerderheid haalde.

¹⁷ Kamerstukken II, 2011/12, 33 106, nr. 7, Nota naar aanleiding van het verslag.

3. De onderwijsrechtspraktijk

In dit onderwijsveld doet de onderwijsjurist zijn werk. Een praktijk die zich uitstrekt over het privaatrecht en het bestuursrecht, over het strafrecht en het familierecht, ten overstaan van het College van de Rechten van de Mens en of bij de diverse klachten- en geschillencommissies die in het onderwijs, op meer of minder professionele wijze, een rol vervullen. Hetgeen Prof. mr. H. Drop in 1985 schreef in zijn Algemene inleiding onderwijsrecht, geldt ook nu nog onverkort: *“Van de onderwijsjurist wordt inlevingsvermogen verwacht in de onderwijskundige, maatschappelijke en staatkundige ontwikkelingen, het vermogen deze te plaatsen in historisch perspectief: terugblikkend èn vooruitziend.”*¹⁸

Alleen een jurist die het onderwijsrecht in een breed perspectief plaatst en beschikt over een creatieve geest kan zich met enig succes handhaven. Een wetenschappelijke fundering voor dit vakgebied ontbreekt. Het aantal leerstoelen onderwijsrecht op de universiteiten is te beperkt; één dag voor de katholieke (KUB/Radboud), één dag voor de protestante (VU) en één dag voor de openbare hoogleraar onderwijsrecht (Erasmus). De geringe ondersteuning waar juristen en advocaten op kunnen rekenen betekent dat de onderwijsrechtspraktijk arbeidsintensief is, en derhalve kostbaar. Het is een praktijk die alleen geschikt is voor autodidacten. Ondertussen gaat de juridisering in het onderwijs door. De regels en protocollen binnen scholen zoals toelatingsvoorwaarden, overgangsnormen, doorstroomeisen, schorsing/verwijderingsbeleid worden nu aangevuld met regels die gelden binnen samenwerkingsverbanden voor passend onderwijs. Regels waarop de democratische controle volledig ontbreekt en waar medezeggenschapsraden onvoldoende grip op krijgen.¹⁹

De school is veranderd. Het is niet meer de school die ouders van nu nog kennen uit hun jeugd. De bereidheid van scholen om te voorzien in onderwijs blijkt afhankelijk van de noden van de leerling; scholen hebben meerdere gezichten hetgeen leidt tot vooroordelen en onbegrip tussen school en ouders, maar ook bij de rechterlijke macht.

In het onderwijsrecht is vaak sprake van snelrecht. Het gebrek aan tijd voor complexe zaken en het gebrek aan kennis over het onderwijsrecht bij de rechterlijke macht, maakt de uitkomst van een procedure zeer onzeker. Ouders komen aan een bodemprocedure vaak niet toe omdat het belang is vervallen of omdat zij financiële middelen liever inzetten voor particulier onderwijs. Ook hebben veel ouders hun handen vol aan procedures op grond van de Leerplichtwet en de daarmee vaak gepaard gaande zorgmelding bij het AMK.²⁰

¹⁸ Prof. mr. H. Drop, Algemene inleiding onderwijsrecht, 1985, pagina 19.

¹⁹ Zie voor het functioneren van de medezeggenschap in het onderwijs de onderzoeken die zijn verricht in opdracht van Stichting Onderwijsgeschillen. R. van Schoonhoven, Een geschil is geen ruzie, en F. Brekelmans/J. Sperling, Doeltreffender en meer effect, bijdrage evaluatie Wms. Zie <http://www.onderwijsgeschillen.nl/medezeggenschap/publicaties-medezeggenschap/#c14327>

²⁰ In strijd met artikel 22, lid 5, van de Leerplichtwet wordt al bij een eerste vermoeden van overtreding van de Leerplichtwet een zorgmelding gedaan.

