

Passend onderwijs en toelating: wettelijke kaders, perspectieven en dilemma's

Regulier waar het kan, speciaal waar het moet: hoe is de toelating binnen passend onderwijs anno 2018 geregeld, en waar zitten de knelpunten?

Minister Slob heeft op 25 juni 2018 aangekondigd duurzame verbeteringen te willen aanbrengen op het gebied van passend onderwijs, omdat de huidige ingeslagen weg niet voldoet. Volgens de alweer twaalfde voortgangsrapportage aan de Kamer over passend onderwijs is de instroom in het speciaal onderwijs opnieuw gestegen, net als de bureaucratie en het aantal thuiszitters.

Mr. N. Dietvorst en Mr. B. Vorstermans*

De minister wil een finale poging doen om passend onderwijs tot een succes te maken, hetgeen in 2020 gerealiseerd dient te zijn.¹ Het is dus erop of eronder voor passend onderwijs. Toelating tot passend onderwijs is daarbij de kern van de problematiek.

Dit artikel zoomt in op toelating in hoofdzakelijk het primair en speciaal onderwijs onder passend onderwijs en geeft een overzicht van de belangrijkste onderwijsrechtelijke ontwikkelingen, startend vanuit de wettelijke basis. Ook wordt stil gestaan bij kwesties welke mogelijk 'al werkende weg' aan het daglicht zijn gekomen waarin door de wetgever niet is voorzien, en ten slotte wordt ingegaan op vragen die nog niet (adequaat) zijn beantwoord in het kader van toelating, waarbij ook wordt gekeken naar internationale verplichtingen vanuit inclusief onderwijs.

1. Inleiding

Vanaf 1 augustus 2014 is passend onderwijs voor onderwijsinstellingen verplichte kost:

* Mr. Noor Dietvorst en Mr. Bas Vorstermans zijn advocaten bij Cascade advocaten

de verzamelwet passend onderwijs² doet op dit moment zijn intrede. Het begrip passend onderwijs is inmiddels wel bekend, maar de exacte betekenis ervan is voor scholen niet altijd even duidelijk. Bij de zoektocht door één van de auteurs naar een nieuwe school voor een 4-jarige dochter wordt duidelijk dat passend onderwijs anno 2018 nog immer niet bij alle schoolbesturen gemeengoed is. Zo wordt er bij de vraag naar mogelijke toelating vriendelijk doch dringend verzocht om het kind uiterlijk op 30 september aan te melden, "mits de intern begeleider van de school van herkomst niets geks heeft geconstateerd", vanwege de bekostiging die anders zou worden misgelopen voor de leerling. Blijkbaar wordt een leerling vooral als bekostigingsobject beschouwd, en maakt het verder weinig uit of er bijzondere omstandigheden spelen – hetgeen de vraag oproept of schoolbesturen heden ten dage eigenlijk wel weten wat er van hen mag worden verwacht in het geval van aanmelding. In dit artikel zoomen we in op een aantal knelpunten bij de toelating van leerlingen tot een school, zonder daarbij overigens volledigheid na te streven. Maar eerst staan we kort stil bij de wettelijke regeling van de toelating van de leerling onder passend onderwijs.

2. Wettelijke basis van toelating onder passend onderwijs

De essentie van passend onderwijs is een zo passend mogelijk onderwijsarrangement in het funderend en middelbaar beroepsonderwijs.³ Startpunt daarbij is de – schriftelijke - aanmelding door ouders van hun kind bij hun school van voorkeur.⁴ In de daarbij te volgen aanmeldingsprocedure dient het bevoegd gezag van de school van aanmelding mede aan de hand van het openbaar beschikbare schoolondersteuningsprofiel te beoordelen of de leerling zal worden toegelaten. Daarbij is het bevoegd gezag verplicht om te beoordelen of de aanmelding een individuele⁵ leerling betreft die extra ondersteuning behoeft⁶, en zo ja, welke ondersteuning.⁷ In de wet staat genoemd dat het in dit geval gaat om leerlingen met een stoornis of handicap of beperking in de onderwijsparticipatie.⁸ Volgens Bierkens en Zoontjes spreken we in zo'n situatie van een leerling die gezien zijn 'fysieke of psychische 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."⁹

Mede aan de hand van het schoolondersteuningsprofiel moet vervolgens worden bepaald of de benodigde extra ondersteuning op de

school van aanmelding kan worden ingezet, zo nodig met gebruikmaking van door het samenwerkingsverband waar de school bij is aangesloten geboden ondersteuningsmiddelen en ondersteuningsvoorzieningen. Ook moet de school een ontwikkelingsperspectief opstellen waarin de individuele begeleiding die is afgestemd op de behoeften van de leerling wordt omschreven. Het samenwerkingsverband (als rechtspersoon die is opgericht door de schoolbesturen van scholen binnen het regionale bereik van het samenwerkingsverband) stelt zich ten doel een samenhangend geheel van ondersteuningsvoorzieningen binnen en tussen de scholen binnen dat regionale bereik te realiseren en wel zodanig dat leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doormaken en leerlingen die extra ondersteuning behoeven een zo passend mogelijke plaats in het onderwijs krijgen.¹⁰ De doelstelling van passend onderwijs is daarbij om de leerling zo lang mogelijk op een reguliere school te laten verblijven.

(Het bevoegd gezag van) de school van aanmelding heeft de verantwoordelijkheid, in de vorm van een wettelijke zorgplicht, om een passend aanbod te regelen op de eigen of, indien dit gegeven de ondersteuningsbehoefte van de leerling nodig is, een andere school.¹¹ Concreet is deze zorgplicht op te delen in een onderzoeksplicht en een aanbodverplichting.¹² De onderzoeksplicht houdt in dat de school zelf voldoende onderzoek moet doen naar de aard van de ondersteuningsbehoefte van de leerling; de aanbodverplichting betekent dat de school de leerling dient toe te laten indien zijn ondersteuningsbehoefte (eventueel met behulp van middelen en voorzieningen van het samenwerkingsverband) gegeven het schoolondersteuningsprofiel gerealiseerd kan worden op de school. Als dat laatste niet het geval is, houdt de aanbodverplichting in dat er in overleg met de ouders zorg voor moet worden gedragen dat een andere (passende) school bereid is de leerling toe te laten. Het enkele advies dat ouders zich op een andere school moeten oriënteren is onvoldoende.¹³ Ook is het niet toegestaan aan te geven dat er beperkte financiële middelen zijn waardoor toelating niet kan plaatsvinden; in dat geval zal overleg moeten plaatsvinden met het samenwerkingsverband.¹⁴

De vrije keuze om een kind aan te melden bij de in de ogen van ouders best passende school staat dus centraal en kan slechts in een limitatief aantal gevallen doorbroken worden.

Een en ander dient zo spoedig mogelijk en in beginsel binnen 6 weken na de aanmelding afgewikkeld te zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen zou het bevoegd gezag zichzelf (onder berichtgeving aan de ouders) een aanvullende termijn van ten hoogste 4 weken mogen gunnen. Is de leerling niet elders op een school ingeschreven, dan leidt overschrijding van deze 10 weken termijn tot een tijdelijke plaatsing en inschrijving. De zorgplicht gaat in nadat de ouders hun kind schriftelijk hebben aangemeld, zo mogelijk minimaal 10 weken voordat de leerling vier jaar is. Deze aanmelding vormt de eerste stap naar toelating.

De vrije keuze om een kind aan te melden bij de in de ogen van ouders best passende school staat dus centraal en kan slechts in een limitatief aantal gevallen doorbroken worden. Behalve vanwege de hierboven beschreven onmogelijkheid om tegemoet te komen aan de ondersteuningsbehoefte van de leerling, is een weigering van de

toelating nog mogelijk wegens afwezigheid van plaatsingsruimte¹⁵ of wanneer de ouders bij de aanmelding desgevraagd weigeren te verklaren dat zij de grondslag van het onderwijs op de school zullen respecteren dan wel onderschrijven.

Voor toelating tot het speciaal basisonderwijs of (voortgezet) speciaal onderwijs geldt in aanvulling op het bovenstaande dat een door het samenwerkingsverband afgegeven toelaatbaarheidsverklaring (tlv) noodzakelijk is. Hiertegen staat bezwaar open, zowel de onderwijsinstantie als de ouders kunnen hiertegen ageren mits zij belanghebbenden zijn.

Ouders kunnen daarnaast, behalve bij de civiele rechter of bestuursrechter al naar gelang de vraag of het bevoegd gezag van bijzonder respectievelijk openbaar onderwijs is, een geschil aanhangig maken bij de zogenoemde Geschillencommissie passend onderwijs (GPO) met betrekking tot (de weigering van) toelating van een leerling met een extra ondersteuningsbehoefte, de verwijdering van een leerling of de vaststelling en bijstelling van het ontwikkelingsperspectief. In de praktijk belanden geschillen over deze materie inderdaad vrijwel uitsluitend bij de GPO, althans jurisprudentie van de overheidsrechter hierover is bijzonder schaars. Het voordeel van de laagdrempelige toegang en specifieke expertise van de GPO lijkt zodoende op te wegen tegen het nadeel dat de GPO geen bindende beslissingen neemt.

3. Knelpunten passend onderwijs: wat gaat er nu niet goed op het gebied van toelating?

Aanmeldprocedures

In een kamerbrief van 20 december 2016 heeft staatssecretaris Dekker het wettelijk kader rondom aanmelding en toelating toegelicht. Dat was nodig, om schoolbesturen erop te wijzen dat zij hun aanmeldprocedures in lijn dienen te brengen met de wettelijke bepalingen. In de eerste plaats kunnen ouders hun kind bij een school aanmelden vanaf de dag dat het kind de leeftijd van drie jaar heeft bereikt. De eerdere aanmelding (al dan niet procedureel mogelijk gemaakt door de school) heeft te gelden als vooraanmelding, waarop geen toelatingsbeslissing mag worden gebaseerd. De beslissing over de toelating moet op grond van de wet zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk 6 weken na ontvangst van de aanmelding plaatsvinden (uitgezonderd de situatie van een termijnverlenging met ten hoogste 4 weken). De staatssecretaris heeft in zijn brief aangegeven dat het scholen geoorloofd is te werken met aanmeldperiodes, waarbij ouders van leerlingen geboren in een bepaalde periode verzocht worden hun kind voor een bepaalde datum aan te melden. Dit biedt populaire basisscholen de mogelijkheid om hun instroom effectief te reguleren. Daarnaast kan eigen voorrangsbeleid ten aanzien van bijvoorbeeld broertjes en zusjes van reeds ingeschreven leerlingen of kinderen die zijn ingeschreven op het kinderdagverblijf waarmee de school een integraal kindcentrum vormt, worden ingepast in de aanmeldprocedure.

(Vooral) in grootstedelijke gebieden zijn in de loop der tijd aanmeldprocedures voor het voortgezet onderwijs ontwikkeld die beoogden de leerlingstromen effectief te verdelen. In een aantal gevallen werd daarbij de aanmeldingsmogelijkheid beperkt tot één school. Deze procedures zijn niet conform de wettelijke voorschriften sinds de invoering van passend onderwijs, waarbij immers expliciet werd

beoogd het ouders mogelijk te maken hun kind tegelijk aan te melden bij verschillende scholen (binnen verschillende samenwerkingsverbanden). Ook dit is door de staatssecretaris in de brief van 20 december 2016 benadrukt. Nu het voor scholen mogelijk is gebleven om ouders te vragen een voorkeursvolgorde aan te geven en de aanmeldprocedures onderling af te stemmen, worden de mogelijkheden voor scholen om tot een effectieve verdeling te komen, niet wezenlijk beperkt.

De staatssecretaris heeft schoolbesturen een overgangperiode gegund en aangegeven dat aanmeldprocedures voor het huidige schooljaar 2018-2019 conform de wet dienen te zijn. Dit is in de praktijk zeker niet door alle schoolbesturen gerealiseerd.

Nu het voor scholen mogelijk is gebleven om ouders te vragen een voorkeursvolgorde aan te geven en de aanmeldprocedures onderling af te stemmen, worden de mogelijkheden voor scholen om tot een effectieve verdeling te komen, niet wezenlijk beperkt.

Verschillende scholen: welke heeft zorgplicht?

Gegeven het feit dat het ouders expliciet mogelijk is gemaakt hun kind op verschillende scholen aan te melden, dient zich in het verleden van het voorgaande de vraag aan of iedere school waar de leerling in kwestie wordt aangemeld, zorgplicht heeft indien de leerling extra ondersteuning behoeft. De wet bevat te dien aanzien geen regeling, zodat op basis van de wettekst geconcludeerd zou kunnen worden dat op iedere school waar een leerling wordt aangemeld de zorgplicht rust indien deze school concludeert dat sprake is van een extra ondersteuningsbehoefte. In zijn brief van 20 december 2016 geeft staatssecretaris Dekker echter blijk van een andere visie: 'Indien ouders hun kind hebben aangemeld bij meerdere scholen, neemt eerst de school die de voorkeur van de ouders heeft de aanmelding in behandeling.' Die school heeft dan in beginsel ook de zorgplicht. Gezien de context lijkt het erop dat de staatssecretaris hiermee doelt op een situatie van simultane aanmelding bij verschillende (vo-)scholen.

Ook de GPO is voorstander van een volgorde van zaken wat betreft de zorgplicht en achtte de voorkeur van de ouders relevant in een situatie waarin het bevoegd gezag van de school van aanmelding genoegzaam had vastgesteld dat de extra ondersteuningsbehoefte van de aangemelde leerling de mogelijkheden van de school van aanmelding te boven gingen. Vervolgens had de school waar de leerling nog was ingeschreven andere scholen gezocht voor de leerling. Door dit zoeken van een andere geschikte school aan (het bevoegd gezag van) de school van inschrijving te laten, had (het bevoegd gezag van) de school van aanmelding gehandeld in strijd met het wettelijke voorschrift dat een weigering van toelating niet eerder kan plaatsvinden dan nadat het bevoegd gezag ervoor heeft zorggedragen dat een andere school bereid is de leerling toe te laten. Bij aanmelding, vervolgde de GPO, behoort een school te controleren of zij tevens de school van voorkeur is, in welk geval zorgplicht ontstaat indien de school het verzoek om toelating van een leerling met een extra zorgbehoefte weigert.¹⁶ In andere gevallen waarin een leerling wordt aangemeld bij één school, rust de zorgplicht volgens de GPO ondubbelzinnig op de school van aanmelding, niet bij de school waar de leerling met een extra onder-

steuningsbehoefte ten tijde van de aanmelding nog staat ingeschreven.¹⁷

In een situatie waarin ouders hun kind getracht hadden aan te melden bij vier verschillende scholen van hetzelfde bevoegd gezag, overwoog de GPO allereerst dat de zorgplicht formeel op het bevoegd gezag zelf rust, om vervolgens te stellen dat het in het geval van aanmelding bij verschillende scholen aan de ouders is om aan te geven welke school hun voorkeur heeft, waarna van die betreffende school de uitvoering van de zorgplicht mag worden verlangd.¹⁸ In een geval waarin de ouders het kind bij twee scholen (van verschillende schoolbesturen) aanmeldde, oordeelde de GPO echter dat het schoolbestuur waar de eerste aanmelding is gedaan, als eerste uitvoering behoort te geven aan de beoordeling van de aanmelding. De GPO verklaarde het geschil gericht tegen het schoolbestuur van de tweede aanmelding in het verlengde daarvan niet-ontvankelijk.¹⁹

Wij achten het uit oogpunt van effectiviteit en doelmatigheid alleszins verdedigbaar dat de zorgplicht steeds slechts bij één bevoegd gezag (en één school) is belegd, maar kunnen ons voorstellen dat in een situatie waarin scholen van verschillende schoolbesturen elkaar wederzijds de zorgplicht toeschuiven, het bestaan van de twee criteria 'school van voorkeur' en 'school van eerste aanmelding' niet vanzelfsprekend leidt tot een eenduidige uitkomst.

De onderzoeksplicht bij toelatingsgeschillen GPO

Een analyse van de uitspraken van de GPO over toelating leert al snel dat schoolbesturen de op hen rustende onderzoeksplicht ten aanzien van de extra ondersteuningsbehoefte van een aangemelde leerling vaak onderschatten. De standaardformulering van de GPO is in dit opzicht dat het bevoegd gezag op grond van artikel 2 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) dient te onderzoeken of de school de extra ondersteuning in de vorm van doeltreffende aanpassingen zelf kan bieden, of dat deze voor de school een onevenredige belasting zouden vormen.²⁰

Een aanzienlijk deel van de adviezen van de GPO komt erop neer dat de weigerende school geen serieus onderzoek heeft gedaan naar de aard en omvang van de ondersteuningsbehoefte en te kort door de bocht gaat door op basis van informatie bij de aanmelding zonder nader onderzoek te concluderen dat de leerling niet de benodigde ondersteuning kan worden geboden.²¹ Anderzijds overweegt de GPO wat betreft de aard en omvang van het door het bevoegd gezag te verrichten onderzoek in een geschil waarin het onderzoek door het bevoegd gezag louter had bestaan uit dossieronderzoek, dat de onderzoeksplicht niet betekent dat het verwerven van de feiten en gegevens die noodzakelijk zijn voor het vormen van een oordeel over die ondersteuningsbehoefte door eigen onderzoek moeten zijn verkregen.²² Als uit de reeds beschikbare gegevens voldoende kan worden afgeleid of de school van aanmelding de benodigde extra ondersteuning zal kunnen bieden, kan de school zich in de eigen onderzoeksplicht dus baseren op deze gegevens, en houdt de onderzoeksplicht niet meer in dan de plicht de weigering van de toelating aan de hand van die gegevens (in relatie tot het schoolondersteuningsprofiel) goed te motiveren. Wanneer echter de aard en omvang van de ondersteuningsbehoefte van de leerling bij aanmelding onduidelijk is, terwijl wel aannemelijk is dat deze behoefte heeft aan extra ondersteuning, of wanneer het niet duidelijk is of

de school deze ondersteuning zelf (eventueel met arrangementen van het samenwerkingsverband) kan bieden, is – soms uitgebreid en langdurig – extra onderzoek nodig.

Opnamecapaciteit van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte

Het bij voorbaat uitsluiten van leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte is niet geoorloofd. Dit geldt zowel wanneer in het schoolondersteuningsprofiel een specifieke categorie leerlingen wordt uitgezonderd (bijvoorbeeld leerlingen met ODD of autisme)²³, als wanneer de school zich (bijvoorbeeld vanwege een benodigde kwaliteitsslag of vanwege het zijn van een school in oprichting) überhaupt niet toegerust acht een leerling die extra ondersteuning behoeft, toe te laten.²⁴

Een capaciteitsissue in de zorgstructuur van een school kan geen excuus zijn om de ondersteuningsbehoefte van een leerling niet serieus te onderzoeken en gemotiveerd vast te stellen in hoeverre de school de benodigde ondersteuning zelf kan bieden. Bij de beoordeling van die laatste vraag kan echter wel degelijk de concrete onderwijs-situatie en leerlingpopulatie in de klas medebepalend zijn.

Tegen de achtergrond van de soms overvolle klassen in (vooral) het regulier onderwijs en de alom gevoelde werkdruk, is alleszins voorstelbaar dat niet zozeer de extra ondersteuningsbehoefte van de aangemelde leerling als zodanig de mogelijkheden van de school te boven gaan, maar het feit dat de betreffende leerling gelet op leeftijd en niveau geplaatst zou moeten worden in een klas waarin al een (onevenredig) groot aantal leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte zitten. Een school zag dan ook in de veronderstelde extra ondersteuningsbehoefte van de leerling aanleiding tot weigering, met als redengeving: 'Het is een redelijk volle klas met een grote complexiteit aan zorgleerlingen met name in sociaal-emotionele zin. De groep is nu in balans en dat willen we graag zo houden. Op basis van onze observatie en de verkregen informatie van [de vorige school] zal instroom van [de aangemelde leerling] de precare balans in de groep kunnen verstoren.' Wat de GPO betreft spande het bevoegd gezag niettemin het paard achter de wagen: '... verweerder [had] daarom moeten onderzoeken wat de precieze ondersteuningsbehoefte van G is en of hij daadwerkelijk extra ondersteuning nodig heeft.' En voorts: 'Zonder dat voldoende onderzoek is gedaan naar de vraag of een leerling extra ondersteuning behoeft, kan niet geconcludeerd worden dat een school zelf niet kan voorzien in die ondersteuningsbehoefte.'²⁵ Een internationale school die naar eigen zeggen een maximum hanteert van (een mix van) aantal leerlingen die extra ondersteuning nodig heeft per groep, kan evenmin op genade rekenen van de GPO: 'De cijfermatige benadering van verweerder [...] doet onvoldoende recht aan de ondersteuningsbehoefte van leerlingen in het algemeen en dat van [de twee aangemelde leerlingen] in het bijzonder. Daarmee is namelijk niet aangetoond dat verweerder niet kan voorzien in de ondersteuningsbehoefte van beide kinderen. De individuele ondersteuningsbehoefte dient uitgangspunt te zijn.'²⁶ Kortom, een capaciteitsissue in de zorgstructuur van een school kan geen excuus zijn om de ondersteuningsbehoefte van een leerling niet serieus te onderzoeken en gemotiveerd vast te stellen in hoeverre de school de benodigde ondersteuning zelf kan bieden. Bij de beoordeling van

die laatste vraag kan echter wel degelijk de concrete onderwijs-situatie en leerling populatie in de klas medebepalend zijn.²⁷

Het schoolondersteuningsprofiel als papieren realiteit

De mogelijkheden van scholen om de in het schoolondersteuningsprofiel beschreven ondersteuning en voor individuele leerlingen benodigde extra ondersteuning te voorzien, is onderhevig aan verandering afhankelijk van de aanwezigheid van deskundig personeel en de leerling populatie. Beide grootheden, maar met name de personele bezetting, kunnen in relatief korte tijd aanzienlijk wijzigen, waarbij het bevoegd gezag (met name in tijden van personele schaarste) slechts beperkt in staat is tot sturing. Een schoolondersteuningsprofiel dat eens in de vier jaar wordt vastgesteld, houdt daarmee onvoldoende rekening en draagt eraan bij dat het schoolondersteuningsprofiel ver af staat van de dagelijkse praktijk in de klas. We komen hier terecht op een onderwerp dat ook Minister Slob aansnijdt in de kamerbrief waarmee wij deze bijdrage openen. De minister wil eigenaarschap van passend onderwijs veel meer neerleggen bij lerarenteams, schoolleiders en ouders. Zijn analyse is dat schoolondersteuningsprofielen conservatief zijn opgesteld en dat zij een papieren werkelijkheid vormen, die in de scholen onvoldoende worden doorleefd. Dit wordt versterkt doordat het schoolondersteuningsprofiel voor vier jaar wordt vastgesteld. Daarom wil de minister de wet wijzigen zodat het schoolondersteuningsprofiel jaarlijks wordt vastgesteld, en binnen lerarenteams en met de medezeggenschapsraad het gesprek stimuleren over de basis- en extra ondersteuning die de school kan bieden. Wij vragen ons daarbij wel af in hoeverre een (op een onderdeel neerwaartse) wijziging van het profiel ertoe kan leiden dat de tot dan toe aan een ingeschreven leerling geboden extra ondersteuning vervolgens kan worden beschouwd als een onevenredige belasting voor de school, en dus niet langer van de school te vergen.

De minister schrijft aan de Kamer op 25 juni 2018 over de huidige structuur betreffende toelating:

“Door het te hebben over systemen, worden de mensen achter dat systeem anoniem en verdwijnt de menselijke maat. Schoolleiders en leraren zijn vaak onvoldoende betrokken bij de keuzes die het samenwerkingsverband maakt. Zij zijn echter de werkers in de frontlinie die bij uitstek passend onderwijs voor leerlingen moeten organiseren. Middelen die hiervoor in het leven zijn geroepen – het schoolondersteuningsprofiel en het ondersteuningsplan van het samenwerkingsverband – werken op veel plaatsen nog onvoldoende.”

De bedoeling van de huidige systematiek van het schoolondersteuningsprofiel is dat alle stakeholders op school de dialoog voeren over wat zij kunnen bieden aan de leerling en wat daarvoor nodig is. In de praktijk komt daar soms weinig van terecht. Scholen hanteren ondersteuningsprofielen die bewust of onbewust onduidelijk of multi-interpretabel zijn. Mede hierdoor zijn ondersteuningsprofielen ook moeilijk vergelijkbaar. Ook is het vaak niet zo dat het schoolondersteuningsprofiel door het samenwerkingsverband wordt getoetst om te bezien of dit wel voldoende past binnen het ondersteuningsplan van het eigen samenwerkingsverband. Dit zou wel het geval moeten zijn, om te voorkomen dat schoolondersteuningsprofielen niet goed op elkaar aansluiten en er dus geen dekend aanbod kan worden geleverd. Het samenwerkingsverband heeft als doel een samenhangend geheel van ondersteuningsvoorzieningen binnen en tussen de scholen te realiseren, maar bij het

vaststellen van het ondersteuningsplan kunnen door het samenwerkingsverband slechts beperkingen worden gesteld aan de door de school gewenste invulling van het schoolondersteuningsprofiel, indien dat voor het samenwerkingsverband met het oog op de beschikbare ondersteuningsmiddelen en ondersteuningsvoorzieningen een onevenredige belasting zou vormen.²⁸ Het bevoegd gezag heeft (uitzonderingen daargelaten) de zeggenschap over de schoolondersteuningsprofielen van de eigen scholen, en zal bij het bepalen ervan doorgaans niet primair voor ogen hebben dat er binnen het samenwerkingsverband een dekkend aanbod moet bestaan. Hierin zit een spanningsveld, en met de nadruk die minister Slob legt op de menselijke maat, valt niet te verwachten dat samenwerkingsverbanden ruimere mogelijkheden zullen krijgen om regie te voeren op de schoolondersteuningsprofielen. Het is dus aan de schoolbesturen, de lerarenteams en de medezeggenschapsraden of zij de huidige, vaak conservatieve invulling van het schoolondersteuningsprofiel zullen loslaten en daarbij ook voldoende oog zullen hebben voor het dekkende aanbod binnen het samenwerkingsverband. Dit punt is een zwakke schakel in de wettelijke constructie rondom toelating.

De verhouding tussen vrijwillige ouderbijdrage en passend onderwijs

De Raad van State heeft op 7 februari 2018 bevestigd dat het hoogbegaafdenonderwijs deel uit maakt van de basisondersteuning van leerlingen.²⁹ In deze kwestie speelde dat de toelating van een hoogbegaafde leerling voor het volgen van een specifiek onderwijsprogramma niet afhankelijk mag worden gesteld van een geldelijke bijdrage van ouders. In de zogenoemde unit wit werden vakken als filosofie, rots en water training, schaken en science aangeboden en draaide de unit mee in een pilot voor tweetalig onderwijs, waarbij de voertaal de helft van de tijd Engels was. Afhankelijk van de leeftijd ontvingen de leerlingen in unit wit één dagdeel in de week verdieping op een bepaald onderwerp, maar aan al deze extra's hing dus wel een prijskaartje. De ouders van de leerlingen van unit wit betaalden per jaar € 2.000,- extra. OCW stelde zich echter op het standpunt dat basisonderwijs dat uit publieke middelen wordt bekostigd gratis toegankelijk dient te zijn voor alle leerlingen. Het feit dat de groepen in unit wit kleiner waren en dat daar volgens het schoolbestuur best voor mocht worden betaald doet daar volgens OCW niet aan af: unit wit diende een volledig en ondeelbaar onderwijsprogramma aan te bieden. Unit wit kon extra onderwijs-ondersteuning bieden voor hoogbegaafde leerlingen in tegenstelling tot de andere units, en dat betekende volgens OCW dat voor de leerlingen in unit wit passend onderwijs wordt geboden, zodat ook in die zin van iets extra's, waar de ouders voor kunnen kiezen, geen sprake is. De Afdeling van de Raad van State stelde OCW op alle punten in het gelijk.

De her en der nog toegepaste methode om het onderwijsaanbod voor bepaalde doelgroepen te verrijken via de ouderbijdrage, komt dus via de band van passend onderwijs verder in het nauw. Waar de discussie in dit soort situaties tot voor kort vooral de vraag betrof of de ouderbijdrage werkelijk vrijwillig was, is het steeds meer de vraag of voor betaalde arrangementen nog ruimte is, omdat het moet gaan om een aanbod dat niet reeds onderdeel is van de basisondersteuning of (gegeven de extra ondersteuningsbehoefte van een leerling) van het bevoegd gezag gevegd kan worden, terwijl het gegeven het karakter van de vrijwillige ouderbijdrage natuurlijk ook nog steeds een arrangement moet betreffen waarvoor ou-

ders uit vrije keuze bereid zijn te betalen. Dat de toegang tot zo passend mogelijk onderwijs niet afhankelijk mag worden gesteld van een geldelijke bijdrage, is natuurlijk geheel terecht. Uit de toename van commerciële partijen die zich storten op aanvullende ondersteuning in de vorm van bijvoorbeeld extra huiswerkbegeleiding, blijkt echter ook dat het bekostigde passend onderwijs niet altijd als voldoende passend wordt ervaren, en dat (meer bemiddelde) ouders soms bereid zijn grif te betalen voor complementaire diensten. Dat is een ontwikkeling die zich minder makkelijk laat indammen dan een soms wat royale ouderbijdrage.

Als geen enkele school bereidwillig is om de leerling toe te laten, leidt dit tot gedwongen thuiszitten voor moeilijk te plaatsen leerlingen. Doorzettingsmacht laat zich definiëren als de mogelijkheid om in te grijpen en bindende oplossingen op te leggen in het geval van ingewikkelde impasses rondom toelating.

Ontbreken van wettelijke basis doorzettingsmacht

Ondanks de samenloop van een wettelijke zorgplicht en de verplichting om tot een regionaal dekkend onderwijsaanbod te komen, slaagt passend onderwijs er niet in om het aantal thuiszitters significant te laten afnemen. Hiervoor is al ingegaan op knelpunten ten aanzien van de wettelijke zorgplicht en de vraag of steeds een dekkend onderwijsaanbod geboden wordt. In het verlengde daarvan speelt de discussie over het realiseren van een wettelijke basis voor een zogenaamde doorzettingsmacht. Als geen enkele school bereidwillig is om de leerling toe te laten, leidt dit tot gedwongen thuiszitten voor moeilijk te plaatsen leerlingen. Doorzettingsmacht laat zich definiëren als de mogelijkheid om in te grijpen en bindende oplossingen op te leggen in het geval van ingewikkelde impasses rondom toelating. Is die doorzettingsmacht op enigerlei wijze binnen een samenwerkingsverband gerealiseerd, dan kan dit voor leerlingen met complexe en specifieke onderwijsbehoeften de laatste oplossingsmogelijkheid vormen om te kunnen worden geplaatst, als geen enkele onderwijsinstelling binnen het samenwerkingsverband in staat of bereid blijkt de leerling toe te laten. Hoewel de meeste samenwerkingsverbanden reeds in 2015 een vorm van doorzettingsmacht hadden gerealiseerd³⁰, en betrokken organisaties inmiddels ook de handreiking 'Doorzettingsmacht organiseren' publiceerden, ontbeert nog steeds een wettelijke basis. De Inspectie van het onderwijs betreft de vraag van de doorzettingsmacht bij het toezicht op samenwerkingsverbanden, maar het ontbreken van een wettelijke basis belet de inspectie dit beleid tanden te geven. In het regeerakkoord heeft het kabinet aangegeven dat samenwerkingsverbanden een wettelijk verplichte doorzettingsmacht zullen dienen te beleggen.³¹ Daarmee komt de regering tegemoet aan de wens van de Kinderombudsman³² en daaropvolgende bijval.

Inclusief onderwijs en de (beperkte) invulling daarvan op Nederlandse bodem
Met inclusief onderwijs wordt bedoeld op een onderwijsstelsel dat kinderen met een handicap laat participeren in het reguliere onderwijs. Door de ratificatie van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (verder: het "Verdrag") op 14 juli 2016 heeft de Nederlandse rechtsstaat zich verplicht tot het ontwikkelen van een onderwijsstelsel, dat kinderen met een handicap niet uitsluit van het regulier onderwijs. Op 13 juni 2018 heeft het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een update ge-

stuurde aan de Kamer over de implementatie van het Verdrag op zeven verschillende terreinen, waaronder onderwijs.³³ Binnen de actielijn Onderwijs is het doel dat alle kinderen onderwijs kunnen krijgen in een vorm die bij hen past. Ondersteuning en begeleiding dient daarbij ook beter vindbaar te zijn voor leerlingen en studenten. Artikel 24 van het Verdrag vereist een onderwijssysteem dat een leven lang leren kan borgen voor alle vormen en maten van onderwijs. De verwezenlijking daarvan mag geleidelijk plaatsvinden³⁴, waarbij het College voor de Rechten van de Mens toezicht dient te houden op de uitvoering van de verwoorde doelstelling van artikel 24 van het Verdrag. De kern van artikel 24 is dat het algemene onderwijsstelsel kinderen met een handicap niet uitsluit van redelijke aanpassingen, welke hen in staat dient te stellen om effectief te kunnen deelnemen aan een leven lang leren. Daarbij is voor de Nederlandse situatie vooral relevant dat het Comité zelf heeft aangevuld bij artikel 24 van het Verdrag dat een onderscheid tussen regulier en speciaal onderwijs niet wenselijk is. Zo stelt het Comité het volgende:

