



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 54.205/1
van 29 oktober 2013

over

een voorontwerp van decreet ‘betreffende belangrijke en noodzakelijke maatregelen voor leerlingen met specifieke onderwijsbehoeften’

Op 25 september 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘betreffende belangrijke en noodzakelijke maatregelen voor leerlingen met specifieke onderwijsbehoeften’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 22 oktober 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Raf AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Brecht STEEN, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 oktober 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten van de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe een aantal maatregelen te nemen met betrekking tot het onderwijs aan leerlingen met specifieke onderwijsbehoeften. Daarmee worden bedoeld leerlingen met langdurige en belangrijke participatieproblemen die te wijten zijn aan het samenspel van functiebeperkingen (mentaal, psychisch, lichamelijk of zintuiglijk), beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en persoonlijke en externe factoren.

Die maatregelen hebben zowel betrekking op het gewoon (basis- en secundair) onderwijs als op het buitengewoon (basis- en secundair) onderwijs.

Het ontwerp is onderverdeeld in niveaugebonden hoofdstukken voor het basisonderwijs, het secundair onderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding. Verder is er een hoofdstuk met bepalingen inzake de onderwijsinspectie en de pedagogische begeleidingsdiensten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

3.1. Het ontwerp strekt er, luidens de memorie van toelichting, onder meer toe wijzigingen aan te brengen in de onderwijsregelgeving “om stappen te zetten in de geleidelijke realisatie van artikel 24 van het VN-verdrag van 13 december 2006 ‘inzake de rechten van personen met een handicap’” (hierna: VN-Verdrag).

Dit artikel 24 waarborgt het recht op onderwijs van personen met een handicap, en bepaalt tevens dat, om dit recht zonder discriminatie en op basis van gelijke kansen te verwezenlijken, de verdragsluitende staten “een inclusief onderwijssysteem op alle niveaus” waarborgen (artikel 24, lid 1). Artikel 24, lid 2, verduidelijkt wat dit recht op inclusief onderwijs in de praktijk inhoudt. Bij de uitoefening van het recht op onderwijs moeten de verdragsluitende staten waarborgen dat personen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van het algemene onderwijssysteem en dat kinderen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van gratis en verplicht basisonderwijs of van het voortgezet onderwijs (artikel 24, lid 2, a), en dat personen met een handicap toegang hebben tot inclusief, hoogwaardig en gratis basisonderwijs en tot voortgezet onderwijs en wel op basis van gelijkheid met anderen in de gemeenschap waarin zij leven (artikel 24, lid 2, b). Verder schrijft het artikel voor dat de staten waarborgen dat “redelijke aanpassingen worden verschaft naar gelang de

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

behoefte van de persoon in kwestie” (artikel 24, lid 2, c) en dat “personen met een handicap, binnen het algemene onderwijssysteem, de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te vergemakkelijken” (artikel 24, lid 2, d). Tenslotte wordt opgedragen dat doeltreffende, aan het individu aangepaste, ondersteunende maatregelen zouden worden genomen in omgevingen waarin de cognitieve en sociale ontwikkeling wordt geoptimaliseerd, overeenkomstig het doel van onderwijs waarbij niemand wordt uitgesloten (artikel 24, lid 2, e).

Artikel 24 van het VN-Verdrag moet in samenhang worden gelezen met artikel 4, lid 2, van hetzelfde verdrag. Artikel 4, lid 2, van het VN-Verdrag stelt dat wat betreft economische, sociale en culturele rechten, elke verdragspartij verplicht is maatregelen te nemen met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen en waar nodig, in het kader van internationale samenwerking, om steeds dichterbij een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen, onverminderd de in dit Verdrag vervatte verplichtingen die volgens het internationale recht onverwijld van toepassing zijn.

3.2. Het VN-Verdrag is bij decreet van 8 mei 2009 in de Vlaamse rechtsorde ingevoerd.² De decreetgever moet bijgevolg bij het uitwerken van een regeling voor het onderwijs voor personen met een handicap, de verplichtingen die voortvloeien uit het verdrag naleven.

3.3. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving in het advies 49.437/1 van 28 april 2011³ heeft geconcludeerd, volgt uit artikel 24 van het VN-Verdrag dat de Vlaamse overheid sinds 13 augustus 2009, zijnde de datum waarop het goedkeuringsdecreet in werking is getreden, de verbintenis heeft om het recht op toegang tot het inclusief onderwijs te waarborgen.

