

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.288/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 9 februari 2007 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "betreffende het onderwijs aan huis voor zieke kinderen en jongeren", heeft op 1 maart 2007 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp bevat de nadere regels voor het onderwijs aan huis, zowel voor leerlingen van het lager als van het secundair onderwijs. Het ontwerp van besluit bepaalt de voorwaarden voor zowel het tijdelijk als het permanent onderwijs aan huis. Daarnaast wordt de financiering geregeld, alsook de sancties voor het niet-naleven van de regels inzake het recht op onderwijs aan huis.

Het ontwerp vervangt aldus de bestaande regeling, opgenomen in het besluit van 17 juni 1997 betreffende het lager onderwijs aan huis voor zieke kinderen en het besluit van 13 januari 2006 betreffende het secundair onderwijs aan huis voor zieke jongeren en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 juni 1997 betreffende het onderwijs aan huis.

2.1. Wat betreft het secundair onderwijs wordt in de aanhef als rechtsgrond verwezen naar de artikelen 74*bis* tot 74*quinquies*¹ van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II.

.../...

Artikel 74^{ter} van het decreet van 31 juli 1990 bepaalt dat leerlingen voor wie het door ziekte of ongeval tijdelijk onmogelijk is om secundair onderwijs te volgen in hun school, recht hebben op tijdelijk onderwijs aan huis voor zieke jongeren. De directie van de school waar de leerling is ingeschreven, is verplicht tijdelijk onderwijs te organiseren ingeval van langdurige afwezigheid van een leerling. De Vlaamse Regering is gemachtigd om de voorwaarden voor het recht te bepalen om de organisatie van het onderwijs aan huis te regelen, om te bepalen welke vorm van hulp de school krijgt, en om te bepalen wat onder langdurige afwezigheid moet worden begrepen.

Artikel 74^{quater} bepaalt dat leerlingen voor wie het omwille van een handicap permanent onmogelijk is secundair onderwijs te volgen op school, recht hebben op permanent onderwijs aan huis. Artikel 74^{quinquies} machtigt de regering om te bepalen op welke wijze dit onderwijs georganiseerd wordt en welke vorm van hulp de school krijgt bij de organisatie.

2.2. Wat het basisonderwijs betreft, wordt in de aanhef van het ontwerp onder meer verwezen naar de artikelen 34 tot 36 en 138, § 1, 4/ (niet: "138, 4/"), van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997.

Artikel 34 bepaalt dat leerlingen voor wie het door ziekte of ongeval tijdelijk onmogelijk is om in hun school lager onderwijs te volgen recht hebben op tijdelijk onderwijs aan huis. De directie van de school waar de leerling is ingeschreven, is verplicht tijdelijk onderwijs te organiseren ingeval van langdurige afwezigheid van een leerling. De Vlaamse Regering is gemachtigd om de voorwaarden voor het recht te bepalen, om de organisatie van het onderwijs aan huis te regelen, om te bepalen welke vorm van hulp de school krijgt, en om te bepalen wat onder langdurige afwezigheid moet worden begrepen.

Artikel 35 bepaalt dat leerlingen voor wie het omwille van een handicap permanent onmogelijk is lager onderwijs te volgen op school, recht hebben op permanent onderwijs aan huis.

Artikel 36 machtigt de regering om te bepalen op welke wijze dit onderwijs georganiseerd wordt en welke vorm van hulp de school krijgt bij de organisatie. Wat dit laatste betreft, bepaalt artikel 138, § 1, 4/, van het decreet basisonderwijs dat aanvullende lestijden worden gefinancierd of gesubsidieerd voor het permanent onderwijs aan huis in het buitengewoon onderwijs. Artikel 139 machtigt de regering om de voorwaarden te bepalen tot het verkrijgen van aanvullende lestijden, o.m. die bedoeld in artikel 138, § 1, 4/.

2.3. De onder 2.1 en 2.2 vermelde bepalingen vormen de rechtsgrond voor het ontwerp van besluit, met uitzondering van de sanctieregeling in hoofdstuk V van het ontwerp.

Voor het basisonderwijs bepaalt het decreet basisonderwijs in artikel 177, § 1, 5/, dat het miskennen van het recht op onderwijs aan huis zoals bedoeld in de artikelen 34 en 35, aanleiding kan geven tot sancties door de Vlaamse Regering. Artikel 178 van het decreet basisonderwijs bepaalt dat de sanctie voor het in overtreding zijnde schoolbestuur kan bestaan in een gedeeltelijke terugbetaling van het werkingsbudget, zonder dat de terugvordering of inhouding meer kan bedragen dan 10 procent van het werkingsbudget van de school. De terugvordering of inhouding kan er niet toe leiden dat het aandeel in de werkmiddelen dat bestemd is voor personeelsaangelegenheden in absolute cijfers kleiner wordt.