“Full realization of article 24 is not compatible with sustaining two systems of education: a mainstream education system and a special/segregated educational system.”³⁵

Individuele belanghebbenden uit Nederland kunnen echter niet rechtstreeks een klacht indienen bij het Comité voor de Rechten van Personen met een Handicap van de VN (verder: het “Comité”) nadat de nationale instanties zijn doorlopen. De aanbevelingen van het Comité zijn weliswaar niet-bindend, maar de Nederlandse staat heeft toch besloten dit onderdeel van het Verdrag in de vorm van een facultatief protocol niet te ondertekenen. Of dit nog gaat plaatsvinden is vooralsnog niet bekend.

Duidelijk is inmiddels op basis van beschikbare jurisprudentie dat artikel 24 van het Verdrag niet direct doorwerkt in de rechtsverhouding tussen ouder/leerling en de school, aldus de GPO.³⁶ Van een onmiddellijk en afdwingbaar recht is voor de ouder van een leerling die de bescherming van artikel 24 van het Verdrag wenst in te roepen dus geen sprake. Wat artikel 24 van het Verdrag wel realiseert, is een appèl aan de staten die partij zijn bij het Verdrag om maatregelen te nemen met als doel de rechten van gehandicapte leerlingen te beschermen.

Het College voor de Rechten van de Mens³⁷ kwam tot dezelfde conclusie in de kwestie rondom een 13-jarige leerling: de inspanningsverplichting op grond van artikel 24 van het Verdrag welke verder reikt dan artikel 2 WGBH/CZ in het geval van verwijdering van een leerling met Down, kan schoolbesturen niet verplichten tot het bieden van inclusief onderwijs. De ouders van de leerling vonden dat de school in strijd handelde met het Verdrag, omdat hij niet langer op school mocht blijven. Het schoolbestuur vroeg een tlv aan voor het speciaal onderwijs aangezien de school vond dat zij inmiddels handelingsverlegen was ten aanzien van de onderwijsbehoeften van de leerling, en daar waren de ouders het niet mee eens. Zij deden vervolgens voor het eerst een rechtstreeks beroep op artikel 24 van het Verdrag. Het College voor de Rechten van de Mens zegt daarover het volgende:

“Een striktere toepassing van dit artikel [2 WGBH/CZ] verhoudt zich daarmee niet, nu de gevolgen daarvan de inrichting van het Nederlandse onderwijsstel-

sel als geheel betreffen en daarmee het niveau van de individuele school ontstijgen.”

De Raad van State bevestigt dat deze lijn de juiste is.³⁸ Het Verdrag is daarmee op zichzelf onvoldoende om rechtstreeks in te roepen tegenover anderen.³⁹ De vraag rijst dan op welke wijze het recht op inclusief onderwijs in Nederland voet aan de grond gaat krijgen. Duidelijk is al dat de verdere ontwikkeling van het onderwijsbeleid niet gaat leiden tot een herziening van het huidige systeem, waarin het speciaal onderwijs separaat naast het regulier onderwijs staat. Hoe een inclusief onderwijssysteem mét speciaal onderwijs moet worden gerealiseerd, is een vooralsnog onbeantwoorde vraag.⁴⁰

4. Conclusie

De invoering van de Wet passend onderwijs op 1 augustus 2014 heeft de wetgeving rondom de toelating van een leerling ingrijpend gewijzigd. De term passend onderwijs lijkt de belofte in zich te hebben dat er voor iedere leerling optimaal passend onderwijs beschikbaar is. Onderwijs dat zich aan het kind aanpast in plaats van andersom; anders lijkt het onderwijs op het eerste gezicht niet passend. Bij toelating dringt zich ook de vraag op langs welke wijze de leerling zich kan aanpassen. Onderwijs is immers niet alleen een individuele kwestie die passend moet zijn, maar ook een dynamisch groepsproces waarbij leerlingen dienen te functioneren als één geheel in de groep. De lat ligt dus hoog: passend onderwijs wekt hoge verwachtingen en die beginnen bij de toelating.

De grootste verandering op het gebied van toelating betreft daarbij de introductie van de wettelijke zorgplicht: scholen zijn op basis van passend onderwijs verplicht om na een aanmelding zelf op zoek te gaan naar een passende onderwijsplek als de school de ondersteuning niet kan bieden. Een adequate invulling van de zorgplicht is tot op heden echter nog geen uitgemaakte zaak, en levert veel spanningen op tussen ouders, het schoolbestuur en het samenwerkingsverband. Welk bevoegd gezag zorgplicht heeft en waaruit deze concreet bestaat, blijkt in de praktijk nog regelmatig een vraagpunt. Daarbij komt dat toelatingscriteria gebaseerd op het schoolondersteuningsprofiel en het regionale ondersteuningsplan vanuit het samenwerkingsverband geen communicerende vaten zijn die vanuit de werkvloer worden gedragen. Het zal een uitdaging zijn te realiseren dat enerzijds passend onderwijs méér van lerarenteams, schoolleiders en ouders wordt, en anderzijds een dekkend onderwijsaanbod binnen ieder samenwerkingsverband te vormen.

De vraag rijst bovendien of de Nederlandse wetgeving op dit moment op de juiste wijze invulling geeft aan inclusief onderwijs conform het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. De verantwoording daarover is nog niet volledig voltooid. Dit maakt toelating tot het onderwijs voor leerlingen met een ernstige beperking er bepaald niet makkelijker op. Daarmee schuurt passend onderwijs ook op de grenzen van het zorgstelsel. Het regeerakkoord belooft in ieder geval voor leerlingen met een ernstig meervoudige handicap maatregelen.⁴¹ De uitwerking daarvan laat nog op zich wachten. De toekomst zal uitwijzen of de huidige toelatingssystematiek binnen passend onderwijs niet te veel gebreken vertoont om alsnog te worden herzien.

Noten

1. Brief aan de Kamer d.d. 25 juni 2018 over passend onderwijs, Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, p.18.
2. Wet van 11 oktober 2012 tot wijziging van enkele onderwijswetten in verband met een herziening van de organisatie en financiering van de ondersteuning van leerlingen in het basisonderwijs, speciaal en voortgezet speciaal onderwijs, voortgezet onderwijs en beroepsonderwijs, *Staatsblad* 2012, 533.
3. *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, 3, p.1.
4. Van aanmelding is al sprake indien een ouder een ingevuld aanmeldingsformulier heeft ingediend op school: zie daartoe ook GPO 19 juni 2017, nr. 107638.
5. Categorisch uitsluiten van leerlingen is niet toegestaan, zie GPO 19 juni 2017, nr. 107682.
6. Om de ondersteuningsbehoefte van een leerling vast te stellen, mag een school informeren om gegevens betreffende handicaps of beperkingen in de onderwijsparticipatie van de leerling. Als de ouders dat weigeren, dan kan van een school niet worden verwacht dat de leerling dient te worden toegelaten. Zie daartoe ook GPO 24 juli 2015, nr. 106807.
7. Artikel 40 derde lid WPO.
8. Idem.
9. I. Bierkens en P.J.J. Zoontjens, *De zorgplicht en de juridische handhaving daarvan*, *Kohnstamm Instituut*, publicatie nr. 35, p.11.
10. Artikel 17a lid 2 WVO.
11. GPO 19 juni 2017, nr. 107638, GPO 4 juli 2016, nr. 107261, GPO 16 september 2016, nr. 107347.
12. *Basisboek onderwijsrecht, een inleiding op de onderwijswet- en regelgeving in primair en voortgezet onderwijs*, SDU, onder de redactie van Prof. Mr. P.W.A. Huisman, p.177.
13. GPO 12 september 2016, nr. 107332, GPO 28 september 2015, nr. 106975.
14. GPO 9 maart 2015, nr. 106607.
15. Als de school vol is, dan dient er op dit punt wel een consequent en transparant toelatingsbeleid te zijn geformuleerd. Zie ook GPO 25 mei 2016, nr. 107180. Als er sprake is van een wachtlijst, dan geldt de zorgplicht vanaf het moment dat de leerling vanwege zijn positie aan de beurt is, zie GPO 25 mei 2016, nr. 107180.
16. GPO 28 augustus 2017, nr. 107766.
17. GPO 31 oktober 2017, nr. 107871; GPO 18 december 2017, nr. 107926.
18. GPO 1 februari 2016, nr. 107070.
19. GPO 28 augustus 2017, nr. 107766.
20. Onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2011/12, 33 106, nr. 3, p.17.
21. Bijvoorbeeld GPO 30 april 2015, nr.106682; GPO 12 augustus 2015, nr. 106816; GPO 15 maart 2017, nr. 107538; GPO 19 juni 2017, nr. 107638; GPO 19 juni 2017, nr. 107682; GPO 18 december 2017, nr.107926;
22. GPO 4 december 2017, nr. 107915. Zie in vergelijkbare zin ook GPO 20 november 2017, nr. 107835 en GPO 7 juli 2017, nr. 107697.
23. GPO 30 april 2015, nr. 106682; GPO 8 december 2014, nr. 106504.
24. GPO 27 juli 2015, nr. 106865.
25. GPO 27 juli 2015, nr. 106865.
26. GPO 22 september 2015, nr. 106841.
27. Zie bijvoorbeeld GPO 22 juli 2015, nr. 106822 en GPO 28 augustus 2017, nr. 107766.
28. Artikel 18a WPO
29. Raad van State, 7 februari 2018, *ECLI:NL:RVS:2018:412*
30. C. van Nispen en P.J.J. Zoontjens, 'Passend onderwijs, een kleine twee jaar verder', *NTOR* 1, mei 2016,
31. Regeerakkoord 2017-2021 'Vertrouwen in de toekomst', p. 9.
32. Kinderombudsman, Van leerplicht naar leerrecht. Adviesrapport over de waarborging van het recht op onderwijs naar aanleiding van het onderzoek naar thuiszitters, 16 mei 2013, p. 12.
33. Brief van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer over het programma Onbeperkt meedoen – Implementatie VN Verdrag, 13 juni 2018.
34. Artikel 4 lid 2 van het Verdrag.
35. CRPD / C / GC/4, General Comment No.4 (2016), Article 24: Right to Inclusive Education, 2 september 2016, p.11.
36. GPO 4 april 2017, nr 107566; GPO 20 november 2017, nr. 107835.
37. College voor de Rechten van de Mens, 4 april 2017, oordeel 2017-41.
38. Raad van State, 13 december 2017, *ECLI:NL:RVS:2017:343*.
39. P.J.J. Zoontjens en P.W.A. Huisman, 'Leerrechten als structurele grondslag voor wetgeving: eindrapport', Rotterdam/Tilburg: NCOR 2016, p.22.
40. M. van Leerdam, 'Het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en de (beperkte?) houdbaarheid van het speciaal onderwijs', *NTOR*, juni 2018, nummer 2.
41. Regeerakkoord 2017-2021 'Vertrouwen in de toekomst', p. 9 en 15.