Doordat het ontwerp van decreet het recht op inschrijving in het gewoon onderwijs onverkort laat gelden wanneer de leerlingen het gemeenschappelijk curriculum kunnen volgen met toepassing van proportionele en gepaste maatregelen, lijkt het ontwerp dit recht op toegang voldoende te verzekeren.

In het licht van het VN-Verdrag geldt bovendien dat het recht van leerlingen met een handicap op redelijke aanpassingen onmiddellijk dient te worden gerealiseerd, gelet op het feit dat het niet doorvoeren van redelijke aanpassingen op zichzelf een discriminatie vormt.⁴ Door de toegang tot het buitengewoon onderwijs te beperken tot die gevallen waar de aanpassingen in het gewoon onderwijs disproportioneel of onvoldoende zouden zijn, lijkt het ontwerp het recht op redelijke aanpassingen in het gewoon onderwijs voldoende te waarborgen.

² Decreet van 8 mei 2009 ‘houdende instemming met het verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, en het facultatief protocol bij het verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, opgemaakt in New York op 13 december 2006’.

³ Adv.RvS 49.437/1 van 28 april 2011 over een voorstel van decreet dat geleid heeft tot het decreet van 25 november 2011 ‘betreffende het inschrijvingsrecht’, *Parl.St.* VI. Parl. 2010-11, nr. 1042/2.

⁴ G. DE BECO, “Het recht op onderwijs voor personen met een handicap volgens artikel 24 van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap: juridische analyse en toepassing in Vlaanderen”, *TJK* 2013 (90), 97. Zie ook in het algemeen A. D’ESPALLIER, “Non-discriminatie ten aanzien van personen met een functiebeperking: redelijke aanpassingen en het VN-Verdrag” (noot onder Gent, 20 januari 2011), *RW* 2011-12, 879.

3.4. Naast de vermelde concrete verplichtingen bevat artikel 24 van het VN-Verdrag ook de verbintenis om van het inclusief onderwijs het principe en van het buitengewoon onderwijs de uitzondering te maken.⁵⁻⁶ Wat dit inclusief onderwijs precies inhoudt wordt door het VN-Verdrag niet gedefinieerd, maar artikel 24 bevat wel een catalogoog aan maatregelen die genomen moeten worden om een persoon met een handicap te ondersteunen. Inclusief onderwijs houdt aldus in dat in het gewone onderwijs voldoende ondersteuningsmaatregelen worden genomen volgens de behoeften van leerlingen met een handicap om hen toe te laten onderwijs te volgen in het gewoon onderwijs.

Het inclusief onderwijs als algemene regel kan, zoals volgt uit artikel 4, lid 2, van het VN-Verdrag, rekening houdend met de beschikbare middelen, geleidelijk worden gerealiseerd. Nieuwe regelingen mogen geen achteruitgang betekenen ten opzichte van het bereiken van de doelstelling van het principe van inclusief onderwijs.

Artikel 24 van het VN-Verdrag betekent evenwel niet dat het buitengewoon onderwijs als dusdanig zou moeten verdwijnen, op voorwaarde dat er een principieel recht op toegang tot het gewoon onderwijs bestaat.

Doordat het ontwerp voorziet in bijkomende ondersteuning voor leerlingen met een handicap in het gewoon onderwijs en het recht van toegang tot dat onderwijs versterkt, zet het ontwerp stappen in de richting van de algemene doelstelling van artikel 24 van het VN-Verdrag en draagt het bij tot de realisatie van het inclusief onderwijs. Het feit dat het ontwerp het buitengewoon onderwijs laat bestaan en zelfs verder ontwikkelt en verfijnt, door de verschillende types te herdefiniëren en een nieuw type 9 te creëren, doet hieraan geen afbreuk.

OPSCHRIFT

4. Het verdient aanbeveling om in het opschrift van het voorontwerp van decreet de woorden “*belangrijke en noodzakelijke*” weg te laten, aangezien ze de inhoud van het ontwerp niet echt verduidelijken.⁷

⁵ Zie in dezelfde zin G. DE BECO, *l.c.*, 94; B. VERBEECK en M. VERBRUGGEN, “Deel I: Vraag en Antwoord”, in STEUNPUNT RECHT EN ONDERWIJS, *Advies over de specifieke bepalingen met betrekking tot onderwijs in het VN-Verdrag van 1 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap*, 2009, (5) 13 en 18, te vinden op <http://www.ond.vlaanderen.be/specifieke-onderwijsbehoeften/internationaal/VN-verdrag.htm>.