Artikel 180 van het decreet machtigt de Vlaamse Regering om de nadere regels te bepalen voor de vaststelling van de overtredingen en de toepassing van de sancties.

In hoofdstuk V van het ontwerp worden de vaststelling en de sanctionering van het niet-naleven van het recht op onderwijs aan huis geregeld. Artikel 14, tweede en derde lid, van het ontwerp herneemt de inhoud van artikel 178 van het decreet basisonderwijs. Het is in beginsel niet wenselijk om in een besluit de decretale regeling over te nemen, omdat daardoor verwarring kan ontstaan over de rechtskracht van de bepalingen.

In dit geval komt daar nog bij dat er voor het secundair onderwijs daartoe geen decretale rechtsgrond voorhanden blijkt te zijn. Artikel 14, tweede en derde lid, dienen dus uit het ontwerp te worden weggelaten.

Ook voor de andere bepalingen van hoofdstuk V is er, wat het secundair onderwijs betreft, geen rechtsgrond. Uit de stukken die aan de Raad van State, afdeling wetgeving, zijn voorgelegd, blijkt dat de Vlaamse Regering een ontwerp van decretale bepaling terzake aan het Vlaams Parlement wil voorleggen. Dat blijkt de reden waarom artikel 17 van het ontwerp bepaalt dat de artikelen 12 tot 15 "voor wat het secundair onderwijs betreft", pas in werking treden op 1 september 2007.

Aangezien er op dit ogenblik geen rechtsgrond is en de Vlaamse Regering vanzelfsprekend niet kan vooruitlopen op een beslissing van het Vlaams Parlement, dient de sanctieregeling voor het secundair onderwijs volledig uit het ontwerp te worden geschrapt. Zolang een dergelijke rechtsgrond niet tot stand is gekomen, kan de Raad van State zich evenmin uitspreken over een ontwerp tot uitvoering ervan omdat de uitvoeringsbepalingen niet aan de decretale rechtsgrond kunnen worden getoetst.

3. Artikel 3 van het ontwerp bepaalt dat een leerling recht heeft op tijdelijk onderwijs aan huis na een ononderbroken periode van 21 kalenderdagen afwezigheid op school. Hiermee wordt het begrip "langdurige afwezigheid" uit artikel 74^{ter}, § 3, tweede lid, van het decreet van 31 juli 1990 en artikel 34, § 3, van het decreet basisonderwijs nader omschreven.

Artikel 3, eerste lid, 1/, van het ontwerp verleent in sommige gevallen evenwel een onmiddellijk recht op onderwijs aan huis, bijvoorbeeld indien de leerling lijdt aan een chronische ziekte.

Die bepaling stemt overeen met artikel 74^{ter}, § 3, tweede lid, van het decreet onderwijs II, dat voor het secundair onderwijs bepaalt dat een afwezigheid van minder dan 21 kalenderdagen geen langdurige afwezigheid is, "tenzij het gaat om een afwezigheid vanwege een chronische ziekte". Deze uitzondering voor het secundair onderwijs werd ingevoegd bij artikel III.15 van het decreet van 15 juli 2005 betreffende het onderwijs XV. Volgens artikel III.17 van dat decreet treden de woorden "tenzij het gaat om een afwezigheid vanwege een chronische ziekte" in werking op een door de Vlaamse Regering te bepalen datum.

Voor het lager onderwijs werd een gelijkaardige uitzondering voor chronisch zieken ingevoegd in artikel 34, § 3, tweede lid, van het decreet basisonderwijs bij artikel II.3 van het decreet van 15 juli 2005. Volgens artikel II.13 treedt artikel II.3 eveneens in werking op een door de Vlaamse Regering te bepalen datum.

Volgens de gemachtigde ambtenaar is het de bedoeling om met het voorgelegde ontwerp de bedoelde decretale bepalingen in werking te laten treden. In het ontwerp dient dan ook een uitdrukkelijke bepaling in die zin te worden opgenomen.

De artikelen II.13 en III.17 van het decreet van 15 juli 2005 dienen als rechtsgrond voor die inwerkingtredingsbepaling in de aanhef te worden opgenomen.