Aan de hand van vier uitspraken zal ik proberen een beeld schetsen van de diversiteit in de uitspraken van rechters, die mijns inziens een gevolg is van de ontoegankelijkheid en de complexiteit van de regelgeving in het onderwijs.

I Rechtbank Haarlem²¹

Het geschil in deze zaak betrof de vraag of het intern verblijven op het internaat van de Maritieme Academie onderdeel was van het examenprogramma van de school. De ouders vroegen vrijstelling omdat zij naast de school woonden en zij al eerder een negatieve ervaring hadden opgedaan met drugsgebruik van hun 15-jarige zoon tijdens schooluren op stage. Een oudere broer van de jongen had aan dezelfde school zijn diploma gehaald terwijl hij thuis mocht blijven wonen. Omdat de zoon niet intern verblijft schort het schoolbestuur de onderwijsovereenkomst op. De jongen meldt zich dagelijks op school en wordt iedere dag naar huis gestuurd; hij krijgt derhalve geen onderwijs. Het Inrichtingsbesluit WVO bepaalt dat een schorsing door een school maximaal 5 dagen mag duren. De voorzieningenrechter gaat aan het beroep op de stellingen van de advocaat van de jongen voorbij. De rechter stelt: *"De aard van het kort geding brengt mee dat beoordeeld moet worden of gronden aanwezig zijn om [A] bij wijze van voorziening bij voorraad (in afwachting van een procedure ten gronde) toe te laten tot de lessen van de Maritieme Academie. De door eisers betoogde schendingen lenen zich niet voor behandeling in kort geding en dienen in een bodemprocedure dan wel op de in genoemde wetten voorziene wijze aan de orde te worden gesteld."*

Als schendingen van de onderwijswet- en regelgeving niet kunnen worden getoetst in kort geding is er in veel onderwijsgeschillen geen rechtsgang. Immers de situatie van een kind in ontwikkeling is aan snelle veranderingen onderhevig en dit betekent dat bij een herplaatsing elders er vaak geen belang meer is bij het voeren van een bodemprocedure en dat de ouders niet ontvankelijk zullen worden verklaard. In dergelijke zaken blijft het geschil voortduren en rest de ouders alleen om een andere school te zoeken en een schadeclaim in te dienen.

II Raad van State²²

De leerling kwam van het speciaal onderwijs. Zij kreeg daar enkel het aanbod praktische leerweg van het vmbo dat voor haar, gezien haar beperking dyspraxie, ongeschikt was. Omdat de theoretische leerweg vmbo op de school niet werd aangeboden werd de leerling verwijderd. Voor haar onderwijs was zij vervolgens aangewezen op het reguliere onderwijs. Reguliere scholen weigerden toelating of stelden daaraan voorwaarden waar zij op dat moment niet kon voldoen. De Raad van State ging akkoord met een voorwaarde voor de toelating tot een openbaar school. De leerling moest vooraf aantonen dat zij voldoende kans had om een eindexamen te behalen. Zij moest deelnemen aan een reguliere Cito toets, zonder dat bij de toetsing doeltreffende aanpassingen werden verricht. Het was vervolgens aan de school om, met inachtneming van de beperking dyspraxie van de leerling, *achteraf* de toets te interpreteren, een

²¹ Maritieme College Harlingen, LJN: BU6957

²² http://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken-in-uitspraken/tekst-uitspraak.html?id=76952&summary_only=

besluit dat moeilijk te verenigen is de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.²³

De Raad van State ging akkoord met toelatingsvoorwaarden voor het openbaar onderwijs. Dit terwijl onze Grondwet bepaalt dat openbaar onderwijs algemeen toegankelijk moet zijn en de leerling, in strijd met de Leerplichtwet, al jaren thuis zat omdat zij op geen school werd toegelaten.

Ondanks de weigeringen van de scholen om de leerling toe te laten, haalde zij dit schooljaar haar vmbo tl diploma. Dit dankzij haar vechtlust en de begeleiding door haar moeder, voormalig docent van het openbare schoolbestuur dat de toelating weigerde.

III Rechtbank Den Haag²⁴

Het gaat hier om een zaak die veel aandacht heeft gekregen in de media. In geschil was of de uit de Wet arbeid vreemdelingen volgende beperkingen voor vreemdelingen zonder verblijfsstatus om (in het kader van een MBO-opleiding) stage te lopen in strijd zijn met het recht op onderwijs als neergelegd in artikel 2 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De rechtbank concludeert derhalve *“dat de Staat, door het voor [eiser] onmogelijk te maken zijn diploma te behalen, in strijd handelt met artikel 2 EP en daarmee onrechtmatig wegens [eiser]. Dat de beperking voor het lopen van stage voortvloeit uit een wet in formele zin (de Wav) doet daaraan niet af, nu de rechter wetten in formele zin kan toetsen aan iederverbindende bepalingen van verdragen.”*

Anders oordeelde de Raad van State waar het ging om de vergoeding van het leerlingvervoer voor hoogbegaafde leerlingen naar een passende school.²⁵

Aan toetsing aan het artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag ging de Raad uit de weg door te stellen dat: *“Wat betreft het gewicht dat aan het belang van het kind moet worden toegekend bevat deze verdragsbepaling, gelet op haar formulering, geen norm die vatbaar is voor rechtstreekse toepassing door de rechter, aangezien zij daarvoor niet voldoende concreet is en derhalve nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving behoeft. Het beroep van [appellant] op deze bepaling faalt reeds daarom”.*

IV Rechtbank Breda²⁶

Een voorbeeld van gebruik van gezond verstand is de uitspraak van de kantonrechter van de rechtbank Breda. De rechter paste de criteria die gelden voor de zorgplicht van een school in de hoedanigheid van werkgever ook toe op de school als handelend in de hoedanigheid van onderwijsaanbieder. De kantonrechter stelt dat de school niet *“als redelijk bekwaam en redelijk*

²³ Art. 5b Wgbh/cz: Onderscheid is verboden bij het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs, voor zover niet begrepen onder artikel 6, onder b.

²⁴ Stage MBO voor deelnemer zonder verblijfsstatus, LJN:BW4736

²⁵ Raad van State, 13 juli 2011, <http://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken-in-uitspraken/tekst-uitspraak.html?id=57471>

²⁶ Rechtbank Breda, 11 april 2012, LJN: BW3199

handelende school heeft gewerkt door gemaakte onderwijsplannen in het kader van een geconstateerde leesachterstand niet uit te voeren en op de uitvoering daarvan niet toe te zien, terwijl niveau van lezen van de leerling in dezelfde periode achteruit is gegaan."

De willekeurige uitkomst van veel procedures in het onderwijsrecht is vooral het gevolg van het standpunt van veruit de meeste rechters dat het beleid van een schoolbestuur slechts marginaal kan worden getoetst.

Zo stelt ook de rechtbank Haarlem in bovenstaande uitspraak als uitgangspunt: *"bij de beantwoording van deze vragen is dat Dunamare op grond van artikel 23, tweede lid van de Grondwet in beginsel de vrijheid heeft om het onderwijs naar eigen bevinden in te richten. Dit uitgangspunt brengt mee dat de rechter het beleid van de school ter zake met terughoudendheid heeft te toetsen."* Ook de Raad van State refereert in haar uitspraak aan een *discretionaire* bevoegdheid van het bevoegd gezag bij de beslissing tot toelating van leerlingen. In beide zaken ging het om openbaar onderwijs.

Daarbij moet worden opgemerkt dat het voor buitenstaanders, tengevolge van de fusies en diverse samenwerkingsvormen tussen scholen, in het kader van de schaalvergroting, steeds moeilijker wordt om te achterhalen of er bij scholen sprake is van bijzonder of openbaar onderwijs. Dit terwijl dit verschil ingrijpende gevolgen kan hebben voor de te volgen procedure.

Bij ontbreken van adequate wet- regelgeving in het onderwijs ligt de bescherming van het recht op onderwijs van leerlingen en studenten in handen van de rechterlijke macht. Met een beroep op de onderwijsvrijheid volstaan veel rechters met een marginale toetsing en wordt enkel de vraag gesteld of het handelen van het schoolbestuur als onredelijk moet worden beschouwd.

Daarbij wordt voorbij gegaan aan het feit dat de vrijheid van onderwijs het bevoegd gezag niet ontslaat van de verplichting om die vrijheid van onderwijs om te zetten in beleid, dat beleid op zorgvuldige wijze vast te stellen en openbaar te maken. Bovendien is de achterliggende grondwettelijk gedachte natuurlijk dat dit beleid juist gericht moet zijn op het (wel) geven van onderwijs. De bepaling is bedoeld ter ondersteuning van ouders bij het realiseren van het onderwijs aan hun kinderen. De grondwettelijke vrijheid ziet niet op gronden voor uitsluiting, waarvan in de praktijk steeds vaker sprake is.²⁷

De vrijheid van onderwijs biedt slechts een kader dat scholen de ruimte geeft om het onderwijs binnen de structuur van hun onderwijsinstelling verder vorm te geven.

Immers voor scholen gelden ook de bepalingen van boek 2 BW en moeten besluiten van scholen die van overheidswege worden bekostigd ook worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁸ Ter bescherming tegen willekeur ten aanzien van de leerling en zijn ouders, dienen scholen hun

²⁷ Sperling, School & Wet, december 2009: "De Nederlandse regering stelt het recht van scholen om te beslissen over toelating van leerplichtige kinderen boven het recht op onderwijs. Dat is niet alleen in strijd met het artikel 2 EP Evrm, maar ook met de centrale gedachte van ons onderwijsstelsel en de achterliggende bedoeling van artikel 23 Grondwet".

²⁸ HR 4 april 2003, AB 2003, nr. 365. Sperling, Preadvies NVOR 2009, p. 48

beleid te verantwoorden in de statuten, het schoolplan, een zorgplan en de schoolgids. Alleen door aan hun verplichtingen op grond van de onderwijswetgeving uitvoering te geven kunnen scholen hun onderwijsvrijheid benutten.

Rechters zullen zich niet alleen moeten verdiepen in de onderwijswet- en regelgeving maar tevens in de regels die scholen zichzelf opleggen. Ook zal duidelijk moeten worden wat de grondslag is van de vordering van de onderwijsvrager, wanneer een onderwijsaanbieder tekort schiet in zijn verplichting om te voorzien in kwalitatief goed en voor de leerling en student passend onderwijs. Helaas is het inmiddels vaste jurisprudentie dat de grondslag van die vordering, een onderwijsovereenkomst of onrechtmatige daad, er niet toe doet. Daarmee wordt volstrekt voorbijgegaan aan het belang van de onderwijsvrager om zijn rechten te kunnen kennen. Als wij de leerling en de student niet meer kunnen bieden dan een informele onderwijsovereenkomst, waarvan de inhoud volstrekt onduidelijk is, of een aanspraak op grond van onrechtmatige daad, zonder een heldere rechtsplicht, schiet de handhaving van het recht op onderwijs schromelijk tekort, omdat het toetsingskader, de normen waaraan de rechter kan toetsen, volledig ontbreekt.²⁹

4. De noodzaak van een wettelijke onderwijsovereenkomst

We staan aan de vooravond van een nieuwe schoolstrijd. Ouders van thuiszitters vechten voor maatwerk in het onderwijs waardoor ook deeltijd schoolbezoek en afstandsonderwijs mogelijk wordt. Ouders eisen steeds vaker dat deze nieuwe vormen van onderwijs (deels) buiten de schoolmuren, ook van overheidswege zal worden bekostigd indien hun kind niet tot onderwijs op school wordt toegelaten of indien schoolonderwijs voor het kind ongeschikt is. De Wet passend onderwijs zal onvoldoende effectief zijn als een voltijds aanwezigheidsplicht op school, de norm blijft.³⁰ Schoolonderwijs blijkt niet langer te voorzien in de onderwijsbehoefte van ieder kind en ook het ministerie van OCW zal moeten erkennen dat haar onderwijsstelsel op dat punt tekort schiet.³¹

Maar ook in het hoger onderwijs lijkt een goede kwaliteit van onderwijs niet langer vanzelfsprekend.³² Integendeel. In het Wetsvoorstel studievoorschot zal worden geregeld dat studenten die volgens de overheid nog niet volledig kunnen profiteren van de investeringen, die mogelijk worden door invoering van het leenstelsel, vooraf worden gecompenseerd voor het gebrekkige onderwijsaanbod, dit in de vorm van vouchers.³³ Hiermee kunnen ze tot 2000

²⁹ Sperling, Slump, Van de Koppel, Preadvies NVOR 2009, De juridische positie van ouders in het onderwijs, p. 61-62, B.M. Paijmans, De zorgplicht van scholen, Recht en Praktijk 2013, p.48.

³⁰ Motie Loes Ypma, PvdA, 3 juli 2014, Een leerrecht voor leerbare thuiszitters.

³¹ Rapport Kinderombudsman, mei 2013, Van leerplicht naar leerrecht, Geheime contracten voor onderwijs thuis, NRC, 7 juni 2013 en Kamervragen Jasper van Dijk, 2013/14, 2750

³² Zie 'Eindverslag project 86' over de problemen met de onderwijskwaliteit op Inholland.

³³ Wetsvoorstel studievoorschot zal naar verwachting begin september 2014 worden ingediend.

euro inzetten voor bijscholing in de vijf tot tien jaar na hun afstuderen. Een novum in het recht is dat (de hoogte van) de vergoeding van te verwachten schade voor de studenten, vooraf wordt bepaald.

Helaas blijft met de invoering van het leenstelsel het proefschrift van Job Cohen over Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs, na meer dan 30 jaar, dan ook nog zeer actueel.³⁴ Nog steeds zijn studierechten, waaronder het belangrijke recht op een onbelemmerde studievoortgang, niet in de onderwijswet- en regelgeving vastgelegd.

Het is dan ook zeer toe te juichen dat de studentenorganisaties zich in de zomer van 2014 hebben gericht op de formulering van studierechten. Met het verval van de studiebeurs, tengevolge van de invoering van een leenstelsel, is het daarvoor nu de hoogste tijd. Tenminste, als wij ook de student de bescherming gunnen zoals deze ook geldt voor andere consumenten.

Het is ook de hoogste tijd dat de overheid weer gaat handelen conform haar Grondwettelijke opdracht en dat (de kwaliteit van) het onderwijs weer een voorwerp wordt van de aanhoudende zorg van de *regering*. Dit betekent dat het recht op onderwijs in de Grondwet wordt verankerd en dat de rechtspositie van de onderwijsvrager naar behoren wordt geregeld. In november 2009 heeft de Nederlandse Vereniging Onderwijsrecht (NVOR) zich uitdrukkelijk uitgesproken voor het preadvies van Sperling om in ons Burgerlijk Wetboek een onderwijsovereenkomst op te nemen, naar voorbeeld van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.³⁵ Alleen dan is het mogelijk om de chaos van wet- en regelgeving in het onderwijs toegankelijk te maken. Niet alleen voor hen die daarmee dagelijks werken, maar ook voor onderwijsvragers, advocaten en rechters. De overheid dient zo spoedig mogelijk te voorzien in adequate wetgeving ter bescherming van het recht op onderwijs en daarmee haar verplichting op grond van artikel 2 EP EVRM en artikel 28 IVRK na te komen.

In een wetswijziging kan pas op termijn worden voorzien. Op dit moment is de acute zorg dat toezicht ontbreekt wanneer er sprake is van schending van het recht op onderwijs. Bij de Inspectie van Onderwijs is sprake van risicogestuurd toezicht en een inspectie op afstand. Dit brengt met zich mee dat signalen van leerlingen, studenten en ouders over schending van wet- en regelgeving door de inspectie niet in behandeling hoeven te worden genomen.³⁶

³⁴ M.J. Cohen, *Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs*, RU Leiden 1981

³⁵ Sperling, Slump, Van de Koppel, *Preadvies NVOR 2009, De juridische positie van ouders in het onderwijs*, p. 61-62,

³⁶ Zo ontbreekt iedere vorm van rechtsbescherming ten behoeve van leerlingen die van onderwijs worden uitgesloten. In het schooljaar nam het aantal uitgeschreven leerlingen toe met ruim 2500 terwijl slechts 600 verwijderingen bij de inspectie werden gemeld. Zie brief staatssecretaris:

<http://www.google.nl/url?url=http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/05/12/commissiebrief-over-de-rol-van-de-inspectie-van-het-onderwijs-bij-schorsing-en-verwijdering/620399.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=y1H8U9vIEeHMyAP8xIHwBQ&ved=0CBQQFjAA&sig2=pA5z-tC4MPb5iBOMUcR8dg&usg=AFQjCNHKp2QPm0uiv7OAS8g-KseHWSnT3gbrief>

Dit klemmt temeer omdat op dit moment adequate en juridische bijstand voor leerlingen, studenten en ouders ontbreekt. De kennis over het onderwijsrecht is schaars onder juristen en advocaten. De praktijk van een advocaat onderwijsrecht is een niche praktijk en de tarieven die onderwijsinstellingen bereid zijn om te betalen zijn hoog. Voor leerlingen/studenten/ouders is deskundige juridisch advies niet beschikbaar of onbetaalbaar.

In de rechtsbescherming in het onderwijs zou kunnen worden voorzien door jeugdrecht advocaten. De praktijk leert dat een onvolwaardig onderwijsaanbod, of zelfs schooluitval, met regelmaat de oorzaak is van problemen waarmee kinderen, pubers en adolescenten kampen. Door jeugdrecht advocaten in te zetten wordt ook tegemoet gekomen aan de "ontschotting" van onderwijs en zorg, hetgeen als een belangrijke voorwaarde wordt gezien om passend onderwijs te kunnen vormgeven en het succes van de Wet passend onderwijs te kunnen garanderen. Het is dan ook de jeugdrecht advocaat die, mits daartoe naar behoren opgeleid, binnen het onderwijsrecht een belangrijke rol kan vervullen. Om die reden zou ik de Orde van Advocaten willen aanbevelen om met de NVJA onderzoek te doen naar deskundigheidsbevordering op korte termijn van jeugdrecht advocaten op het gebied van het onderwijsrecht.

Tot slot

Leerlingen, studenten en ouders die op komen voor hun (te weinig concreet geregelde) recht op onderwijs vinden vaak machtige (autocratische) instituties tegenover zich. Kritiek wordt niet altijd op prijs gesteld en de machtsdruk maakt leerlingen/ouders en studenten kwetsbaar. Die machtsdruk geldt soms zelfs voor hun advocaat. Ik heb ervaren hoezeer in deze moeilijke situaties, instanties zoals de Nationale Ombudsman en de Kinderombudsman soms als enige datgene beschermen dat universele (rechts)bescherming verdient.³⁷

Het is om die reden dat ik dit artikel opdraag aan onze (voormalig) ombudsman(nen) Alexander Brenninkmeijer en Marc Dullaert.

³⁷ In 2011 was het de Nationale Ombudsman die voor het eerst onderzoek deed naar de reden dat steeds meer leerlingen zonder onderwijs thuiszitten. Zie het onderzoek Hoera! Ik ga weer naar school. Dit onderzoek is later voortgezet door de Kinderombudsman met zijn rapport Van leerplicht naar leerrecht.