⁶ Zie ook artikel 28 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind, waarbij het VN-Comité voor de rechten van het kind in zijn Algemeen Commentaar nr. 9 opmerkt dat inclusief onderwijs het doel moet zijn van onderwijs aan kinderen met een handicap ook al geldt dat de mate waarin de inclusie gebeurt, mag variëren. Zie VN-COMITÉ VOOR DE RECHTEN VAN HET KIND, *General Comment No. 9 The rights of children with disabilities*, 29 september 2006, CRC/C/GC/9, § 66 en G. DE BECO, *l.c.*, 94-95.

⁷ Zie ook *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbevelingen nrs. 14 en 14.3, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be). Zie ook : omzendbrief VR/2009/4 van 17 juli 2009 betreffende de wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 50, 3°.

Artikel II.3

5. Artikel II.3 van het ontwerp vervangt artikel 10 van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997.

Het ontworpen artikel 10, § 1, 5°, machtigt de Vlaamse Regering om de voorwaarden te bepalen waaraan de residentiële setting moet voldoen opdat er een school voor buitengewoon onderwijs type 5 aan verbonden kan zijn. Het ontworpen artikel 10, § 2, machtigt de Vlaamse Regering diagnostische protocollen vast te leggen voor de oriëntering naar de types als vermeld in § 1, 2° tot 8°.

Om de onduidelijkheid over de draagwijdte van deze machtigingen weg te nemen is het aan te raden op zijn minst in de memorie van toelichting te verduidelijken wat met de begrippen “residentiële setting” en “diagnostische protocollen” bedoeld wordt.

Artikel II.20

6. Artikel 24, § 5, van de Grondwet bepaalt dat de inrichting, erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de Gemeenschap wordt geregeld door de wet of het decreet.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof⁸ drukt artikel 24, § 5, van de Grondwet de wil van de Grondwetgever uit om aan de bevoegde wetgever de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs, wat de inrichting, erkenning of subsidiëring ervan betreft, doch verbiedt deze bepaling niet dat onder bepaalde voorwaarden opdrachten aan andere overheden worden toevertrouwd. Die grondwettelijke bepaling vereist dat de door de decreetgever verleende delegaties alleen betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de door hem vastgestelde beginselen. De gemeenschapsregering of een andere overheid zou daarmee de onnauwkeurigheid van die beginselen niet kunnen opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet kunnen verfijnen.⁹

7. Artikel II.20 van het ontwerp voegt in het decreet basisonderwijs een artikel 173septies in. Artikel 173septies wordt ingevoegd in het nieuwe hoofdstuk XIIquinquies “Waarborgregeling bij daling van het leerlingenaantal in het buitengewoon onderwijs”. Het ontworpen artikel 173septies, § 2, machtigt de regering de procedure voor de berekening van de enveloppe en de wijze waarop deze middelen kunnen worden ingezet voor uitbreiding van zorg in de scholen voor gewoon onderwijs of voor versterking van onderwijs op maat in scholen voor buitengewoon onderwijs en voor welke leerlingen deze middelen kunnen worden aangewend, te bepalen.

⁸ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bijv. arrest nr. 40/2011, 15 maart 2011, B.6.3 en arrest nr. 72/2012 van 12 juni 2012, B.4.

⁹ Over het wettigheidsbeginsel, zie onder meer: B. STEEN, “Het legaliteitsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (art. 24, § 5 GW): een stand van zaken”, *TORB* 2000-01, 347-382; B. STEEN, “Streng, strenger, strengst!? De verhouding tussen de rechtspraak van het Arbitragehof en de adviezen van de afdeling wetgeving van de Raad van State in constitutionele onderwijsaangelegenheden. Het legaliteitsbeginsel als casus”, *TORB* 2006-07, 213-222; L. VÉNY, *Onderwijsrecht. I. Dragende beginselen*, Brugge, die Keure, 2010, 97-108.

Deze machtiging lijkt in de mate ze betrekking heeft op procedureregels voor de berekening van de enveloppe in overeenstemming te zijn met artikel 24, § 5, van de Grondwet.

Voor zover de machtiging betrekking heeft op het bepalen van de wijze waarop de middelen kunnen worden ingezet voor uitbreiding van zorg, voor versterking van onderwijs op maat en voor welke leerlingen deze middelen kunnen worden aangewend, heeft zij geen betrekking op de tenuitvoerlegging van de door de decreetgever vastgestelde beginselen, aangezien het decreet ter zake geen enkel beginsel bepaalt. Het is de Vlaamse Regering die zelf zal kiezen hoe, waar en voor welke leerlingen de middelen zullen worden ingezet. Deze machtiging is dan ook in strijd met artikel 24, § 5, van de Grondwet. De essentiële aspecten van de beoogde regeling zullen bijgevolg door de decreetgever zelf moeten worden vastgesteld.

8. Hoewel uit de plaats waar de bepaling wordt ingevoegd, met name in het decreet basisonderwijs, waarschijnlijk moet worden afgeleid dat de bijkomende middelen moeten worden geïnvesteerd in het gewoon of buitengewoon basisonderwijs, blijkt dit niet duidelijk uit de tekst zelf van de bepaling noch uit de memorie van toelichting. Als dit effectief de bedoeling is van de stellers van het ontwerp dient zulks te worden verduidelijkt. Dezelfde vaststelling geldt voor artikel III.56, de tegenhanger van het secundair onderwijs.

Artikel III.4

9. Door het ontworpen artikel worden twee bepalingen die betrekking hebben op de oprichting, werking en taken van de Commissie van Advies voor het Buitengewoon Onderwijs (CABO) opgeheven. Deze bepalingen zijn momenteel opgenomen in het hoofdstuk van de Codex Secundair Onderwijs die betrekking hebben op bijzondere organen die bevoegdheden uitoefenen in het secundair onderwijs.

Het door artikel III.4, 2°, ontworpen artikel 67, bepaalt de verplichtingen die ouders hebben ten aanzien van hun leerplichtige kinderen en maakt mogelijk dat kinderen die in de onmogelijkheid verkeren om onderwijs te volgen, worden vrijgesteld van de leerplicht na advies van de onderwijsinspectie. De nieuw ontworpen bepaling heeft echter niets te maken met een orgaan voor het secundair onderwijs; zij legt integendeel een taak vast van een orgaan dat niveauoverstijgende bevoegdheden uitoefent en waarvan de werking elders wordt geregeld. Bovendien sluit de bepaling inhoudelijk veeleer aan bij bepalingen die betrekking hebben op rechten en plichten van leerlingen of hun ouders. De regeling wordt dan ook best elders in de codex secundair onderwijs opgenomen, bijvoorbeeld in titel 2 van deel III van de codex (artikel 110 e.v.). Die aanpak zou overigens ook sporen met de plaats die de regeling inneemt in het decreet basisonderwijs (zie artikel II.8 van het ontwerp).

Artikel III.9

10. Men redigere de inleidende zin van artikel III.9 als volgt: “In artikel 115, § 1, van de Codex Secundair Onderwijs, gewijzigd bij het decreet van 21 december 2012, wordt het tweede lid vervangen (...)”.

Artikel III.20

11. Bij dit artikel moet, *mutatis mutandis*, dezelfde opmerking worden gemaakt als bij artikel II.3 van het ontwerp.

Artikel III.56

12. Bij dit artikel moeten, *mutatis mutandis*, dezelfde opmerking worden gemaakt als bij artikel II.20 van het ontwerp.

Artikel III.59

13. Men redigere de inleidende zin van artikel III.59 als volgt: “In deel V, titel 3, van de Codex Secundair Onderwijs wordt een hoofdstuk 1/1 ingevoegd, (...)”.

Artikel III.62

14. Men redigere de inleidende zin van artikel III.62 als volgt: “In deel V, titel 3, van de Codex Secundair Onderwijs wordt een hoofdstuk 1/2 ingevoegd, (...)”.

Artikel IV.1

15. De definitie die door artikel IV.1, 5°, van het ontwerp wordt ingevoegd in het ontworpen artikel 2, 15°/1, van het decreet van 1 december 1998 ‘betreffende de centra voor leerlingenbegeleiding’ lijkt verder in dat decreet niet meer te worden gebruikt. Het heeft dan ook weinig zin om deze definitie in het genoemde decreet in te voegen.

Het begrip “handelingsgerichte diagnostiek” wordt wel gebruikt in zowel het decreet basisonderwijs (artikel II.1, 10°) als de Codex Secundair Onderwijs (artikel III.2, 10°), weliswaar telkens in het kader van een opdracht van het centrum voor leerlingenbegeleiding. De definitie wordt evenwel niet opgenomen in deze laatste twee decreten. De stellers van het ontwerp doen er dan ook goed aan hetzij het begrip “handelingsgerichte diagnostiek” in deze decretale teksten te omschrijven, hetzij die taak van het centrum voor leerlingenbegeleiding ook uitdrukkelijk in het vernoemde decreet van 1 december 1998 in te schrijven.

Hoofdstuk V. Onderwijsinspectie en pedagogische begeleidingsdiensten

16. Het opschrift “Afdeling I (...)” is overbodig en dient te worden geschrapt. Ook in het opschrift van Hoofdstuk V kan “en pedagogische begeleidingsdiensten” worden geschrapt nu geen enkele bepaling van Hoofdstuk V op deze diensten betrekking heeft.

Artikel V.1

17. Artikel V.1 kent enkele nieuwe opdrachten toe aan de onderwijsinspectie met betrekking tot het toezicht op de centra voor leerlingenbegeleiding. De huidige opdrachten van de onderwijsinspectie zijn geformuleerd in artikel 32 van het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de kwaliteit van onderwijs’ en worden in de navolgende artikelen nader bepaald. Aldus worden afzonderlijke afdelingen gewijd aan de opdracht inzake advies bij opname in de erkenning, aan de opdracht inzake advies bij de oprichting van vestigingsplaatsen, aan de doorlichting en aan de specifieke opdrachten.

Artikel V.1 van het ontwerp voegt de nieuwe opdrachten in in artikel 38 van het decreet van 8 mei 2009, dat deel uitmaakt van de afdeling die betrekking heeft op de doorlichting, terwijl de nieuwe opdrachten duidelijk te onderscheiden zijn van de doorlichting.¹⁰

Omwille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid dient de ontworpen bepaling te worden ingevoegd, hetzij in de afdeling gewijd aan de specifieke opdrachten (bijv. een nieuw artikel 42*bis* of 43*bis*), hetzij in een nieuwe afdeling III*bis* waarin de opdrachten worden geregeld.

Bovendien heeft de ontworpen bepaling betrekking op twee verschillende opdrachten van de onderwijsinspectie waarbij de tweede opdracht eigenlijk, zoals hierna blijkt, geen betrekking heeft op toezicht. Het verdient dus aanbeveling om beide opdrachten te regelen in een afzonderlijk artikel.

18. De ontworpen bepaling is niet in overeenstemming met de overige bepalingen van het ontwerp, in het bijzonder de artikelen II.8, II.10, III.4 en III.12 van het ontwerp, aangezien sommige opdrachten die aan de onderwijsinspectie worden toevertrouwd geen toezichtsoopdracht kunnen inhouden.

Enerzijds, wat het toezicht op de attesteringen in functie van permanent onderwijs aan huis betreft, dient te worden vastgesteld dat er in de artikelen II.10 en III.12 geen attesteringsbevoegdheid doch enkel advies- en overlegbevoegdheden worden toegekend. Deze bevoegdheden worden uitgeoefend door respectievelijk de onderwijsinspectie zelf (artikel II.10, 1° en III.12, 1°) en de centra voor leerlingenbegeleiding (artikel II.10, 2° en III.12, 2°). Het heeft weinig zin dat de onderwijsinspectie toezicht uitoefent op de centra voor leerlingenbegeleiding in het kader van een opdracht die de centra niet vervullen. Ook de overlegbevoegdheid van de centra voor leerlingenbegeleiding leent zich niet tot het uitoefenen van toezicht door de onderwijsinspectie, nu dat overleg beperkt is tot het overleggen met de ouders in het kader van de (vrije) keuze van de dichtstbijzijnde instelling van buitengewoon onderwijs die het onderwijs aan huis verzorgt, een aangelegenheid waar de centra voor leerlingenbegeleiding weinig of geen beleidskeuzes kunnen maken.

¹⁰ De bewoordingen “beide doorlichtingen” worden dan ook beter vervangen door “het kwaliteitstoezicht en de doorlichting bedoeld in artikel 37”.

Anderzijds, wat het toezicht op de vrijstellingen van leerplicht betreft, dient te worden vastgesteld dat krachtens de artikelen II.8 en III.4 van het ontwerp, de onderwijsinspectie zelf die vrijstellingen toekent, zodat evenmin kan worden ingezien hoe de inspectie in dit kader toezicht zou moeten uitoefenen op de centra voor leerlingenbegeleiding.

De conclusie is dan ook dat deze bepaling ingrijpend moet worden herschreven.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Marleen VERSCHRAEGHEN

Marnix VAN DAMME