4. Artikel 3, eerste lid, 2/, van het ontwerp bepaalt dat de leerling recht heeft op tijdelijk onderwijs aan huis indien hij binnen een bepaalde afstand van de school verblijft, namelijk maximaal 10 km in het gewoon onderwijs en maximaal 20 km in het buitengewoon onderwijs.

Zowel artikel 74^{ter}, § 1, van het decreet onderwijs II als artikel 34, § 1, van het decreet basisonderwijs verlenen recht op tijdelijk onderwijs aan huis aan leerlingen voor wie het door ziekte of ongeval tijdelijk onmogelijk is om onderwijs te volgen in hun school. De Vlaamse Regering wordt gemachtigd om de voorwaarden vast te stellen waaronder dit recht kan worden uitgeoefend.

De decretale bepalingen en de machtiging van de regering moeten worden gelezen in het licht van artikel 24 van de Grondwet. Dat artikel bepaalt dat ieder recht op onderwijs heeft, met eerbiediging van de fundamentele rechten en vrijheden. De concretisering van dit recht, door de inrichting, erkenning of subsidiëring van het onderwijs, dient door de decreetgever zelf te worden geregeld. Zoals bekend drukt artikel 24, § 5, van de Grondwet de wil van de grondwetgever uit om aan de decreetgever de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs wat de inrichting, erkenning en subsidiëring betreft. Opdrachten aan de regering zijn mogelijk, maar laten niet toe om de onnauwkeurigheid of de onvoldoende omstandige beleidskeuzes van de wetgever op te vangen of te verfijnen.

Het recht op onderwijs vervat in artikel 24, § 3, van de Grondwet komt toe aan ieder kind, ziek of niet ziek. Het binnen redelijke grenzen organiseren of financieren van onderwijs dat aangepast is aan de bijzondere situatie van zieke kinderen is bijgevolg een grondwettelijke verplichting. De decreetgever dient de beleidskeuze te maken hoe aan dit recht invulling wordt gegeven, en hoe het onderwijs voor zieke kinderen wordt georganiseerd. De beleidsafwegingen daarbij, met het oog op een redelijke invulling van het recht op onderwijs, dienen, gelet op artikel 24, § 5, van de Grondwet, door de decreetgever gemaakt te worden. Een onderscheid dat daarbij gemaakt wordt, dient in het licht van het gelijkheidsbeginsel door de wetgever te kunnen worden verantwoord.

De voorwaarden die de Vlaamse Regering kan bepalen ten aanzien van het recht op tijdelijk onderwijs kunnen de in het licht van artikel 24, § 3, van de Grondwet, essentiële beleidskeuze van wetgever niet vervangen of verfijnen.

Uit het voorgaande volgt dat de machtiging aan de regering in voormelde decretale bepalingen niet toelaat, en dus geen rechtsgrond biedt, om voorwaarden op te leggen die het recht op tijdelijk onderwijs aan huis als dusdanig ontnemen aan bepaalde categorieën van leerlingen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

Gelet op wat over de rechtsgrond is opgemerkt, kan het volstaan in het eerste lid van de aanhef te verwijzen naar de artikelen 74^{ter} en 74^{quinquies} van het decreet onderwijs II.

In het tweede lid van de aanhef moet ook melding worden gemaakt van artikel 139 van het decreet basisonderwijs.

Artikel 7

In tegenstelling met artikel 8, § 1, van het ontwerp, waar wordt bepaald dat het onderwijs aan huis uiterlijk moet worden georganiseerd vanaf de eerste schoolweek die volgt op de week waarin de inschrijving werd ontvangen, wordt in artikel 7, § 1, eerste lid, het ogenblik waarop die verplichting ingaat berekend met als uitgangspunt de week "waarin de aanvraag ontvankelijk werd bevonden". Het is niet duidelijk wat de verantwoording voor dit verschil in behandeling is, mede gelet op het gegeven dat het ogenblik waarop de aanvraag ontvankelijk wordt verklaard aan de vrijheid van de schooldirectie wordt overgelaten. Gelet daarop verdient het aanbeveling ook in artikel 7, § 1, eerste lid, de ontvangst van de aanvraag als uitgangspunt te nemen.

Artikel 17

Artikel 17 van het ontwerp bepaalt dat het besluit ten dele uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2007, dus met terugwerkende kracht.

Het is bekend dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar is, namelijk ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen kan deze worden gebillijkt.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. TISON,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. PAS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME