

**ADVIES OVER DE SPECIFIEKE BEPALINGEN MET BETREKKING TOT
ONDERWIJS IN HET VN-VERDRAG VAN 13 DECEMBER 2006 INZAKE DE
RECHTEN VAN PERSONEN MET EEN HANDICAP**

STEUNPUNT RECHT EN ONDERWIJS 2009

Voorwoord

Het volgend advies is het resultaat van een aantal werkgroepvergaderingen rond de vragen die gesteld werden door de administratie over de juridische gevolgen van het VN-Verdrag inzake Rechten van Personen met een Handicap op het onderwijs in Vlaanderen.

De werkgroep was samengesteld uit academici verbonden aan het steunpunt voor recht en onderwijs.

Daarnaast werden door de penhouders gesprekken gevoerd met verschillende betrokken actoren uit het veld.

Als penhouders werden aangesteld voor deel 1 vragen en antwoorden - Machteld Verbruggen en Bengt Verbeeck, en voor deel 2 verdere analyse - Gracienne Lauwers. Het steunpunt dankt deze auteurs voor hun expertise.

Op basis van de discussies tijdens de werkgroepen maakten de penhouders van de werkgroep een ontwerp van tekst die enerzijds de antwoorden bevat op de door de administratie gestelde vragen en anderzijds de analyse van de besproken hoofdlijnen met aanbevelingen. Met deze methode wil het steunpunt enerzijds een degelijk antwoord bieden op de gestelde vragen van de administratie en anderzijds ruimte laten voor een ruime duiding en kritische reflectie. Het is immers het unaniem standpunt van het managementcomité dat de gestelde vragen een ruime draagwijdte hebben die onvermijdelijk in de toekomst aanleiding zal geven tot juridische discussiepunten. Met de uitgebreide analyse wordt getracht proactief en genuanceerd een groot aantal van deze mogelijke toekomstige vragen te situeren.

De leden van de werkgroep blijven bereid om de verschillende punten van de aanbevelingen nog uitgebreider te onderzoeken.

De taakverdeling werd opgemaakt in het managementcomité van 20 mei 2009, waar de vragen ook een eerste maal werden besproken.

De eindversie van dit advies werd besproken in het managementcomité van het steunpunt d.d. 12 november 2009, waarbij Daniël Cuypers en Jan De Groof betrokken waren. Het steunpunt dankt in het bijzonder ook Raf Verstegen en Gunter Maes voor hun constructieve bemerkingen en suggesties. De andere leden van het managementcomité lieten zich verontschuldigen voor deze vergadering wegens andere drukke beroepsbezigheden, maar houden zich ter beschikking voor eventuele andere vragen vanwege de administratie in het kader van het steunpunt.

Prof. dr. Daniël Cuypers, woordvoerder
namens het managementcomité van het Steunpunt.

Prof. dr. J. De Groof

Prof. dr. G. Lauwers

Prof. dr. G. Maes

Prof. dr. W. Rauws

Prof. dr. L. Veny

Prof. dr. B. Verbeeck

Prof. dr. M. Verbruggen

Prof. dr. R. Verstegen

ADVIES OVER DE SPECIFIEKE BEPALINGEN MET BETREKKING TOT ONDERWIJS
IN HET VN-VERDRAG VAN 13 DECEMBER 2006 INZAKE DE RECHTEN VAN
PERSONEN MET EEN HANDICAP¹

STEUNPUNT RECHT EN ONDERWIJS 2009

DEEL 1 – VRAAG EN ANTWOORD - penhouders Machteld Verbruggen en Bengt Verbeeck

1. Concrete vragen van de administratie
2. Antwoord op de concrete vragen van de administratie

Vraag 1 - Welke zijn de juridische gevolgen van het VN-Verdrag inzake Rechten van Personen met een Handicap op het onderwijs (artikel 24), van de prioriteit die het VN-Verdrag geeft aan individuele rechten? In het bijzonder is de vraag in welke mate het VN-Verdrag een recht op inclusief onderwijs creëert, dit binnen een context waarbij er in ons land een specifiek aanbod buitengewoon onderwijs bestaat, dat echter niet gesteund is op het principe van inclusie.

- 2.1. Achtergrond en totstandkoming van het VN-Verdrag
- 2.2. Recht op onderwijs van personen met een handicap
- 2.3. Verplichting tot het uitbouwen van een systeem van inclusief onderwijs op alle niveaus
- 2.4. Voortbestaan 'speciaal' onderwijs
- 2.5. Noodzakelijke en redelijke aanpassingen
 - 2.5.1. Directe bedreiging van de gezondheid of veiligheid van anderen
 - 2.5.2. Substantiële veranderingen in een essentieel onderdeel van het curriculum
 - 2.5.3. (2bis) Substantiële wijziging in hoe het vak wordt onderwezen/goederen en diensten worden aangeboden
- 2.6. Onevenredige financiële of administratieve last
- 2.7. Afdwingbaarheid

Vraag 2 - Wat is de impact van artikel 24 van het verdrag op het onderwijs, inzonderheid op het recht op inschrijving in het gewoon onderwijs en de beperkingen (draagkrachtafweging) die het decreet gelijke onderwijskansen I voorziet? (zie vooral de beperking in artikel III.10 van het decreet). Neem hierbij in acht dat er hierbij een onderscheid wordt gemaakt tussen leerlingen met een inschrijvingsverslag voor het buitengewoon onderwijs type 8 (geen draagkrachtafweging) en met een inschrijvingsverslag voor het buitengewoon onderwijs type 1 tot 7 (wel draagkrachtafweging).

¹ Het advies beperkt zich tot de studie over de situatie van leerlingen met een handicap in het onderwijs, en bespreekt niet de situatie van werknemers met een handicap in het onderwijs.

Vraag 3 - Welke zijn de juridische gevolgen van het VN-Verdrag op de in het voorontwerp van decreet leezorg geplande regeling van een 'inschrijvingsrecht onder ontbindende voorwaarde van onvoldoende draagkracht' in het gewoon onderwijs?

Vraag 4 - Hoe zal de bevoegdheid van het Comité voor de rechten van personen met een handicap (facultatief protocol) zich verhouden tot de bevoegdheid van de Commissie inzake Leerlingenrechten?

DEEL 2 – VERDERE ANALYSE - penhouder Gracienne Lauwers

3. Probleemstelling

- 3.a. Schets van het VN-Verdrag en protocol en de context van het tot stand komen
- 3.b. Ondertekening van het VN-Verdrag door de EU
- 3.c. Toepassingsgebied van het VN-Verdrag: handicap en functiebeperking
- 3.d. Verplichtingen
- 3.e. Implicaties voor het Vlaamse onderwijs

4. De huidige prioritaire instrumenten voor niet discriminatie in het onderwijs in Vlaanderen

- 4.a. Algemeen
- 4.b. GOK-decreet art. V.10
 - 4.b.1 Toepassingsgebied *ratione personae*: gebrek, en een handicap
 - 4.b.2 Verplichtingen: de specifieke regeling voor draagkracht
 - 4.b.3 Art. V.10 GOK-decreet en de Commissie leerlingenrechten
 - 4.b.4 Art. V.10 GOK-decreet en de Commissie leerlingenrechten getoetst aan het VN-Verdrag;
- 4.c. Gelijke behandelingsdecreet
 - 4.c.1 Toepassingsgebied *ratione personae*: gebrek, en een handicap
 - 4.c.2 Verplichtingen
 - 4.c.3 Mogelijk discriminatoire bepalingen in het ontwerp leezorg en problemen die kunnen voortvloeien uit het bindend karakter van het inschrijvingsverslag
- 4.d. De jurisdictionele bescherming van niet-discriminatie in Vlaanderen

5. De individuele rechten waaraan het VN-Verdrag inzake rechten van personen met een handicap prioriteit geeft en het recht op inclusief onderwijs

- 5.a. Recht op inclusief onderwijs versus recht op niet discriminatie (recht om ingeschreven te worden in het gewoon onderwijs)
- 5.b. Bewijslast
- 5.c. Juridisch kader voor gelijke behandeling bij de toegang tot het onderwijs
 - 5.c.1. Voldoen aan de geschiktheidseisen (wezenlijke vereisten) voor de opleiding
 - 5.c.2. Onderzoek naar de vereiste doeltreffende aanpassingen in een individuele casus
 - 5.c.3. Onderzoek of de doeltreffende aanpassing onevenredig is – de zogenaamde draagkracht in het GOK-decreet

- Verplichtingen voor de school
- Verplichtingen voor de leerling
- Verplichtingen voor de Vlaamse overheid²
 - (1) Lerarenopleiding
 - (2) Procedure voor het aanvragen van geïntegreerd onderwijs
 - (3) De verplichting van de Vlaamse Overheid om te voorzien in materiële middelen voor redelijke aanpassingen
 - (4) De verplichting van de Vlaamse Overheid om te voorzien in een behoorlijke procedure voor het aanvragen van middelen voor redelijke aanpassingen door de leerling en/of de school
 - (5) De verplichting van de Vlaamse Overheid om te voorzien in een behoorlijke begeleiding van de leerling met een handicap die wordt geweigerd in een school

5.c.4. Onderzoek naar de risico's van de toelating

5.c.5. Het juridisch kader voor een discriminatievrij onderwijs traject voor leerlingen met een handicap

5.e. Inclusief onderwijs

6. Toezicht op de naleving van het VN-Verdrag: mechanisme en draagwijdte van de opdracht van het Comité

6.a. De bevoegdheid van het Comité in het kader van de rapportering

6.b. De bevoegdheid van het Comité voor de rechten van personen met een handicap (hierna Comité) in het kader van de individuele klachtenprocedure

6.c. De impact van de individuele klachtenprocedure op de Commissie Leerlingenrechten en de nationale rechter

DEEL 3 – RELEVANTE UITSPRAKEN VAN (JURISDICTIONELE) ORGANEN

² Deze liggen vervat wat betreft onderwijs in General Comment 13 on the right to education (Art. 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) *Right to Education* Scope and Implementation

DEEL 1 – VRAAG EN ANTWOORD

penhouders Machteld Verbruggen en Bengt Verbeeck

Vraag 1 - Welke zijn de juridische gevolgen van het VN-Verdrag inzake Rechten van Personen met een Handicap op het onderwijs (artikel 24), van de prioriteit die het Verdrag geeft aan individuele rechten? In het bijzonder is de vraag in welke mate het VN-verdrag een recht op inclusief onderwijs creëert, dit binnen een context waarbij er in ons land een specifiek aanbod buitengewoon onderwijs bestaat, dat echter niet gesteund is op het principe van inclusie.

*“Grondrechten zijn “formeel juridisch (...) de verzameling van subjectieve rechten die in een gegeven rechtsorde zo belangrijk worden geacht, dat zij omschreven werden in juridische instrumenten die de hoogste rang bekleden in de hiërarchie van de rechtsnormen, met name in de grondwet en de internationale verdragen. (...) Inhoudelijk zou men de grondrechten kunnen omschrijven als een geheel van subjectieve rechten die op een bepaald ogenblik in het recht in het bijzonder worden erkend en gewaarborgd, omdat zij wezenlijke voorwaarden worden geacht om als persoon in waardigheid te kunnen leven en zich in de samenleving te ontplooien”.*³

1. Achtergrond en totstandkoming van het Verdrag

Het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, en het facultatief protocol bij dit Verdrag is vanuit verschillende oogpunten baanbrekend. Het is het eerste mensenrechtenverdrag van de 21^{ste} eeuw en kreeg ook al meteen op de openingsdag een recordaantal ondertekeningen.⁴ Bijzonder is echter vooral de zeer participatieve methode van verdragsonderhandelingen die bij de totstandkoming van dit Verdrag gehanteerd werd. Het Verdrag breekt inderdaad met het ‘staatcentrisch’ model van verdragsonderhandeling bij mensenrechtenverdragen en neemt de standpunten, meningen en ervaringen van de doelgroep, *in casu* van personen met een handicap, mee in rekening. Zo mochten vertegenwoordigers van geaccrediteerde NGO’s deelnemen aan alle openbare vergaderingen van het in 2001 opgerichte ad hoc comité, en later zelfs aan de informele consultaties en gesloten vergaderingen. Naast de aanwezigheid van de NGO’s bij de besprekingen werden ook de lidstaten door het ad hoc comité formeel aangemoedigd om personen met een

³ Zie MAES, G., *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1 vn 1 en de verwijzingen aldaar.

⁴ Zie voor stand van ondertekening en ratificatie: <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?id=166>

handicap op te nemen in hun officiële delegaties bij vergaderingen en hen in het thuisland te consulteren bij het voorbereidende proces. Omdat dit voor ontwikkelingslanden niet vanzelfsprekend is richtte het ad hoc comité zelfs een “UN Voluntary Fund on Disability” op om de deelname van experts van de ‘civil society’ uit deze landen te ondersteunen.⁵ Tot slot is het vermeldenswaard dat het ook het eerste mensenrechtenverdrag is dat de Europese Gemeenschap mee onderhandelde en ondertekende. Op basis van een besluit van de Raad van Ministers - met als rechtsbasis het door het Verdrag van Amsterdam ingelaste artikel 13 van het EG-Verdrag⁶ - mocht de Commissie onderhandelen in naam van de Gemeenschap.⁷ Op deze wijze trachtte men te vermijden dat er inconsistenties zouden ontstaan tussen het Gehandicaptenverdrag en de reeds bestaande Europese wetgeving met betrekking tot niet-discriminatie.⁸

Het VN-Verdrag betreffende de rechten van personen met een handicap heeft niet als bedoeling nieuwe rechten te creëren, maar preciseert de verplichtingen van de verdragsluitende partijen met betrekking tot bestaande mensenrechten toegepast op personen met een handicap⁹. Vastgesteld was immers dat het potentieel van bestaande mensenrechtenverdragen ten aanzien van de bevordering en bescherming van mensenrechten van gehandicapte personen onvoldoende werd benut¹⁰. Gehandicapten bleven ondanks de bestaande mensenrechten al te dikwijls aan de rand van de maatschappij leven. Het VN-Verdrag gaat ervan uit dat een allesomvattend en integraal internationaal verdrag een wezenlijke bijdrage zal vormen aan het aanpakken van de grote sociale achterstand van personen met een handicap en hun participatie in het burgerlijke, politieke,

⁵ Zie T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: historic process, strong prospects, and why the U.S. should ratify”, *Human Rights Brief*, 14, (2007), 2, pp.4-6.

⁶ Artikel 13 EG-Verdrag: “1. Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.

2. Wanneer de Raad communautaire stimuleringsmaatregelen, harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten uitgezonderd, vaststelt ter ondersteuning van de maatregelen die de lidstaten nemen om bij te dragen tot de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstellingen neemt hij, in afwijking van lid 1, een besluit volgens de procedure van artikel 251.”

⁷ L. WADDINGTON, “A new era in human rights protection in the European Community: the implications the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community” in *Maastricht Working Papers, Faculty of Law*, (2007), 4, pp. 7-9.

⁸ Dit is niet volledig gelukt. Zo wijkt de definitie van het begrip “redelijke aanpassingen” in artikel 2-4 van het Verdrag enigszins af van artikel 5 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*Publicatieblad EG*, 2000, L 303/16). Zie R. BÖCKER en M. KROES, “Verdrag en facultatief protocol inzake de rechten van mensen met (functie)beperkingen: mijlpaal in ontwikkeling mensenrechten”, *NJCM Bulletin, Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten*, 32, (2007), 2, pp. 119.

⁹ Meer bepaald met betrekking tot gehandicapte kinderen wordt het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het kind in herinnering gebracht: Preambule bij het VN-Verdrag, sub r.

¹⁰ Zie Preambule bij het VN-Verdrag, sub k

economische, sociale en culturele leven met gelijke kansen zal bevorderen.¹¹ Doel van het VN-Verdrag is het volledige genot door alle personen met een handicap van alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid te bevorderen, beschermen en waarborgen, en ook de eerbiediging van hun inherente waardigheid te bevorderen.

Een cruciaal uitgangspunt van het Verdrag is de ‘*shift of paradigm*’ die eraan ten grondslag ligt.¹² Het wijst de klassieke medische invulling van handicap als een vorm van ‘defectenken’ af en kiest voor het sociaal model, waarin handicap veeleer gezien wordt als een sociale constructie. Het medische model legt de nadruk op de beperking en is traditioneel gericht op het zo veel mogelijk trachten te ‘herstellen’ van die beperking. Dit sluit aan bij de ontwikkelingen in de Angelsaksische rechtstraditie waar de “barrier-approach” zoals die sterk werd benadrukt na een decennium ervaring in de Britse Disability Discrimination Act van 2005.¹³ Het sociaal model begrijpt handicap als een negatieve interactie tussen maatschappelijke drempels en mensen met verschillende functionele mogelijkheden of beperkingen. Beperkingen vormen meer of minder een handicap afhankelijk van de aard van de maatschappij waarin ze zich manifesteren.¹⁴ Zo kan een slecht zicht in een maatschappij waar het verkrijgen van een bril niet vanzelfsprekend is, een handicap uitmaken omdat de deelname aan de maatschappij erdoor belemmerd wordt. In een westerse maatschappij waar een slecht zicht op eenvoudige wijze door het dragen van een bril zal worden gecorrigeerd vormt dit geen handicap, maar kan bijvoorbeeld een stoornis in de mogelijkheid tot lezen een zodanige belemmering op deelname aan de maatschappij vormen dat dit als een handicap moet worden beschouwd. Dit uitgangspunt verklaart waarom er geen definitie van het begrip ‘gehandicapt’ is opgenomen bij de begripsomschrijvingen in artikel 2 van het VN-Verdrag. Artikel 1, dat de doelstelling van het Verdrag betreft, verduidelijkt evenwel dat “personen met een handicap” omvat: “*personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of*

¹¹ Preambule bij het VN-Verdrag, sub y.

¹² Zie ‘The Convention in brief’: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=12&pid=150>.

¹³ A. ROULSTONE en J. WARREN, *Discriminating Legislation: Can the UK Disability Discrimination Act 2005 Really Make a Difference to Disabled People’s Substantive Equality?*, Paper Presented at the *Equal is Not Enough conference*, Antwerp 14-16 September 2006. 26 p. Zie ook J. HUYS, Begripsomschrijving van ‘handicap’ en aanverwante termen in het antidiscriminatie recht, *Soc. Kron.* 2009, 65-74; L. WADDINGTON en M. GIJZEN, “(Her)definitie van het begrip handicap in de EG en Nederlandse gelijke behandelingswetgeving”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2006, 270-279. Cf. bv. traditionele definitie van ziekte in het arbeidsrecht: “Een of meerdere stoornissen in lichamelijke en/of geestelijke functies”: J. HERMAN, *Schorsing van de individuele arbeidsovereenkomst*, Brugge, die Keure, 2005, 168 en vgl. met de definitie in de Memorie van Toelichting: tekst volgende paragraaf! A. RAHMÉ e.a. (ed.), *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 61 e.v.; K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 141-187.

¹⁴ K. GUERSNEY, NICOLI, M. en NINIO, A., *Making Inclusion Operational. Legal and Institutional Resources for World Bank Staff on the Inclusion of Disability Issues in Investment Projects*, 3-5. Zie http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/Resources/LDWP1_Disability.pdf

zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving”.

2. Recht op onderwijs van personen met een handicap

Het Verdrag bevestigt het recht op onderwijs van gehandicapte personen, en stelt dat dit principieel inclusief van aard is. Dit blijkt zowel uit de gehele opzet van het Verdrag, als uit het artikel betreffende onderwijs zelf. In artikel 3 van het Verdrag worden de uitgangspunten van het Verdrag opgesomd. In deze grondbeginselen van het Verdrag herkennen we duidelijk de hoger vermelde paradigm shift. Ze betreffen onder meer: a. Respect voor de inherente waardigheid, *persoonlijke autonomie, met inbegrip van de vrijheid zelf keuzes te maken* en de onafhankelijkheid van personen; b. *Non-discriminatie*; c. *Volledige en daadwerkelijke participatie* in, en opname in de samenleving; (...) e. *Gelijke kansen*; f. *Toegankelijkheid*;¹⁵ (...) h. Respect voor de zich ontwikkelende mogelijkheden van kinderen met een handicap en eerbiediging van het recht van kinderen met een handicap op het behoud van hun eigen identiteit.

Vertaald naar het onderwijs leiden deze uitgangspunten tot een verdragsartikel dat wat betreft het principe van het recht op inclusief onderwijs niets aan duidelijkheid te wensen over laat. In artikel 24 van het Verdrag wordt niet alleen het recht op onderwijs van gehandicapte personen erkend, maar wordt tevens bepaald dat, om dit recht zonder discriminatie en op basis van gelijke kansen te verwezenlijken, de verdragsluitende staten “*een inclusief onderwijssysteem op alle niveaus*” waarborgen.

De tweede paragraaf van artikel 24 verduidelijkt wat dit recht op inclusief onderwijs in de praktijk betekent. 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. Kinderen met een handicap mogen niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van gratis en verplicht basisonderwijs of van het voortgezet onderwijs. Personen met een handicap moeten eveneens zonder discriminatie en op voet van gelijkheid met anderen, toegang verkrijgen tot het tertiair onderwijs, beroepsopleidingen, volwassenenonderwijs en een leven lang leren. Het artikel bepaalt tevens zeer expliciet 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*.¹⁶ Verder schrijft het artikel voor dat “*redelijke aanpassingen worden verschaft naar gelang de behoefte van de persoon in kwestie*” en dat

¹⁵ Eigen cursivering

¹⁶ Eigen cursivering

“personen met een handicap, binnen het algemene onderwijssysteem, de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te vergemakkelijken”. 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.

3. Verplichting tot het uitbouwen van een systeem van inclusief onderwijs op alle niveaus

Het belangrijkste juridische gevolg van de toetreding tot dit VN-Verdrag met betrekking tot onderwijs bestaat uit de verplichting die verdragssluitende partijen op zich hebben genomen tot het uitbouwen van een “systeem van inclusief onderwijs op alle niveaus”.¹⁷ Het volstaat inderdaad niet om leerlingen of studenten met een handicap een recht op inschrijving in het reguliere onderwijs – hier te verstaan als: niet het buitengewoon onderwijs - te garanderen. Dat recht moet gepaard gaan met allerlei begeleidende maatregelen die een daadwerkelijke integratie in het onderwijs bewerkstelligen. Leerlingen of studenten met een handicap hebben immers recht op redelijke aanpassingen naar gelang hun behoefte. Binnen het algemene onderwijssysteem hebben ze recht op ondersteuning die ze nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te vergemakkelijken. Een systeem van inclusief onderwijs veronderstelt bovendien meer dan alleen aanpassende of ondersteunende maatregelen op niveau van de persoon met een handicap. Inclusief onderwijs veronderstelt dat niet zozeer de persoon met een handicap zich aanpast aan de omgeving, maar dat de omgeving meer geschikt wordt gemaakt voor de persoon met een handicap. Hiervan is sprake bij ‘universeel ontwerp’: ontwerpen van producten, omgevingen, programma’s en diensten die door iedereen in de ruimst mogelijke zin gebruikt kunnen worden zonder dat een aanpassing of een speciaal ontwerp nodig is. ”Universeel ontwerp” omvat tevens ondersteunende middelen voor specifieke groepen van personen met een handicap, indien die nodig zijn.¹⁸

In Vlaanderen zijn maatregelen zoals de reeds bestaande systemen van Geïntegreerd en Inclusief Onderwijs¹⁹ een voorbeeld van aanpassings- en ondersteunende maatregelen ten behoeve van personen met een handicap, maar deze volstaan geenszins om tegemoet te komen aan de verplichtingen die dit Verdrag oplegt. Daarvoor is de toegang tot dit systeem van ondersteunende maatregelen te beperkt zowel wat betreft de voorwaarden voor toelating als wat betreft de ondersteuning die geboden kan worden. GON-begeleiding kan wel gezien worden als één vorm van de ondersteunende en aanpassingsmaatregelen die door het Verdrag

¹⁷ Zie MAES, G., *o.c.*, 39-43.

¹⁸ Artikel 2 van het VN-Verdrag.

¹⁹ Zie. <http://www.ond.vlaanderen.be/wetwijs/thema.asp?id=55&fid=1>

worden voorgeschreven, maar richt zich eerder op het inpassen van de gehandicapte leerling of student in het reguliere onderwijs, veeleer dan op het aanpassen van de onderwijsomgeving aan personen met een handicap. Om van een systeem van inclusief onderwijs op alle niveaus te kunnen spreken zijn verdergaande maatregelen nodig. Het Verdrag zelf gaat in de vierde paragraaf van artikel 24 in op de vereisten die een dergelijk inclusief onderwijssysteem stelt aan de competenties van de leerkrachten, leidinggevenden en andere medewerkers die op alle niveaus van het onderwijs werkzaam zijn. Niet alleen dient het onderwijssysteem over leerkrachten te beschikken met specifieke vaardigheden zoals kennis van braille en/of gebarentaal, maar het Verdrag schrijft ook voor dat de opleiding van onderwijspersoneel onder meer ‘disability awareness’ en het gebruik van de desbetreffende ondersteunende communicatie en andere methoden, middelen en vormen van en voor communicatie, onderwijstechnieken en materialen om personen met een handicap te ondersteunen, moet omvatten. Dit betekent enerzijds dat de eindcompetenties van de respectieve lerarenopleidingen onder de loep moeten worden genomen, en dat anderzijds de introductie van nieuwe personeelscategorieën (bv. orthopedagogen, logopedisten, kinesisten, ...) in het gewoon onderwijs moet worden overwogen.

Specifieke maatregelen in de organisatie en structuur van het onderwijs zijn nodig om de verplichtingen van het verdrag te verzekeren, maar niet voldoende. Daarnaast zijn – gelet op de toestand van de bestaande schoolinfrastructuur voor Vlaanderen - waarschijnlijk ingrijpende maatregelen nodig om het toegankelijk maken van de onderwijsinfrastructuur te garanderen.²⁰ Artikel 9 van het Verdrag bepaalt immers dat partijen bij het Verdrag passende maatregelen nemen om personen met een handicap op voet van gelijkheid met anderen toegankelijkheid te garanderen. Het gaat daarbij onder meer om toegankelijkheid van gebouwen, maar ook van de voorzieningen en diensten binnen en buiten die gebouwen. Heel expliciet worden scholen vermeld.²¹ Het begrip ‘toegankelijkheid’ wordt ruim omschreven. Het is een dergelijk ruim begrip dat bijvoorbeeld ook bewegwijzeringen in braille of mensen die voorlezen of dovertolken eronder valt. Partijen bij het Verdrag nemen het op zich minimumnormen en richtlijnen voor de toegankelijkheid af te kondigen en de toepassing ervan te controleren.

Wellicht zullen ook de bepalingen in het Verdrag met betrekking tot de mobiliteit van personen met een handicap – gericht op het mogelijk maken tegen een betaalbare prijs van

²⁰ Zie bv. Besluit van 5 juni 2009 van de Vlaamse regering tot vaststelling van een gewestelijk stedenbouwkundige verordening inzake toegankelijkheid, *Belgisch Staatsblad* van 2 september 2009. Dit besluit omvat enkele bepalingen over de toegankelijkheid die in acht genomen moeten worden wanneer men publieke ruimtes (inclusief onderwijsinstellingen en studentenkoten) waarvoor een stedenbouwkundige vergunning vereist is, wil bouwen, verbouwen of uitbreiden. Dit besluit is niet van toepassing op handelingen waarvoor geen medewerking van een architect vereist is. Aanvragen voor een stedenbouwkundige vergunning die vóór 1 maart 2010 ingediend zijn, vallen niet onder het toepassingsgebied van dit besluit.

²¹ Artikel 9 van het VN-Verdrag, sub 1, a)

persoonlijke mobiliteit en zelfstandigheid - een impact hebben op de uitwerking van een inclusief onderwijssysteem.²²

Een uitgebreide ‘handleiding’ voor de uitbouw van inclusief onderwijs met een overzicht van zowel algemene beleidsprincipes en uitgangspunten als meer punctuele maatregelen en adviezen die dienstig kunnen zijn bij de uitbouw van een systeem van inclusief onderwijs is te vinden in *The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education*²³. Verder moet bij de uitbouw van een inclusief onderwijs in Vlaanderen ook rekening gehouden worden met de bepaling van artikel 4.3 van het Verdrag, dat ook bij de interne tenuitvoerlegging van het verdrag een participatief proces voorschrijft : “ *Bij de ontwikkeling en tenuitvoerlegging van wetgeving en beleid tot uitvoering van dit Verdrag en bij andere besluitvormingsprocessen betreffende aangelegenheden die betrekking hebben op personen met een handicap, plegen de Staten die Partij zijn nauw overleg met personen met een handicap, met inbegrip van kinderen met een handicap, en betrekken hen daar via hun representatieve organisaties actief bij.*”

4. Voortbestaan ‘speciaal’ onderwijs

Met de ontwikkeling van een systeem van buitengewoon onderwijs voor leerlingen met een handicap was Vlaanderen een voorloper, in die zin dat op deze wijze onderwijs gegarandeerd werd voor gehandicapte leerlingen op een ogenblik dat elders in de wereld deze leerlingen vaak nog het recht op onderwijs ontzegd werd. Dit decennialang uitgebouwde systeem vangt op dit ogenblik een groot aantal leerlingen met een handicap op. De vraag rijst nu wat de positie is van dit systeem gelet op de bepalingen van het Verdrag. Er was tijdens de verdragsonderhandelingen inderdaad debat over de vraag of kinderen met een handicap nog het recht op toegang zouden behouden tot speciale scholen of speciale klassen.²⁴ In het oorspronkelijke tekstvoorstel luidde het :” *Where the general school system does not yet adequately meet the needs of persons with disabilities, special and alternative forms of learning may be made available. However, these should be aimed at preparing students for education in the general school system and the quality of education provided should reflect the same standards and objectives as that provided in the general schools system*”²⁵. Onder

²² Artikel 20 van het VN-Verdrag.

²³ World Conference on Special Needs Education: Access and Quality, Salamanca, Spain, 7-10 June 1994, UNESCO and Ministry of Education and Science Spain.

²⁴ P.PRICE en U.TULI, “Promoting Inclusive Education for Persons with Disabilities”, *International Rehabilitation Review – Special Edition: The Convention of the Rights of Persons with Disabilities*, December 2007, Vol. 56, N° 1, 27.

²⁵ Chair’s Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, December 2003, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm>

meer door de EU²⁶ is geprobeerd het recht op onderwijs voor kinderen met een handicap zo te formuleren dat een systeem van speciaal onderwijs voor kinderen met een handicap zoals wij dat kennen ook mogelijk te maken onder het Verdrag. De EU pleitte dat het doel inclusief en toegankelijk onderwijs was, maar dat toegankelijkheid en locatie van elkaar moesten worden onderscheiden. Zo wou de EU het recht op inclusief onderwijs ‘in de eigen gemeenschap’ aanvullen met de woorden ‘voor zover mogelijk’. Een tekstvoorstel van de EU waarin gesteld werd dat, waar het algemeen onderwijssysteem nog niet voldoende tegemoet kwam aan de noden van personen met een handicap, de staten maatregelen zouden nemen om alternatieve onderwijsvormen te bevorderen, die nauw zouden moeten aansluiten bij en aan dezelfde standaarden voldoen als het algemene curriculum, werd evenmin weerhouden.

Het is inderdaad duidelijk dat een groot aantal landen en alle organisaties van personen met een handicap inclusief onderwijs beschouwen als de hoeksteen van artikel 24.²⁷ Dat inclusief onderwijs berust op het beginsel dat alle kinderen telkens wanneer mogelijk en ongeacht hun verschillen, samen onderwijs moeten volgen. Het principe dient zo te worden uitgelegd dat de normale school voor een kind met een handicap dezelfde school is als degene waar hij of zij naar toe zou zijn gegaan wanneer er geen handicap was geweest. Het Verdrag maakt duidelijk van inclusief onderwijs – te verstaan als deelname van de persoon met een handicap aan het gewone onderwijs in de eigen gemeenschap, met redelijke aanpassingen en ondersteunende maatregelen waar nodig - de regel. Dit betekent inderdaad dat het onderwijssysteem *moet* veranderen, op een wijze dat alle scholen openstaan voor alle kinderen, ongeacht het al dan niet aanwezig zijn van een handicap. In een dergelijk systeem evolueren de ‘speciale’ scholen eerder naar expertisecentra, van waaruit de ‘gewone’ scholen worden ondersteund.²⁸

Alles wijst er echter op dat, wanneer redelijke aanpassingen en ondersteunende maatregelen onvoldoende zijn om het recht op onderwijs van de persoon met een handicap te kunnen realiseren, het aanbieden van specifiek onderwijs voor personen met een handicap precies de manier is om het recht op onderwijs van deze personen te garanderen. In die zin behoudt het stelsel van buitengewoon onderwijs zoals dat in Vlaanderen is uitgebouwd tot op zekere hoogte zijn relevantie, voor die leerlingen en hun ouders die geen gebruik wensen te maken van het principiële recht op inclusie, of voor wie inclusief onderwijs niet mogelijk is omdat de noodzakelijke en passende wijzigingen disproportioneel zouden zijn en daardoor niet

²⁶ En verder op de één of andere wijze door Marokko, Brazilië en China: zie Daily summary of discussions related to ARTICLE 17: EDUCATION, UN Convention on the Rights of People with Disabilities. Third session of the Ad Hoc Committee - Daily Summary, Volume 4, #5, May 28, 2004.

²⁷ Vlaams Parl., Stuk 2144 (2008-2009) – Nr. 1 12

²⁸ Salamanca Statement, *hoger geciteerd*, 12

realiseerbaar. Het Verdrag geeft enkel de ‘vloer’, niet het ‘plafond’ van de rechten van personen met een handicap aan. In zijn artikel 4.4 bepaalt het verdrag immers: *“Geen enkele bepaling van dit Verdrag tast bepalingen aan die in sterkere mate bijdragen aan de verwezenlijking van de rechten van personen met een handicap en die vervat kunnen zijn in het recht van een Staat die Partij is, of in het internationale recht dat voor die Staat van kracht is. Het is niet toegestaan enig mensenrecht dat, of fundamentele vrijheid die in een Staat die Partij is bij dit Verdrag, ingevolge wettelijke bepalingen, overeenkomsten, voorschriften of gewoonten wordt erkend of bestaat, te beperken of ervan af te wijken, onder voorwendsel dat dit Verdrag die rechten of vrijheden niet of in mindere mate erkent.”* Voor leerlingen voor wie geen inclusief onderwijs mogelijk is en die vandaag al in een speciale school terecht kunnen, kunnen we stellen dat Vlaanderen op grond van deze bepaling verplicht is dit soort onderwijs te blijven aanbieden. Bovendien is het niet omdat het Verdrag het recht op keuze tussen inclusief of buitengewoon onderwijs niet uitdrukkelijk erkent, dat Vlaanderen dit niet zou kunnen aanbieden. Artikel 5.4 van het verdrag bepaalt immers ook dat specifieke maatregelen die nodig zijn om de feitelijke gelijkheid van personen met een handicap te bespoedigen of verwezenlijken, niet worden aangemerkt als discriminatie in de zin van dit Verdrag. Er zijn wel degelijk ouders die van mening zijn dat speciaal, aan de noden van hun kind aangepast onderwijs hun kind de beste toekomstkansen biedt.²⁹ Wel is het zo dat buitengewoon onderwijs niet kan worden opgelegd aan de persoon met een handicap, of zijn ouders, tenzij kan worden aangetoond dat inclusief onderwijs niet mogelijk is omdat de aanpassingen die nodig zijn niet redelijk zouden zijn.

Ingeval het buitengewoon onderwijs als ‘parallel’ onderwijscircuit naast het gewoon (inclusief) onderwijs blijft bestaan, behouden ouders het recht te kiezen tussen beide onderwijsvormen. Dit vrije keuzerecht vloeit rechtstreeks voort uit het recht op onderwijs. Een andere vraag is echter of dit ook betekent dat ouders van kinderen met een handicap te allen tijde volledige toegang hebben tot instellingen van het buitengewoon onderwijs. Het recht op onderwijs belet niet dat de overheid de toegang tot onderwijsinstellingen reguleert. De toegang tot een school van het buitengewoon onderwijs kan daarom – zoals nu reeds het geval is – aan bijkomende voorwaarden worden onderworpen zodat de middelen die worden geïnvesteerd in het buitengewoon onderwijs terecht komen bij diegenen die ze het meest nodig hebben. In dat opzicht kan worden geargumenteed dat de inschrijving in een school van het buitengewoon onderwijs in elk geval moet worden gegarandeerd wanneer ouders niet over een evenwaardig alternatief in het regulier onderwijs beschikken. Omgekeerd kan dit betekenen dat ouders die wel over een evenwaardig alternatief beschikken niet zonder

²⁹ Zie ook COLKER, R., *When is separate unequal? A Disability Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2009.

meer een inschrijving in het buitengewoon onderwijs kunnen bewerkstellingen (bijvoorbeeld omdat voorrang wordt verleend aan leerlingen die nergens anders terecht kunnen).

Met het oog op een werkbare implementatie van het Verdrag en gelet op de uitgangpositie in ons land met de sterk uitgebouwde sector van het buitengewoon onderwijs – en tevens rekening houdend met financiële haalbaarheid - zou men zich kunnen afvragen of een systeem waarin er een concentratie van de inspanningen in bepaalde - goed gespreide – mainstream scholen die daarvoor van de overheid extra ondersteuning krijgen, kan beschouwd worden als een implementatie van het Verdrag? Het antwoord lijkt negatief te moeten zijn, want een dergelijke optie strookt noch met de geest noch met de letter van het Verdrag. De geest van het Verdrag heeft onder meer betrekking op het feit dat inclusief onderwijs geacht wordt er niet alleen te zijn ten behoeve van gehandicapte jongeren, maar evenzeer ten behoeve van de niet-gehandicapte die op deze wijze leert omgaan met verschillen en kan groeien in wederzijdse solidariteit.³⁰ Het organiseren van “meer inclusieve” scholen leidt er bijna automatisch toe dat er andere scholen zullen zijn die “minder inclusief” in hun werking zullen zijn. Letterlijk kent het Verdrag een recht toe op inclusief onderwijs op basis van gelijkheid in de gemeenschap waarin de persoon met de handicap leeft. In het discriminatierecht wordt een onderscheid gemaakt tussen geoorloofde ongelijke behandeling die geen discriminatie uitmaakt – en ongeoorloofde ongelijke behandeling (discriminatie en dus verboden). Om van een schending van het gelijkheidsbeginsel te kunnen spreken is het nodig dat het gemaakte onderscheid niet kan worden verantwoord. Het onderscheid kan eventueel worden verantwoord wanneer het gaat om een rechtvaardig doel, de maatregel om dit doel te bereiken pertinent is (“passend”) en proportioneel: er moet een evenwichtige verhouding bestaan tussen het aangewende middel – de ongelijke behandeling – en het daarmee beoogde doel. De toetsing door de rechter is gewoonlijk vrij marginaal (“kennelijk” onredelijk) maar soms is het niet voldoende dat er een redelijk verband bestaat tussen de maatregel en het nagestreefde rechtmatige doel. In zo’n geval vereist men dat de ongelijke behandeling *noodzakelijk* is om het rechtmatig nagestreefde doel te bereiken.³¹ De vraag is in welke mate het mogelijk zou kunnen zijn de ongelijke behandeling van een leerling met een handicap – zich niet mogen inschrijven in de school van zijn keuze maar moeten kiezen uit een beperkter aantal scholen - noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken. Het lijkt moeilijk een doel te formuleren dat zo dwingend is dat het redelijkerwijze een dergelijke aantasting van het recht op vrije schoolkeuze voor gehandicapten kan rechtvaardigen. Het lijkt er net op dat het Verdrag de mogelijke rechtvaardigingsgronden van ongelijke behandeling van personen met een

³⁰ Zie preambule van het Verdrag, sub m en w.

³¹ DE PRINS, D.; SOTTIAUX, S en VRIELINK, J., *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer

handicap in het onderwijs sterk heeft willen inperken. Het lijkt alleen op individueel niveau toegestaan om aan te tonen dat inclusief onderwijs, zelfs met redelijke aanpassingen, niet mogelijk is en een verschillende behandeling (doorverwijzing naar een speciale school) noodzakelijk is. Wanneer personen met een handicap, omwille van die handicap, hun schoolkeuze beperkt zouden zien tot een aantal – zelfs mainstream – scholen die specifiek zijn toegerust voor de opvang van personen met een of met die handicap, moet dit gezien worden als een schending van het principe van niet-discriminatie zoals dit door dit Verdrag is gesteld. In dezelfde zin ook Reichenbach over de Duitse situatie³².

De overheid en bij uitbreiding de onderwijsinstellingen die door de overheid worden gefinancierd of gesubsidieerd, moeten inclusief onderwijs nastreven. Zoals hierboven aangegeven, betekent dit dat in vele scholen de nodige aanpassingen zullen moeten worden doorgevoerd. Zowel van de overheid als van de onderwijsinstellingen wordt verwacht dat zij hierbij pro-actief te werk gaan: met andere woorden zij wachten niet tot er effectieve vragen tot inschrijving zijn van kinderen met een handicap maar zij zorgen er zoveel als mogelijk voor dat deze kinderen kunnen worden opgevangen wanneer zij zich aanbieden voor inschrijving. Begrijpelijkerwijze kan niet elke school of vestigingsplaats van de ene dag op de andere in staat worden geacht ‘inclusief’ onderwijs aan te bieden: onvermijdelijk dringen zich hier overgangsbepalingen op. In dat opzicht kan een mogelijk knelpunt in het GOK-Decreet-I worden gesignaleerd: artikel III.1, §1 stelt dat elke leerling recht heeft op inschrijving in de school of vestigingsplaats gekozen door zijn ouders. De vraag rijst of de tweede zin van dezelfde paragraaf: *“Bij de keuze van vestigingsplaats wordt rekening gehouden met het aanwezige onderwijsaanbod”* in die zin kan worden geïnterpreteerd dat ouders geen inschrijving in de gekozen vestigingsplaats kunnen bekomen wanneer de school – in een eerste overgangsfase – alleen inclusief onderwijs in de hoofdvestigingsplaats of een van de andere vestigingsplaatsen kan garanderen. Zo niet lijkt ook hier een overgangsregeling aangewezen.

³² REICHENBACH, P., *o.c.*, 268. ‘Die Gerichte erkannten, das mit der Zuweisung zu einer Sonderschule zahlreiche Schwierigkeiten für die Betroffenen verbunden sind. (...) Aufgrund der eingeschränkten Abschlussmöglichkeiten dieser Schulen handele es sich bei den Sonderschulzuweisung um einen wesentlichen Eingriff in die Grundrecht der betroffenen Schülergruppen und ihrer Eltern. Dabei gelangten sie zu der Erkenntnis, dass die separierte Unterrichtung Behinderter nicht die einzig denkbare Methode darstellt, und das in der integrativen Ausbildung und Erziehung der mildere Eingriff in die rechte der Schülerinnen und Schüler zu erblicken sei³² (...) Behinderte Schülerinnen und Schüler werden zum einem durch solch schulrechtliche Regelungen benachteiligt, die ihnen Möglichkeiten zu einer Lebensführung nach ihrem eigenen Wünschen und Fähigkeiten nehmen. Benachteiligung liegt vor wenn der Statt das Erziehungsplan der Eltern Durchkreuzt. (...)Denn was tatsächliche Gleichheit und eine als gerecht empfundene Behandlung eigentlich bedeuten ist eine höchst subjektive, und durch objektive, vom Statt handhabbare Kriterien kaum zu fassen. Die Unterrichtung behinderten Schülerinnen und Schüler in separierten Einrichtungen stellt sich für diese nicht selten als ein Teufelskreis dar. Zwar verfolgen diese Schulen mit einem erheblichen personalen und sächlichen Einsatz das Ziel, sie möglichst optimal zu fördern und ihnen ihren Platz in der Gesellschaft zu verschaffen. Indes ist der Preis dieser Förderung die Kennzeichnung der Klientel als Sonderschülerinnen und -schüler” ; diese Kennzeichnung führt wiederum dazu, dass die soziale Mobilität der betroffenen Kinder und Jugendlichen erheblich eingeschränkt ist und dadurch ihre Zukunftschancen in Mitleidenschaft gezogen werden. Dass diese Benachteiligung durch die besonderen Förderungsmöglichkeiten wieder kompensiert werden kann, scheint zweifelhaft’.

De vaststelling dat het verdrag de verplichting inhoudt om het algemeen onderwijsaanbod als inclusief onderwijs te organiseren, met slechts beperkte mogelijkheden voor het behoud van buitengewoon onderwijs, roept de vraag op naar de urgentie van de omschakeling. In de paragraaf 6 wordt aandacht besteed aan deze problematiek.

5. Noodzakelijke en redelijke aanpassingen

De kern van het vraagstuk naar de toepassing van inclusief onderwijs betreft dus de vraag welke aanpassingen “redelijk” zijn, en wie dient aan te tonen welke aanpassingen nodig en redelijk zijn.

Het verdrag zelf definieert redelijke aanpassingen als: *“noodzakelijke en passende wijzigingen, en aanpassingen die geen disproportionele of onevenredige, of onnodige last opleggen, indien zij in een specifiek geval nodig zijn om te waarborgen dat personen met een handicap alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid met anderen kunnen genieten of uitoefenen”*.³³ Daarentegen is het begrip handicap niet gedefinieerd in het gelijke behandelingsdecreet of in het GOK-decreet.³⁴

Essentieel zal de discussie zich dus afspelen rond de interpretatie van wat enerzijds *“noodzakelijke en passende wijzigingen, en aanpassingen die een persoon met een handicap toelaten zijn recht op onderwijs uit te oefenen”*, zijn en anderzijds rond de interpretatie van de zinsnede *“die geen disproportionele of onevenredige, of onnodige last opleggen”*. Meer in het bijzonder draait het erom wie bepaalt wat de redelijke aanpassingen zijn, en wie bepaalt wanneer de aanpassingen niet meer redelijk zijn, m.a.w. disproportioneel, onevenredig zijn of een onnodige last opleggen? In de sessies van de onderhandelingsdocumenten werd een overzicht gegeven van de gangbare interpretaties van het begrip redelijke aanpassingen in de rechtsstelsels van een aantal verdragsluitende staten. De draagwijdte van de vereiste van redelijke aanpassingen in die onderscheiden wetgeving is meestal beperkt: niet alle maatschappelijke domeinen zijn betroffen, de vereiste is meestal beperkt tot de context van tewerkstelling, huisvesting en het genot van publieke goederen en diensten. Wat de onredelijke last betreft, vindt men twee gemeenschappelijke kenmerken in bijna al deze wetgeving: enerzijds is er nadruk op de “redelijkheid onder de omstandigheden” en anderzijds

³³ Artikel 3 van het VN- Verdrag

³⁴ De bewuste keuze van de federale en gemeenschapswetgevers om het begrip niet te definiëren is begrijpelijk van de eerder genoemde “barrier-approach”. Een sluitende definitie is vanuit de relatief benadering niet mogelijk nog wenselijk. Dit blijkt ook uit recente rechtspraak van het Hof van Justitie inzake kaderrichtlijn 2000/78. HvJ, C-13/05, 11 juli 2006, Chacón Navas, bespreking J. HUYS, Begripsomschrijving van 'handicap' en aanverwante termen in het antidiscriminatierecht, *Soc.Kron.* 2009, 65-74.

een onderliggende proportionaliteitstest die de rechten en voordelen en de last voor alle personen die geraakt worden door de voorgestelde aanpassing.

Alle wetgeving legt de bewijslast voor de disproportionele last bij degene aan wie de aanpassing wordt gevraagd. Het komt aan de aanvrager van aanpassingen toe om aan te tonen dat de aanpassing “redelijk” is, terwijl degene aan wie de aanpassing gevraagd wordt moet bewijzen dat de aanpassing een disproportionele last zou veroorzaken. Op deze wijze vormen ‘redelijkheid’ en onredelijke last’ elkaars spiegelbeeld, en worden ze ook vaak geïnterpreteerd als een wijze om de zaak van de eiser van die van de verweerder te onderscheiden.³⁵

De artikelen met betrekking tot toegankelijkheid en mobiliteit in het Verdrag geven al een indicatie van maatregelen die niet als disproportioneel zullen worden beschouwd: het aanbrenge van bewegwijzering in braille, bv., of het beroep doen op doventolken. Zo lijkt het ook niet langer mogelijk het gebruik van ICT (laptop) in de klas voor leerlingen met een lees-of schrijfhandicap te weigeren.

Het weigeren van redelijke aanpassingen vormt volgens het Verdrag een discriminatie. Implementerende nationale wetgeving moet verzekeren dat het weigeren van noodzakelijke en passende wijzigingen beschouwd wordt als een discriminatie en dat de definitie van noodzakelijke en passende maatregelen consistent is met de definitie uit artikel 2 van het Verdrag.

Gelet op het feit dat inclusief onderwijs geacht wordt de regel te zijn en niet-inclusief onderwijs dus als uitzondering dient te worden beschouwd, kunnen we stellen dat er een weerlegbaar vermoeden bestaat dat de noodzakelijke aanpassingen redelijk en niet disproportioneel zijn en geen onevenredige last op de onderwijsinstelling leggen. Het zal dus niet de persoon met een handicap (of zijn ouders) zijn die moet aantonen dat aanpassingen niet disproportioneel zijn, maar de onderwijsinstelling die moet aantonen dat ze dat wel zijn, indien ze een bepaalde leerling of student om die reden niet wenst toe te laten. Bovendien vereist inclusief onderwijs geen passieve houding van de onderwijsinstelling die erin bestaat eventueel gevraagde aanpassingen als disproportioneel af te wijzen, maar moet zij actief mee op zoek gaan naar oplossingen en desgevallend tegenvoorstellen doen die niet

³⁵ AD hoc Committee, Seventh session, New York, 16 January -3 February 2006, *The Concept of Reasonable Accommodation in Selected National Disability Legislation. Background conference document prepared by the Department of Economic and Social Affairs:* “This paper provides a description of how national legislation incorporates the concept of “reasonable accommodation” to persons with disabilities. The paper is based on legislation pertaining to the following countries/entities selected on the basis of present availability to the Secretariat as well as illustrative value: Australia, Canada, European Union, Ireland, Israel, New Zealand, the Philippines, South Africa, Spain, Sweden, United Kingdom, United States and Zimbabwe”.

disproportioneel zijn. Pas indien dit niet tot oplossingen leidt, mag gesteld worden dat aanpassingen niet mogelijk zijn.

Het Verdrag biedt daarentegen minder houvast dan wat mag verwacht worden betreffende de draagwijdte van noodzakelijke aanpassingen aan het onderwijs of curriculum zelf. Het facultatief protocol bij het VN-Verdrag voorziet in de oprichting van een Comité dat de toepassing van het Verdrag zal monitoren en ook voorziet in rechtsmiddelen in geval van schending van het Verdrag, weliswaar na uitputting van de interne rechtsmiddelen. In afwachting dat zich intern en op het niveau van het comité een casuïstiek aftekent, kan inspiratie geput worden uit de toepassing van het begrip “*reasonable accomodation*” in andere rechtssystemen. Het begrip “*reasonable accomodations not causing undue hardship*” is reeds lang gekend onder meer uit Canadese en Amerikaanse wetgeving met betrekking tot discriminatie. In Canada is het begrip vooral bekend in het bestrijden van discriminatie van etnische minderheden, in de Verenigde Staten wordt het voornamelijk aangewend bij toepassing van de ADA – ‘Americans with Disabilities Act’³⁶. In een onderwijscontext vertaalt zich dit in de ‘Individuals with Disabilities Education Act-IDEA’.³⁷ Toegepast op de onderwijsomgeving (in casu hoger onderwijs) worden redelijke aanpassingen ‘*appropriate academic adjustments*’. Volgens Amerikaans federaal recht mag een persoon met een handicap niet worden uitgesloten van participatie op grond van de handicap alleen. Een individu kwalificeert voor toelating indien hij beantwoordt aan de toelatingsvereisten en standaarden van gedrag en prestaties die van iedereen worden vereist.

In de context van hoger onderwijs is het gemakkelijker om te definiëren welke noodzakelijke aanpassingen niet redelijk zijn, en om aan te nemen dat wanneer het onder deze richtlijnen valt, het waarschijnlijk wél redelijk is.³⁸ Drie soorten aanpassingen worden niet redelijk geacht: (1) wanneer de aanpassing een gevaar betekent voor de gezondheid en veiligheid van anderen (2) wanneer de aanpassing een substantiële verandering in een essentieel element van het curriculum inhoudt (van een onderwijskundig standpunt) of een substantiële wijziging in de wijze waarop de diensten worden verleend en (3) wanneer de aanpassing een onredelijke administratieve of financiële last veroorzaakt.

(1) Directe bedreiging van de gezondheid of veiligheid van anderen

³⁶ Americans with Disabilities Act of 1990, amended in 2008, <http://www.ada.gov/pubs/ada.htm>.

³⁷ United States Department of Education, Office of Special Education and Rehabilitative Services. History: Twenty-Five Years of Progress in Educating Children With Disabilities Through IDEA. Date of Publication Unknown. <http://www.ed.gov/policy/speced/leg/idea/history.pdf>

³⁸ Zie: Higher Education and the ADA: Issues and Perspectives, (DAIS, 1997) en L.D. ROSENTHAL, “Reasonable accommodations for individuals regarded as having disabilities under the Americans with Disabilities Act. Why “No” should not be the answer”, *Seton Hall Law Review*, 2006, 895-969.

Een aanpassing is niet redelijk wanneer ze een directe dreiging veroorzaakt voor de veiligheid en gezondheid van anderen. Een instelling die dit inroept moet een substantieel risico op significante schade kunnen aantonen. De loutere aanwezigheid van een handicap vormt geen directe dreiging. Vaak wordt dit argument ingeroepen bij opleidingen waarin de mogelijkheid van de student om veilige en aangepaste zorg toe te dienen in het gedrang komt. Een instelling kan zich eventueel beroepen op een veiligheidsrisico bij een dove leerling-verpleegster of een leerling-kinderverzorging met slecht zicht, maar kan integendeel moeilijk een veiligheidsrisico bewijzen voor een student Engels of filosofie.

Volgens de ADA moet de dreiging wel iemand anders betreffen. De persoon met de handicap heeft het recht om een risico op zich te nemen. Zo geeft men aan dat een blinde student het recht heeft om deel te nemen aan een trektocht over ruw terrein, met het risico op vallen, maar dat dezelfde student niet het recht heeft om deel te nemen aan een cursus diepzeeduiken waarin studenten in paren worden ingedeeld en geacht worden elkaars veiligheid te monitoren door visuele inspectie.

(2) Substantiële veranderingen in een essentieel onderdeel van het curriculum

In een academische context is een aanpassing niet redelijk indien deze een substantiële verandering inhoudt van een essentieel onderdeel van het curriculum. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de instelling om aan te tonen dat enerzijds de gevraagde aanpassing substantieel is en anderzijds dat het onderdeel waarvoor de aanpassing gevraagd wordt essentieel is binnen het curriculum.

- Een instelling mag beslissen dat een wiskunde cursus essentieel is voor iemand met een ‘business major’ aangezien wiskunde de basis vormt die gebruikt wordt in vele andere cursussen.
- Een instelling mag niet beslissen dat een vervanging van een wiskunde cursus niet redelijk zou zijn, als de cursus slechts 3 van de 150 studiepunten betreft en geen substantieel onderdeel vormt van het curriculum, in casu van een ‘early childhood education major’.
- Een instelling kan beslissen dat vreemde talen een essentieel onderdeel van het curriculum ‘international studies’ vormen en dat een vervanging hiervan voor een dove student geen ‘redelijke aanpassing’ vormt.
- Een instelling mag niet beslissen dat het beheersen van een vreemde taal essentieel is voor een dove filosofiestudent, omdat “iedereen in de faculteit een vreemde taal moet beheersen” tenzij kan worden aangetoond waarom dit essentieel is voor het curriculum. De vereiste moet intrinsiek zijn aan het curriculum, niet arbitrair opgelegd.

(2bis) Substantiële wijziging in hoe het vak wordt onderwezen/goederen en diensten worden aangeboden

Soms is het niet de inhoud van het curriculum, maar de wijze waarop het specifieke vak wordt georganiseerd, die het probleem vormt.

- In een intensief Weekend MBA programma dat erop gericht is studenten een intensieve ervaring te geven in coöperatief werk met studiegenoten, is het toegelaten een student die om redenen verbonden met zijn handicap niet op regelmatige wijze kan deelnemen aan de groepservaringen, niet toe te laten tot het programma. Vragen dat de wijze waarop de opleiding wordt georganiseerd zou worden veranderd, vraagt een substantiële wijziging van hoe het programma is opgevat.
- Anderzijds is de vereiste dat studenten boekhouding een bepaalde hoeveelheid werk binnen een bepaalde tijd zouden afwerken, zonder aanpassingen toe te staan, niet redelijk. Al mag de docent traditioneel de gemeten snelheid van de berekeningen meegenomen hebben als een element van het resultaat, dit wordt niet essentieel geacht voor het beheersen van het vak. Er is geen vraag naar substantiële aanpassing van het vak, wat onderwezen wordt is immers niet 'snelheid'.

Soms draait de discussie rond de wijze waarop diensten worden aangeboden, soms rond de mogelijkheid zelf om aangeboden te worden.

- Een instelling die geen programma voor afstandslernen heeft is niet verplicht dit in te richten ten behoeve van studenten die in de onmogelijkheid verkeren om zich naar de campus te begeven en deel te nemen aan de normale lessen.
- Een instelling die alleen pendelstudenten heeft en geen huisvestingsaccommodatie, is niet verplicht dit in te richten voor personen met een handicap die nood hebben aan huisvesting in de buurt van de campus.
- Het is anderzijds niet onredelijk om van een onderwijsinstelling te verwachten dat boeken en kopies zouden worden verstrekt op alternatieve dragers voor studenten met een handicap die geen standaard drukwerk kunnen gebruiken. Substantieel is immers niet dat studenten toegang krijgen tot 'print materiaal', maar tot materiaal dat kan gebruikt worden voor leren en studeren en deze toegang moet gelijk worden gegeven aan studenten met of zonder handicap.
- een student die trager leest door een leeshandicap mag vragen dat de duurtijd van een inzage in de bibliotheek wordt verlengd van 60 naar 90 minuten, maar mag niet vragen dat de bibliotheek langer open blijft om hem

toe te laten die 90 minuten vol te maken. Dat zou immers een substantiële verandering betekenen van de wijze waarop de bibliotheek haar diensten verleent.

(3) Onevenredige financiële of administratieve last

Een aanpassing is niet redelijk wanneer het een onevenredige financiële of administratieve last creëert voor de instelling, maar...

Voor het hoger onderwijs werd bepaald dat om na te gaan of de kost van voorziening in bijkomende ondersteunende maatregelen en diensten onredelijk is, niet het budget van de opleiding, faculteit of universiteit bepalend is, maar wel het budget van de staat in kwestie als maatstaf wordt genomen.

Gedurende de 20 jaar waarin de ADA functioneerde heeft de federale regering van de VS bovendien nooit toegestaan dat een instelling voor hoger onderwijs ondersteunende maatregelen zou weigeren op grond van de kostprijs ervan alleen.

Voorbeelden van situaties waarin een aanpassing een evenredige administratieve last zou veroorzaken:

- Een aanvraag van een kandidaat-student met een multichemische overgevoeligheid dat gedurende zijn verblijf op de campus er geen bouw- of verbouwingswerken zouden worden uitgevoerd, werd als onredelijk beschouwd. De instelling moest in staat blijven zijn infrastructuur op peil te houden en te verbeteren met het oog op het optimaal bedienen van de gehele campus gemeenschap.
- een aanvraag van een student die vroeg dat avondlessen tijdens de dag zouden worden verstrekt om aldus te sporen met zijn reisvoorzieningen werd als onredelijk beschouwd. Anderzijds, een student voorrang geven om een lessenrooster te krijgen met lessen tijdens de dag is wel redelijk.

Hoger vermelde voorbeelden betreffen vooral de situatie van het hoger onderwijs in de VS, op een ogenblik dat het Verdrag in kwestie nog niet in voege was, en ze mogen dan ook niet als mogelijke interpretatie worden beschouwd. Ze geven wel een inzicht in hoe het begrip 'redelijke aanpassingen' zich in een onderwijscontext een casuïstiek heeft ontwikkeld.

6. Afdwingbaarheid

Door de ondertekening en ratificatie van dit verdrag hebben België en de federerende entiteiten de plicht op zich genomen om de aangegane engagementen uit te voeren en concreet gestalte te geven in implementerende wetgeving en beleid.³⁹ Deze vaststelling staat

³⁹ Zie MAES, G., *o.c.*, 30-31.

los van de afdwingbaarheid in rechte. Maes stelt terecht : “ *De buitengerechtelijke afdwingbaarheidswegen zijn zeer verscheiden: bijvoorbeeld door tussenkomst van een ombudsman, sociale actie ed.. Een behoorlijk werkend “administratief” (of “politiek”) controlesysteem kan heel afdoend zijn. Dit betekent dat de miskenning van de gewaarborgde rechten door een bevoegde instantie kan worden vastgesteld, en dat er rechtsherstel komt, hetzij door de schending ongedaan te maken en recht te zetten, hetzij door het toekennen van schadevergoeding of beide.*”⁴⁰ De Commissie Leerlingenrechten en de LOP’s zouden zeker een dergelijke rol kunnen vervullen. Maes wijst er ook op dat in sociale grondrechtenverdragen periodieke rapportageverplichtingen die aanleiding geven tot gefundeerde en belangwekkende aanbevelingen. Een nationale rechter kan desgevallend de precieze interpretatie van de inhoud en betekenis van de verdragsverplichtingen hieruit afleiden.⁴¹ Ook dit Verdrag bevat in zijn artikel 36 een dergelijke rapporteringsverplichting.

Met betrekking tot de vraag of rechten uit dit Verdrag rechtstreeks door individuen kunnen worden afgedwongen voor de rechter, dient het antwoord genuanceerd te zijn. Klassiek wordt in België zelden directe werking toegekend aan sociaal-culturele grondrechten. Dat houdt in dat verdragsbepalingen door de burger slechts kunnen worden ingeroepen nadat de verdragsstaat de nodige aanpassingen in de eigen regelgeving heeft doorgevoerd. Uit de voorbereidende documenten van het verdrag blijkt dat er aanvankelijk aan gedacht werd om de kwalificatie van het recht op inclusief onderwijs als sociaal-cultureel grondrecht in het artikel over het onderwijs zelf in te schrijven. De bepaling over het bijzonder karakter van de sociaal economische grondrechten werd echter een zelfstandig artikel vooraan in het verdrag, dat duidelijk ook op betrekking heeft op de verplichting om het algemeen onderwijsmodel als inclusief onderwijs te organiseren.⁴²

Met zijn artikel 4. 2 geeft het verdrag aan dat niet alle bepalingen self-executing zijn: “ *Wat betreft economische, sociale en culturele rechten, verplicht elke Staat die Partij is zich om maatregelen te nemen met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen en, waar nodig, in het kader van internationale samenwerking, om steeds dichter bij een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen,*

⁴⁰ Zie MAES, G., *o.c.*, 34.

⁴¹ MAES, G., *Ibidem*.

⁴² Sixth Session of the Ad Hoc Committee

Draft article 17 Paragraph 1 ‘30. The Committee noted that education laid the foundation for the participation by persons with disabilities in society as a whole throughout their lives, and that inclusiveness was one of the main themes of the Article (and of the convention more generally). There was a need to balance this with the other main theme of education options for persons with disabilities.

Paragraph 1

31. There was general agreement in the Committee that the obligations of States in this draft article should not be qualified, and it was noted that the issue of progressive realisation of economic, social and cultural rights could be dealt with in an earlier general article that applies to the whole convention including this paragraph.’

onverminderd de in dit Verdrag vervatte verplichtingen die volgens het internationale recht onverwijld van toepassing zijn”.

Het eigene van de sociaal-culturele rechten bestaat er in dat erkend wordt dat de realisatie van de in het verdrag opgenomen verplichtingen slechts geleidelijk kan worden bereikt, rekening houdend met de beschikbare hulpbronnen. De tendens bestaat om deze toegestane geleidelijkheid te lezen als een zogenaamde stand-stillclausule. De verdragsstaat moet zelf oordelen in welke mate hij nieuwe stappen kan zetten om de verdragsverplichtingen uit te voeren, maar hij mag geen maatregelen nemen die een achteruitgang zouden betekenen ten opzichte van het bij het in werking treden van het verdrag reeds bereikte peil van uitvoering. Een schoolvoorbeeld daarvan is de verplichting in art. 13.2 en 3 IVESCR dat voorschrijft de kosteloosheid van het secundair en het hoger onderwijs geleidelijk te realiseren. Het verdrag dateert van december 1966 en de vooruitgang, als die er al is, is bijzonder betrekkelijk.

Er zijn twee redenen waarom het niet realistisch is om met betrekking tot het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van eenzelfde eerder passieve interpretatie uit te gaan. Vooreerst wordt in de doctrine over rechtstreekse werking van internationale verdragen steeds sterker benadrukt dat er geen uitspraak moet worden gedaan over een verdrag in zijn geheel. Of er directe werking is, moet worden beoordeeld voor elke bepaling afzonderlijk. In casu betekent dit ook nog dat de vraag niet is of het artikel 24 van het Verdrag rechtstreekse werking heeft, maar in welke mate, als het artikel al niet in zijn geheel rechtstreekse werking heeft, eventueel aan afzonderlijke onderdelen van deze bepaling rechtstreekse werking kan worden toegekend.

Dat het in art. 24 van het Verdrag gaat om een sociaal-cultureel grondrecht op inclusief onderwijs betekent dus niet dat afdwingbaarheid voor de rechter van alle onderwijsrechten die uit dit Verdrag voortvloeien, uitgesloten is. Sociale grondrechten lenen zich vaker tot rechterlijke controle en afdwingbaarheid dan algemeen wordt aangenomen.⁴³ Zo zal het verzekeren van de toegankelijkheid van gebouwen een aanzienlijk overheidsingrijpen met even aanzienlijk kostenplaatje met zich meebrengen, en daarom wellicht niet op korte termijn rechtstreeks afdwingbaar zijn. Het recht op inschrijving in een school naar keuze op voet van gelijkheid met anderen, lijkt al veel makkelijker aan rechterlijke controle te kunnen worden onderworpen. Die rechter heeft immers nu reeds *know how* om discriminerend optreden aan te pakken, en ook proportionaliteitsafwegingen zijn hem niet onbekend. Daarmee is een twee overweging gegeven waarom de naleving van de Verdragsverplichtingen een urgent karakter zal hebben. De beoordeling zal immers veel minder zijn of die bepaling op zich al of niet directe werking heeft, maar of de doelstelling van het verdrag in dat concrete geval met redelijke inspanningen te bereiken valt. Men moet er verder rekening mee houden dat de hier

⁴³ MAES, G., *o.c.*, 43.

toegekende rechten diep in het emotionele leven van vele burgers ingrijpen. Rechters zullen daar ook rekening mee houden. Dat blijkt ook in de eerste rechtspraak. Dat moet wel aanleiding geven tot een interpretatie gericht op een snelle uitvoerbaarheid van het verdrag. Ook voor onderdelen die echt niet onmiddellijk te realiseren zijn, zal zeker niet aanvaard worden dat de uitvoering, zoals de verplichting om te streven naar geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs op alle niveaus, onbetwist voor jaren wordt uitgesteld. De uitvoering van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap heeft ook juridisch een duidelijke urgentie.

Vraag 2 - Wat is de impact van artikel 24 van het verdrag op het onderwijs, inzonderheid op het recht op inschrijving in het gewoon onderwijs en de beperkingen (draagkrachtafweging) die het decreet gelijke onderwijskansen I voorziet? (zie vooral de beperking in artikel III.10 van het decreet). Neem hierbij in acht dat er hierbij een onderscheid wordt gemaakt tussen leerlingen met een inschrijvingsverslag voor het buitengewoon onderwijs type 8 (geen draagkrachtafweging) en met een inschrijvingsverslag voor het buitengewoon onderwijs type 1 tot 7 (wel draagkrachtafweging).

Het recht op inschrijving in een onderwijsinstelling naar keuze kan worden gezien als een specifieke toepassing van het ‘recht op onderwijs’ dat zowel door de Belgische Grondwet (artikel 24, §3 GW) als door talloze internationale verdragen (artikel 2, Eerste Protocol EVRM; artikel 13, 1° ECOSOC-Verdrag; artikel 28, 1 Kinderrechtenverdrag) wordt gewaarborgd. Het ECOSOC-Verdrag, het Eerste Protocol EVRM en de Belgische Grondwet hebben met elkaar gemeen dat zij het ‘recht op onderwijs’ op *algemene* wijze voor *eenieder* formuleren. In tegenstelling daarmee richten andere internationale verdragen zich enkel of in hoofdzaak tot welbepaalde *doelgroepen*, zoals bijvoorbeeld artikel 28 Kinderrechtenverdrag (recht op onderwijs voor kinderen, zijnde jonger dan 18 jaar) en artikel 10 VN-Verdrag houdende eliminatie van alle vormen van discriminatie van vrouwen (gelijke toegang tot onderwijs voor vrouwen). Artikel 24 VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap moet eveneens tot deze laatste categorie worden gerekend.

Strikt genomen maakt de erkenning van het recht op onderwijs voor welbepaalde doelgroepen – impliciet – al deel uit van het ‘op algemene wijze’ geformuleerde recht op onderwijs. Als dusdanig voegt artikel 24, Eerste lid, eerste zinsnede, VN-Verdrag (*De Staten die Partij zijn erkennen het recht van personen met een handicap op onderwijs*) niets toe aan de verplichting die op de Vlaamse overheid rust overeenkomstig onder meer de Belgische Grondwet en het Eerste Protocol EVRM om de toegang tot het onderwijs open te stellen voor iedereen ‘zonder

onderscheid'. Het belang van artikel 24 VN-Verdrag is evenwel te vinden in de *precisering* van de door een staat na te komen verplichtingen en eventueel te leveren inspanningen om het recht op onderwijs voor personen met een handicap daadwerkelijk te verwezenlijken. Het GOK-Decreet-I is zowel van toepassing op ouders die in weerwil van een 'attest buitengewoon onderwijs' toch een inschrijving in het gewoon onderwijs beogen als op ouders die hun kind wensen in te schrijven in een onderwijsinstelling van het buitengewoon onderwijs. De toepassing van het GOK-Decreet-I in het buitengewoon onderwijs kan soms voor ernstige spanningen zorgen aangezien het aanbod van sommige types en/of opleidingsvormen bij voorbaat beperkt is – in sommige gevallen structureel ontoereikend – en veelal onevenwichtig gespreid.⁴⁴ Bijgevolg dreigt het beschikbaar aanbod de oriëntering te beïnvloeden en verdwijnen de concrete onderwijsbehoeften van de leerling naar de achtergrond. In de jaarverslagen van de Commissie inzake Leerlingenrechten werd meermaals gewezen op de bezorgdheid van de scholen van het buitengewoon onderwijs om “in functie van de zeer diverse noden en onderwijsbehoeften van de jongeren én rekening houdend met hun personeelsformatie en hun draagkracht” flexibel te kunnen omspringen met de indeling van klasgroepen.⁴⁵

In artikel 7, tweede lid, VN-Verdrag wordt vooropgesteld “*Bij alle beslissingen betreffende kinderen met een handicap vormt het belang van het kind de eerste overweging*”. Dit is een weerspiegeling van artikel 3 Kinderrechtenverdrag dat bepaalt: “*Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging*”. Algemeen wordt aangenomen dat wat in het ‘belang van het kind’ is in de eerste plaats wordt vastgesteld door de ouders van het desbetreffende kind. Slechts bij uitzondering – bijvoorbeeld wanneer ouders hun verplichtingen om voor hun kind te zorgen niet nakomen – kan die beslissing door de overheid of een andere instantie worden genomen. Dit basisbeginsel is terug te vinden op diverse plaatsen in de Vlaamse onderwijsregelgeving; vooral in het basisonderwijs wordt benadrukt dat na kennisneming van de adviezen van de klassenraad en van het CLB de (eind)beslissing wordt genomen door de ouders (zie bijvoorbeeld de artikelen 17 – 19 Decreet Basisonderwijs betreffende afwijkingen op de algemene toelatingsvoorwaarden).

Hieruit volgt dat het ontnemen van de ouderlijke beslissingsmacht – of het de facto uitschakelen van andere keuzemogelijkheden – met de nodige omzichtigheid moet worden benaderd. Zo kan worden verwezen naar de C- of B-attestering in het secundair onderwijs;

⁴⁴ F. Vandenbroucke, Conceptnota Leerzorg van 30 maart 2007, *Parl.St.* Vlaams Parlement 2006-2007, nr. 1275/1, 82-83.

⁴⁵ X, *Commissie inzake Leerlingenrechten. Verslag over de werkzaamheden 2005*, 20-21; X, *Commissie inzake Leerlingenrechten. Verslag over de werkzaamheden 2004*, 21.

dergelijke klassenraadbeslissingen moeten grondig worden gemotiveerd en kunnen bovendien ook het voorwerp uitmaken van een administratief beroep. Het GOK-Decreet-I heeft een gelijkaardig uitgangspunt: de schoolkeuze is in de eerste plaats een beslissing van de ouders, het niet inwilligen van die schoolkeuze kan slechts om een beperkt aantal redenen – motivering is bijgevolg verplicht – en de beslissing tot weigering kan door middel van een specifieke beroepsprocedure worden aangevochten.

Het recht op onderwijs en de daarmee samenhangende *onthoudingsverplichting* van de overheid, verbieden de regelgever niet het onderwijs te reglementeren. Zo stelde het Europees Hof in de Belgische Taalzaak dat aan de personen die onder de jurisdictie van de verdragsluitende partijen vallen, moet worden gewaarborgd *"the right, in principle, to avail themselves of the means of instruction existing at a given time"*.⁴⁶ Of anders gezegd het recht op onderwijs impliceert in hoofdzaak het recht op toegang tot de *bestaande* onderwijsvoorzieningen. Het Grondwettelijk Hof (toenmalig Arbitragehof) oordeelde in het arrest nr. 107/2004 van 16 juni 2004 uitdrukkelijk: *"Het door artikel 24, § 3, van de Grondwet gewaarborgde recht op onderwijs staat een reglementering van de toegang tot het onderwijs, inzonderheid van het onderwijs dat wordt verstrekt na afloop van de leerplicht, op grond van de behoeften en de mogelijkheden van de gemeenschap en het individu, niet in de weg"*.⁴⁷

De overheid kan ook niet worden verplicht een welbepaalde onderwijsvoorziening op te richten en evenmin garandeert het recht op onderwijs het behoud van studierichtingen die de subsidiërende overheid wil afbouwen⁴⁸, met dien verstande dat conform het continuïteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel kan worden verondersteld dat een leerling of een student een reeds aangevatte opleiding binnen redelijke termijn moet kunnen afwerken.⁴⁹

Wel is naar Belgisch recht vereist dat de voorwaarden betreffende toelating tot het onderwijs op voorhand en *bij decreet* worden vastgelegd.⁵⁰ Dit vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel, zoals verwoord in artikel 24, §5 van de Grondwet. In bijvoorbeeld het arrest nr. 33/92 oordeelde het Grondwettelijk Hof (toenmalig Arbitragehof) dat de regeling met betrekking tot de vaststelling van inschrijvingsgelden in het hoger onderwijs een essentieel karakter heeft in die mate dat het een *bepalende* invloed heeft op de effectieve toegang tot de universiteit en een *directe weerslag* op het financieringsstelsel van dat onderwijs.⁵¹

⁴⁶ Hof Mensenrechten, Belgische Taalzaak, arrest van 23 juli 1968, *Publ.Hof*, Serie A, Vol. 6, 31, par. 3.

⁴⁷ Arbitragehof, nr. 107/2004 van 16 juni 2004, B.7.2.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld: Arbitragehof, nr. 25/92 van 2 april 1992, *TORB* 1991-92, 251 met noot R. VERSTEGEN; R.v.St., vzw O.T.O., nr. 34.237 van 27 februari 1990, *TORB* 1990-91, 40 met noot R. VAN DER GUCHT.

⁴⁹ Arbitragehof, nr. 107/2004 van 16 juni 2004, B.8.2.

⁵⁰ Vgl. Arbitragehof, nr. 11/96 van 8 februari 1996, *TORB* 1996-97, 57 met noot R. VERSTEGEN, "Over de gevolgen van een vernietigingsarrest van het Arbitragehof en het legaliteitsbeginsel als bescherming van de vrije toegang tot het onderwijs".

⁵¹ Arbitragehof, nr. 33/92 van 7 mei 1992, B.6.3..

De mogelijkheid om de toegang tot het onderwijs te reglementeren wordt niet wezenlijk beperkt door het VN-Verdrag. Alleen treedt er een verscherping op van de juridische toetsing ten aanzien van de decretaal bepaalde toelatingsvoorwaarden en weigeringsgronden. Het uitgangspunt van het VN-Verdrag is duidelijk de *inclusie* van kinderen met een handicap in het gewoon onderwijs. Om hiervan af te wijken is een meer omstandige motivering nodig vanwege de onderwijsinstelling.

De in het GOK-Decreet-I opgenomen overlegprocedure vergt een daadwerkelijk onderzoek naar de noden van de leerling en het aanwezige draagvlak in de school; dit kan vanzelfsprekend niet worden afgehandeld op de dag zelf waarop de ouders de inschrijving vragen.⁵² Een belangrijk knelpunt is het spanningsveld dat onvermijdelijk ontstaat tussen de verwachtingen van de ouders en de inschatting van de school.⁵³

In artikel III.10, §2 en §3 GOK-Decreet-I wordt gezocht naar een evenwicht tussen het recht op onderwijs voor kinderen die bijzondere zorg behoeven en de vrijheid van de onderwijsinrichting om de onderwijsverstrekking voor alle kinderen te organiseren. Dit valt binnen de krijtlijnen zoals die zijn geschetst door het Grondwettelijk Hof, met name de reglementering van de toegang tot het onderwijs op grond van de noden en de mogelijkheden van de gemeenschap en het individu. Ingeval op objectieve wijze wordt vastgesteld dat (1) het kind bijzonder zorg behoeft en (2) de school niet in staat is te voorzien in die zorg, dan kan de inschrijving worden ontbonden.

Momenteel lijkt de Commissie inzake Leerlingenrechten enkel te kunnen oordelen over het al dan niet plaatsvinden van ‘het overleg’. In welke mate de Commissie bij machte is te oordelen over de beslissing van de inrichtende macht waarbij wordt vastgesteld dat er onvoldoende draagkracht is, is onduidelijk. Naar analogie van de regeling inzake tuchtbeslissingen moet evenwel worden geconcludeerd dat de Commissie enkel kan oordelen of er een dergelijke beslissing is; hoe die beslissing tot stand is gekomen en of de inrichtende macht al dan niet rekening heeft gehouden met de in artikel III.10, §3 vermelde elementen valt eigenlijk buiten de toetsingsbevoegdheid van de Commissie.

Het VN-Verdrag zorgt minstens voor een verzwaring van de bewijslast voor de school; door uitdrukkelijk te stellen dat ‘inclusief onderwijs’ de norm moet zijn wordt immers het keuzerecht van de ouders voor het gewoon onderwijs aanzienlijk versterkt. Het is daarom de vraag of de huidige draagkrachtafweging in artikel III.10 volstaat in het licht van het VN-Verdrag. De overheid heeft door de goedkeuring van het VN-Verdrag de verplichting op zich genomen om het ‘inclusief onderwijs’ als principe te veralgemenen.⁵⁴ Om dit ‘recht op

⁵² Commissie Leerlingenrechten nr. 2007/39 van 28 augustus 2007.

⁵³ Commissie Leerlingenrechten nr. 2007/42 van 5 september 2007.

⁵⁴ Vgl. het advies van 6 februari 2007 van het Raadgevend Comité bij het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (VAPH) over de conceptnota leerzorg: "Tegelijk benadrukt het RC dat in artikel 24 van de VN conventie van 13 december 2006 uitdrukkelijk gesteld wordt dat de VN-lidstaten er toe gehouden zijn om ?full

inclusief onderwijs' daadwerkelijk te kunnen afdwingen is het noodzakelijk dat de vaststelling van onvoldoende draagkracht betrokken kan worden in de beoordeling van de weigering tot inschrijving. Dit veronderstelt meer dan alleen maar het vervullen van een (louter) formele voorwaarde zoals het houden van overleg tussen school en ouders. Tevens kan worden in vraag gesteld of het begrip 'draagkracht' zoals het nu wordt ingevuld, wel overeenstemt met de het Verdrag, waarin 'redelijke aanpassingen' omschreven worden als: *"noodzakelijke en passende wijzigingen, en aanpassingen die geen disproportionele of onevenredige, of onnodige last opleggen, indien zij in een specifiek geval nodig zijn om te waarborgen dat personen met een handicap alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid met anderen kunnen genieten of uitoefenen"*. De draagkrachtafweging gebeurt niet alleen op basis van de wensen en verwachtingen van de ouders en de concrete ondersteuningsnoden van het kind (hier zouden de noodzakelijke en redelijke aanpassingen kunnen onder vallen) en de beschikbare ondersteuningmogelijkheden binnen en buiten het onderwijs (hier zou de proportionaliteit van de maatregelen kunnen onderzocht worden aan de hand van de beschikbare ondersteuning). Ze gebeurt onder meer ook aan de hand van *"een inschatting van het regulier aanwezige draagvlak in de school inzake zorg. Het schoolteam concretiseert de mogelijkheden waarover ze beschikt om tegemoet te komen aan de noden van de betreffende leerling"*. De pertinentie van die bijkomende voorwaarde kan moeilijk weerhouden worden onder het Verdrag. Weigering kan alleen wanneer de aanpassingen die noodzakelijk zijn, disproportioneel zouden zijn. De vereiste al dan niet aanwezig zijn van een draagvlak in de school, of de eigen perceptie van de mogelijkheden om tegemoet te komen aan de noden van de leerling moet bijgevolg sterk genuanceerd worden. Het draagvlak kan wellicht nog één van de factoren vormen in de globale beoordeling afweging van redelijke aanpassingen versus disproportionaliteit, maar ze kan zeker niet als uitgangspunt worden genomen. De mogelijkheid om inclusief onderwijs te ontzeggen aan een persoon met een handicap is een uitzondering op de regel dat onderwijs inclusief is en moet bijgevolg beperkend geïnterpreteerd worden. Het lijkt ons dat de bepaling van artikel III.10§3, 3° deze beperking te buiten gaat. Het verdient aanbeveling de formulering in het gelijke kansendecreet – ten minste voor wat betreft kinderen met een handicap - zo goed mogelijk af te stemmen op dit Verdrag, teneinde verwarring te vermijden.

inclusion? te realiseren op het vlak van onderwijs. In die optiek verschijnt het leerzorgkader als een minimale, en zelfs onvolledige invulling van dit ingebouwde recht. De Vlaamse overheid dient er zich van bewust te zijn dat na de ratificatie van dit verdrag door België deze conventie afdwingbaar wordt. De nodige ondersteuning bieden om inclusief onderwijs in Vlaanderen mogelijk te maken is dus niet enkel een zaak van goodwill maar is in de eerste plaats een vorm van goed en vooruitdenkend bestuur."

Vraag 3 - Welke zijn de juridische gevolgen van het VN-Verdrag op de in het voorontwerp van decreet leezorg geplande regeling van een ‘inschrijvingsrecht onder ontbindende voorwaarde van onvoldoende draagkracht’ in het gewoon onderwijs?

Het voorontwerp van decreet betreffende de leezorg bevat onder meer onderstaande bepalingen die bij inwerkingtreding zouden worden toegevoegd aan het GOK-Decreet-I:

Art. III.10bis §1. Met behoud van de toepassing van de bepalingen in artikel III.10 kan een schoolbestuur of een inrichtende macht in de volgende situaties voor de ingeschreven leerlingen een draagkrachtafweging maken als vermeld in artikel III.10:

1° in het basisonderwijs:

- a) voor leerlingen met een inschaling in leezorgniveau III bij de overgang van het kleuteronderwijs naar het lager onderwijs;
- b) bij de overgang naar het schooljaar waarin de leerling de leeftijd van tien jaar bereikt op voorwaarde dat het schoolbestuur of de inrichtende macht die mogelijkheid bij de inschrijving aan de ouders uitdrukkelijk heeft meegedeeld;
- c) bij de overgang van een leerling met een inschaling in leezorgniveau II naar leezorgniveau III;

2° in het secundair onderwijs:

- a) voor leerlingen met een inschaling in leezorgniveau III bij de overgang van de eerste naar de tweede graad en bij de overgang van de tweede naar de derde graad van het secundair onderwijs;
- b) bij de overgang van een leerling met een inschaling in leezorgniveau II naar leezorgniveau III. De draagkrachtafweging wordt overeenkomstig artikel III.10, paragraaf 4, uitgevoerd.

§2. Bij de draagkrachtafwegingen gelden de bepalingen van artikel III.10, §4.

§3. Als een schoolbestuur of een inrichtende macht met toepassing van artikel III.10bis beslist dat haar draagkracht onvoldoende is, kan het schoolbestuur of de inrichtende macht voor het volgende schooljaar de inschrijving ontbinden op voorwaarde dat het schoolbestuur of de inrichtende macht de beslissing aan de ouders meldt uiterlijk op 15 mei van het lopende schooljaar en de leerling uiterlijk op 31 maart van het lopende schooljaar werd ingeschaald.

De ouders krijgen ondersteuning van de school en het CLB om een inschrijving in een nieuwe school te verkrijgen. Tot het einde van het lopende schooljaar blijft de school verantwoordelijk voor de leerling. Het CLB blijft verantwoordelijkheid dragen voor de leerling tot een nieuwe school gevonden is en het CLB het leerlingendossier kan overdragen naar het CLB van de nieuwe school.”

“Art. III.10ter. §1. Het in artikel III.1, §1, vermelde recht op inschrijving geldt niet voor leerlingen met een inschaling in leerzorgniveau IV die zich aanmelden bij een school voor gewoon onderwijs. Het schoolbestuur of de inrichtende macht is niet gehouden tot de draagkrachtafweging, vermeld in artikel III.10, §2 en 3. De ouders hebben wel recht op een gesprek.

§2. Als een schoolbestuur of een inrichtende macht een leerling met een inschaling in leerzorgniveau IV inschrijft, gebeurt dat onder de ontbindende voorwaarde van een negatieve evaluatie op het einde van een proefperiode van drie maanden. Bij de evaluatie worden de ouders en het CLB betrokken.

§3. Een inrichtende macht die na een negatieve evaluatie beslist tot de ontbinding van de inschrijving voor het komende schooljaar, meldt de beslissing aan de ouders uiterlijk op 15 mei van het lopende schooljaar.

§4. Na de proefperiode kan het schoolbestuur of de inrichtende macht bij de overgang naar een nieuw schooljaar de inschrijving evalueren op de verdere haalbaarheid.

§5. De ouders krijgen ondersteuning van de school en het CLB om een inschrijving in een nieuwe school te verkrijgen. Tot het einde van het lopende schooljaar blijft de school verantwoordelijk voor de leerling. Het CLB blijft verantwoordelijkheid dragen voor de leerling tot een nieuwe school gevonden is en het CLB het leerlingendossier kan overdragen naar het CLB van de nieuwe school.”

“Art. III.10quater. §1. De inschaling in leerzorg, in de vorm van een Gdocument of I-document, maakt deel uit van de informatie die ouders bij een vraag tot inschrijving aan de school melden. Het inschalingsdocument maakt integraal deel uit van het dossier dat een CLB bij schoolverandering aan het CLB van de nieuwe school bezorgt.

§2. Als ouders door het niet-respecteren van de informatieverplichting een inschrijving hebben verkregen waarvoor een draagkrachtafweging gemaakt had kunnen worden als vermeld in artikel III.10, wordt de inschrijving een inschrijving onder ontbindende voorwaarde waarvoor alsnog een draagkrachtafweging gemaakt kan worden.

§3. Als ouders door het niet-respecteren van de informatieverplichting een inschrijving verkrijgen waarvoor, conform artikel III.10ter, geweigerd kan worden, wordt de inschrijving ontbonden.”

Vanuit juridisch oogpunt zijn er op bovenstaande artikelen meerdere bemerkingen te maken die evenwel niet het gevolg zijn van het VN-Verdrag en als dusdanig buiten het eigenlijk bereik van dit advies vallen. Het betreft onder andere:

- Het oneigenlijk gebruik van de ‘ontbindende voorwaarde’
 Uit legistische overwegingen is het raadzaam om het gebruik van ‘ontbindende voorwaarden’ zoveel mogelijk te beperken vooral wanneer er alternatieven ter beschikking staan: zoals de ‘inschrijving wordt beëindigd’ of het betreft een ‘voorlopige inschrijving’ die onder voorwaarden een ‘definitieve inschrijving’ wordt. In elk geval moet worden vermeden dat een ‘gewone inschrijving’ tijdens het schooljaar verandert in een ‘inschrijving onder ontbindende voorwaarde’. Dergelijke bewoordingen creëren rechtsonzekerheid; beter is het om ook hier duidelijk te zijn en bijvoorbeeld te bepalen dat aan de inschrijving een einde wordt gesteld wanneer (1) ouders de informatieverplichting niet respecteren en (2) de school na afweging beslist dat haar draagkracht onvoldoende is.
- De sanctie op het niet nakomen van de informatieverplichting door de ouders (hiermee wordt niet alleen – opnieuw – gebruik gemaakt van de ‘ontbinding’ en de ‘ontbindende voorwaarde’ maar wordt tevens het recht op onderwijs van het kind precair).

Het voornaamste wrijvingspunt tussen het voorontwerp en artikel 24 VN-Verdrag is gelegen in het nieuw voorgestelde artikel III.10ter, §1: *“Het in artikel III.1, §1, vermelde recht op inschrijving geldt niet voor leerlingen met een inschaling in leerzorgniveau IV die zich aanmelden bij een school voor gewoon onderwijs. Het schoolbestuur of de inrichtende macht is niet gehouden tot de draagkrachtafweging, vermeld in artikel III.10, §2 en 3. De ouders hebben wel recht op een gesprek.”*. In feite komt dit neer op – niet meer en niet minder – het ontzeggen van het recht op gewoon onderwijs aan een welbepaalde categorie leerlingen. Ongeacht de achterliggende doelstellingen is een dergelijke bepaling in zijn huidige bewoordingen niet verenigbaar met artikel 24 VN-Verdrag waarin de Verdragsluitende partijen juist uitdrukkelijk bevestigen dat personen met een handicap niet uitsluitend op basis van hun handicap uitgesloten zullen worden van gewoon onderwijs.

“Hoewel de leerzorgnota, inclusief het advies van de VLOR, zich baseert op de nieuwe ontwikkelingen in het denken over handicap, dreigt ze in de operationalisering van haar ideeën te blijven steken in een “stoornismodel”. Dit denken blijven we terugvinden bij de “clusters” in de leerzorgnota. Het omschrijven van doelgroepen verkleint misschien de afstand tussen het huidige systeem en dat van de leerzorg, de handicap of beperking wordt hierdoor weer gelinkt aan kindkenmerken en niet aan omgevingskenmerken. Uitgangspunt blijft de diagnose en niet de ondersteuningsvraag. Dit ondergraaft de uitgangsvisie van de nota”.⁵⁵

⁵⁵ SCHRAEPE, B. et al., “Draagkracht en het nieuwe leerzorgkader”, *Welwijs*, 2007, Jg 18, nr.4, 29.

Het loutere feit van inschaling in leezorgniveau IV is onvoldoende om die categorie zonder meer uit te sluiten van het recht op inclusief onderwijs. Wat nodig is voor inclusief onderwijs hang enerzijds af van de beperkingen en de daaruit voortvloeiende ondersteuningsvraag van de leerling, en anderzijds van de context, zodat niet op basis van een kwalificatie van de stoornis het recht op een onderzoek van de ondersteuningsvraag kan worden ontnomen. Ook deze leerlingen hebben recht op een onderzoek op individuele basis van de aanpassingen die noodzakelijk en redelijk zijn om aan het gewone onderwijs te kunnen deelnemen, en van een individuele motivering van waarom de noodzakelijke aanpassingen disproportioneel zouden zijn. Dit laatste zal allicht in dit geval veel gemakkelijker te zijn. Het kan immers niet worden uitgesloten dat de ene leerling met een bepaalde ernstige stoornis niet in het gewone onderwijs terecht kan, en de andere wel, afhankelijk van de context. De *Salamanca Statement*⁵⁶ erop dat inclusief onderwijs niet de zaak is van een school, maar van een gemeenschap. Zo is het denkbaar dat de aanwezigheid op dezelfde school van een broer of zus van de leerling, of van een vrijwilliger, mogelijkheden schept die er anders niet zouden zijn. Zo kan een ernstige fysieke handicap een beletsel vormen om les te volgen in een erg verouderd schoolgebouw, maar kunnen er wel oplossingen gevonden worden binnen state-of-the-art infrastructuur. Het is de hele context die in aanmerking moet worden genomen om te bepalen of inclusief onderwijs mogelijk is.

Bovendien moet worden opgemerkt dat als de overheid het recht op inschrijving in het gewoon onderwijs niet langer garandeert voor leezorgniveau IV – leerlingen, zij wel nog altijd het recht op inschrijving in het buitengewoon onderwijs op evenwaardige wijze moet kunnen garanderen... zo niet wordt het recht op onderwijs de facto ontzegd aan deze categorie leerlingen.

Vraag 4 - Hoe zal de bevoegdheid van het Comité voor de rechten van personen met een handicap (facultatief protocol) zich verhouden tot de bevoegdheid van de Commissie inzake Leerlingenrechten?

Overeenkomstig artikel 2 Facultatief Protocol bij het VN-Verdrag zal het Comité kennisgevingen niet ontvankelijk verklaren wanneer niet alle beschikbare nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, tenzij de procedure daartoe een redelijke termijn overschrijdt of het onwaarschijnlijk is dat de melder aldus herstel krijgt. Het Comité voor de rechten van personen met een handicap doet met andere woorden geen afbreuk aan de bevoegdheid van nationale rechtbanken en / of administratieve beroepsorganen om klachten aangaande de weigering tot inschrijving in een school te behandelen.

⁵⁶ Hoger geciteerd.

DEEL 2 – VERDERE ANALYSE

Penhouder Gracienne Lauwers

3. PROBLEEMSTELLING

3.a. Schets van het VN-Verdrag en protocol en de context van het tot stand komen

Het VN-Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap bevat specifieke bepalingen in artikel 24 met betrekking tot (inclusief) onderwijs, in artikel 7 met betrekking tot kinderen en in artikel 12 een algemeen beginsel van gelijke behandeling.

Het VN-Verdrag en het facultatief protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap⁵⁷ werden door België ondertekend en geratificeerd. Gezien het een ‘gemengd verdrag’ is, was voor de ratificatie de instemming vereist van de federale, gewestelijke en gemeenschapsparlementen, evenals van de vergaderingen van de Franse en Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie in Brussel.⁵⁸

Artikel 4.1.a bevat de algemene verplichting voor de Staten tot het aannemen van alle relevante maatregelen voor de implementatie van de rechten in dit VN-Verdrag. ‘De Staten die Partij zijn verplichten zich te waarborgen en bevorderen dat alle personen met een handicap zonder enige vorm van discriminatie op grond van hun handicap ten volle alle

⁵⁷ http://www.handicap.fgov.be/docs/protocol_nl.pdf

⁵⁸ Wet 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, aangenomen te New York op 13 december 2006, 13 MEI 2009, gepubliceerd op 22-07-2009

Ordonnantie houdende instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, ondertekend te New York op 30 maart 2007, 14 mei 2009, gepubliceerd op 22-05-2009, BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

Ordonnantie houdende instemming met het verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en met het facultatief protocol bij het verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, ondertekend te New York op 30 maart 2007, 5 26 MAART 2009, gepubliceerd op 16-04-2009, BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
Decreet houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en van het facultatieve Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen in New-York op 13 december 2006, 15 JANUARI 2009, gepubliceerd op 13-02-2009, FRANSE

GEMEENSCHAPSCOMMISSIE _ BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

Decreet houdende instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen te New York op 13 december 2006,

26 MAART 2009, gepubliceerd op 27-05-2009, FRANSE GEMEENSCHAP

Decreet houdende instemming, wat betreft de materies waarvan de uitoefening door de Franse Gemeenschap is overgedragen, met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en van het facultatieve Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen in New York, op 13 december 2006, 30 APRIL 2009, gepubliceerd op 27-05-2009, WAALSE OVERHEIDSDIENST

Decreet 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, 8 MEI 2009, gepubliceerd op : 03-08-2009, VLAAMSE OVERHEID
http://jsp.vlaamsparlament.be/docs/stukken/2008-2009/g2144-1_origineel.pdf

mensenrechten en fundamentele vrijheden kunnen uitoefenen. Hiertoe verplichten de Staten die Partij zijn zich: a. tot het aannemen van alle relevante wetgevende, administratieve en andere maatregelen voor de tenuitvoerlegging van de rechten die in dit VN-Verdrag erkend worden’.

De verplichting opgelegd in artikel 4.1.a wordt afgezwakt voor wat betreft economische, sociale en culturele rechten. Artikel 4.2. brengt een belangrijke nuancering aan wat betreft deze rechten. Op het vlak van economische, sociale en culturele rechten verplicht elke Staat die Partij is zich ertoe ‘maatregelen te nemen met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen en, waar nodig, in het kader van internationale samenwerking, teneinde steeds nader tot een algehele verwezenlijking van de in dit VN-Verdrag erkende rechten te komen, onverminderd de in dit VN-Verdrag vervatte verplichtingen die volgens het internationale recht onverwijld van toepassing zijn.’

Het VN-Verdrag volgt daarmee de traditionele opvatting wat betreft economische, sociale en culturele rechten, met name dat doelstellingen met betrekking tot economische, sociale en culturele rechten, waaronder het recht op (inclusief) onderwijs, progressief moeten worden verwezenlijkt, afhankelijk van de beschikbare middelen van de betrokken staat.

De implementatie van de in het VN-Verdrag vastgelegde rechten wordt ook bemoeilijkt door de afwezigheid van internationale minimumstandaarden vastgelegd in het VN-Verdrag waardoor de meetbaarheid van schendingen van de in het VN-Verdrag neergelegde verplichtingen gering is.

Het VN-Verdrag legt een sterke nadruk op de menselijke waardigheid. De nadruk ligt op de bescherming van het individu zonder meer (artikel 3a en h), en beoogt niet louter de bescherming van de persoon met een handicap tegen de overheid (artikel 4e). Over de vraag of mensenrechten in verdragen werking hebben tussen particulieren, is er discussie in de rechtsleer.⁵⁹ Men kan zich afvragen of de leerling met een handicap het VN-Verdrag kan inroepen als bescherming tegen private actoren zoals de school. Het grondwettelijk recht op onderwijs en op gelijke behandeling geldt ook tussen particulieren. Zo zijn privaatrechtelijke scholen verplicht bij het uitvaardigen van hun schoolproject, schoolreglement en inschrijvingsreglement rekening te houden met de verdragsbepalingen (doorwerking van de grondrechten en mensenrechten in lagere normen).

⁵⁹ K. RIMANQUE en P. PEETERS, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen – algemene probleemstelling”, in K. RIMANQUE (ed.), De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen, Antwerpen, Kluwer, 1982.

Verdragsrechtelijk draagt de overheid de voornaamste verantwoordelijkheid voor het garanderen van de rechten van personen met een handicap. De overheid heeft als taak te verhinderen dat particulieren de rechten vastgelegd in het VN-Verdrag zouden schenden. Traditioneel en naar analogie met de rechtspraak over artikel 13, § 2 IVESCR is het waarschijnlijk dat de hoogste Belgische hoven geen directe werking zullen toekennen aan de sociaal economische Verdragsbepalingen. De Raad van State stelde dat de bepalingen van het IVESCR⁶⁰ ‘geen directe werking hebben in de interne Belgische rechtsorde; dat immers alleen aan de Staten de verplichting wordt opgelegd te handelen overeenkomstig de principes vervat in het Verdrag’.⁶¹ Maar de Raad van State⁶² kende aan artikel 13, § 2 IVESCR wel een ‘standstill’- werking toe door te stellen dat met betrekking tot de kosteloosheid van onderwijs, de Belgische wetgever, die sinds 1914 het kosteloos lager onderwijs kent, sedert zijn toetreding tot het voornoemde verdrag niet meer van dit beginsel kon afwijken en bijgevolg ook geen schoolgeld voor vreemdelingen kon instellen. Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof kennen evenmin directe werking toe aan artikel 13 IVESCR maar aanvaarden impliciet een ‘standstill’- werking.⁶³ Het IVESCR dateert echter van 1966 en inmiddels wordt in de rechtsleer over rechtstreekse werking van internationale verdragen steeds sterker benadrukt dat er geen uitspraak moet worden gedaan over een verdrag in zijn geheel maar dat directe werking moet worden beoordeeld voor elke bepaling afzonderlijk. Omdat het VN-Verdrag wijst op internationale consensus over het feit dat vele verdragsbepalingen over de rechten van personen met een handicap tot het internationaal gewoonterecht moeten gaan behoren, kunnen de verdragsbepalingen, onder meer via de invoering van de nodige aanpassingen in de nationale regelgeving, in samenhang met het grondwettelijk beginsel van het recht op onderwijs en – in het bijzonder - in samenhang met het niet discriminatie beginsel in het onderwijs zoals vastgelegd in het gelijkebehandelingsdecreet 2008 en waarbij onder discriminatie onder meer wordt begrepen het nalaten of weigeren om redelijke aanpassingen te doen, een toepassing vinden in de Belgische rechtsorde. De nationale rechter is immers op grond van de positieve verplichting van de verdragsstaat ertoe gehouden na te gaan of de staat wel degelijk gezorgd heeft voor een effectieve bescherming van de gewaarborgde rechten en vrijheden in het Verdrag.⁶⁴ In het kader van het recht op onderwijs (art. 9 verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en art. 2 aanvullend protocol bij het EVRM⁶⁵), werd de

⁶⁰ Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten

⁶¹ RvS, 30 december 1993, nr. 45.552, De Wispelaere

⁶² RvS, 6 september 1989, nr. 32.989, M³Feddal

⁶³ Cass., 20 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 445; Grondwettelijk Hof (Arbitragehof), 19 mei 1994, nr. 40/94, ADEAP, BS 10 juni 1994).

⁶⁴ CLAPHAM A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

⁶⁵ B.S. 19 augustus 1955

derdenwerking expliciet uitgesloten en oordeelde de burgerlijke rechtbank van Brussel “En principe, il est présumé que la règle d’un traité n’engendre des droits et obligations que pour les États signataires et non pour les ressortissants.”⁶⁶ Andere rechtbanken pasten dan weer wel derdenwerking toe, zoals bijvoorbeeld in het kader van het dragen van een hoofddoek in een vrije school,⁶⁷ voor de vrijheid van onderwijs (art. 24 GW) in het kader van het niet toelaten van meisjes op een vrije jongensschool.⁶⁸ De rechter zal ook in geval van artikel 24 van het VN-Verdrag nagaan of artikel 24 van het VN-Verdrag of eventueel afzonderlijke onderdelen van het artikel rechtstreekse werking hebben door na te gaan of de doelstelling van het VN-Verdrag in dat concrete geval met redelijke inspanningen kan worden bereikt. Een uitvoerbaarheid van het VN-Verdrag binnen redelijk korte termijn lijkt dan ook aangewezen.⁶⁹

De progressieve verwezenlijking van de doelstellingen kan bovendien slechts een verbetering inhouden van de reeds bestaande situatie en bescherming. Artikel 4.4 van het VN-Verdrag stelt dat ‘geen enkele bepaling van dit Verdrag bepalingen kan aantasten die in sterkere mate bijdragen aan de verwezenlijking van de rechten van personen met een handicap en die vervat kunnen zijn in het recht van een Staat die Partij is, of in het internationale recht dat voor die Staat van kracht is’. Artikel 4.5 verduidelijkt dat de bepalingen van dit VN-Verdrag zich zonder beperking of uitzondering uitstrekken tot alle delen van federale Staten. Daar waar de rechtspraak van de Belgische hoven inzake de directe werking van economische, sociale en culturele rechten niet eenduidig is, is er dus wel eensgezindheid over het respecteren van de ‘standstill’ clausule.

Rekening houdende met deze zogenaamde ‘standstill’ clausule in artikel 4.4 en 4.5 van het VN-Verdrag kan Vlaanderen het reeds bestaande systeem van rechtsbescherming (zoals het beroep op de LOP en de Commissie Leerlingenrechten bij inschrijving in een school) en steunmaatregelen voor GON en ION niet zonder meer terugschroeven of afschaffen tenzij door het te vervangen door een systeem dat een betere rechtsbescherming zou bieden dan de reeds bestaande systemen en maatregelen.

⁶⁶ Rb. Brussel 23 maart 1990, J.T. 1991, 165.

⁶⁷ Kort Ged. Rb Gent 25 maart 1994, T.G.R. 1994, 71, J. dr. jeun. 1994, afl. 139, 31, noot J. JACQMAIN, T. Vreemd. 1997, 413, noot X.

⁶⁸ Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, R.W. 1992-93, 541, noot E. DIRIX.

⁶⁹ VAN LEUVEN, N. “Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (ed.), De doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde – Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief, Antwerpen, Intersentia, 2006, (167) 175 e.v. De auteurs wijzen er wel op dat zelfs indien een grondrecht van toepassing is op een concreet privaat geschil, in de private verhoudingen de proportionaliteitstoets moet gedaan worden door een belangenafweging in een democratische samenleving en bijgevolg impliceert dit niet dat de contractuele bedingen of de wetsbepalingen automatisch moeten wijken.

Met de inwerkingtreding van het Protocol bij het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, kan jurisprudentie van een meer progressieve invulling van de rechten van personen met een handicap worden verwacht, waarbij het Comité voor de rechten van personen met een handicap zich zou kunnen ontwikkelen tot een internationaal quasi-judicieel mensenrechtenorgaan in het domein van personen met een handicap.⁷⁰ Hierdoor kan het VN-Verdrag beschouwd worden als een bijzonder gezaghebbende interpretatie van de verdragsverplichting inzake eerbied voor de rechten en de fundamentele vrijheden van personen met een handicap.⁷¹

3.b. Ondertekening van het VN-Verdrag door de EU

Het belang van het VN-Verdrag moet tot slot ook gezien worden in het licht van de ondertekening van het VN-Verdrag door de EU waarvan mag worden verwacht dat deze een voor alle lidstaten bindende interpretatie van de verdragsbepalingen zal opleggen. Op 2 april 2009 werd een wetgevingsresolutie van het Europees Parlement uitgevaardigd over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.⁷² Met deze richtlijn zou de Gemeenschap beogen onder meer te voldoen aan haar verplichtingen die voortvloeien uit het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.⁷³

3.c. Toepassingsgebied van het VN-Verdrag

Het VN-Verdrag is van toepassing op personen met een handicap. Artikel 1 van het VN-Verdrag omschrijft personen met een handicap als zijnde personen met langdurige fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.

Dat deze definitie flexibel moet worden geïnterpreteerd, kan worden afgeleid uit de

⁷⁰ zie ook BOSSUYT, M. en WOUTERS, J., *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

⁷¹ zie over het belang van internationale verdragen op het onderwijs in Vlaanderen: Verheyde M., 'De betekenis van het VN kinderrechtenverdrag voor het onderwijs', in TORB, 2006-2007, nr. -3-4, 244-258.

⁷² COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)

⁷³ De Commissie voerde de onderhandelingen over het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en het facultatieve protocol bij dit verdrag namens de Europese Gemeenschap op basis van de onderhandelingscriteria van de Raad van 24 mei 2004. Op 27 februari 2007 stelde de Commissie een voorstel van besluit van de Raad betreffende de ondertekening namens de Europese Gemeenschap van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap en het facultatieve protocol bij dit verdrag voor (COM(2007)77 i). Bij een besluit van de Raad van 27 maart 2007 (ST07404/07) werd de Gemeenschap gemachtigd het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap te ondertekenen en werd een verklaring gepubliceerd over het facultatieve protocol (bijlage II bij dat besluit). De Commissie heeft het verdrag op 30 maart 2007 ondertekend.

preambule punt e waar wordt gesteld dat het begrip handicap aan verandering onderhevig is en voortvloeit uit de wisselwerking tussen personen met functiebeperkingen en sociale en fysieke drempels die hen belet ten volle, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving. Deze nuancering werd pas ingevoerd op het einde van de procedure in 2006.⁷⁴

3.d. Verplichtingen

Het VN-Verdrag bevestigt het recht op onderwijs van gehandicapte personen, en stelt dat dit principieel inclusief van aard is (artikel 24 VN-Verdrag). Dit blijkt zowel uit de gehele opzet van het verdrag, als uit het artikel betreffende onderwijs zelf. In artikel 3 van het VN-Verdrag worden de uitgangspunten van het VN-Verdrag onder meer opgesomd.

In Vlaanderen zijn maatregelen zoals de reeds bestaande systemen van geïntegreerd en inclusief onderwijs⁷⁵ een voorbeeld van aanpassings- en ondersteunende maatregelen voor personen met een handicap. De school oordeelt zelf of deze maatregelen al dan niet moeten aangevraagd worden. Aanpassingen moeten volgens het VN-Verdrag ruim geïnterpreteerd worden, en omvatten naast onderwijskundige ondersteuning ook aanpassing van de infrastructuur. Artikel 24 paragraaf 4 geeft een opsomming van aanpassingen voor het bewerkstelligen van inclusief onderwijs; het betreft competenties en specifieke vaardigheden van de leerkrachten, leidinggevend en andere medewerkers, het bewerkstelligen van een ‘disability awareness’, het terbeschikking stellen van ondersteunende communicatie, aangepaste onderwijstechnieken en materialen etc.. Het verwerven van deze vaardigheden zou een onderdeel kunnen zijn in de lerarenopleidingen en zou ook kunnen leiden tot nieuwe personeelscategorieën (bv. orthopedagogen, logopedisten, kinesisisten, ...) in het gewoon onderwijs. Daarnaast moet de bestaande schoolinfrastructuur toegankelijk gemaakt worden voor leerlingen met een handicap.⁷⁶

⁷⁴ Met name door de Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities Eighth session, 14-25 August 2006.

⁷⁵ Zie. <http://www.ond.vlaanderen.be/wetwijs/thema.asp?id=55&fid=1>

⁷⁶ Zie bv. Besluit van 5 juni 2009 van de Vlaamse regering tot vaststelling van een gewestelijk stedenbouwkundige verordening inzake toegankelijkheid, *Belgisch Staatsblad* van 2 september 2009. Dit besluit omvat enkele bepalingen over de toegankelijkheid die in acht genomen moeten worden wanneer men publieke ruimtes (inclusief onderwijsinstellingen en studentenkotens) waarvoor een stedenbouwkundige vergunning vereist is, wil bouwen, verbouwen of uitbreiden. Dit besluit is niet van toepassing op handelingen waarvoor geen medewerking van een architect vereist is. Aanvragen voor een stedenbouwkundige vergunning die vóór 1 maart 2010 ingediend zijn, vallen niet onder het toepassingsgebied van dit besluit.

Artikel 5 ‘gelijkheid en non-discriminatie’, bevestigt dat personen met een handicap eerlijk behandeld moeten worden, hetgeen specifieke maatregelen kan vereisen.

Artikel 7 ‘kinderen met een handicap’, legt in het bijzonder de nadruk gelegd op de belangen van het kind.

Artikel 9 ‘toegankelijkheid’ bespreekt de manieren waarop communicatie- en informatiesystemen, transport, gebouwen en andere bouwwerken gebruikt, binnengetroden of bereikt kunnen worden.

Artikel 20 ‘persoonlijke mobiliteit’, verplicht de overheid te voorzien in ondersteunende toestellen, technologieën en mobiliteitshulpmiddelen om verplaatsing van personen met een handicap te faciliteren. Passende maatregelen nemen om personen met een handicap op voet van gelijkheid met anderen toegankelijkheid te garanderen, heeft betrekking op onder meer de toegankelijkheid van gebouwen en de voorzieningen en diensten binnen en buiten die gebouwen. Heel expliciet worden scholen vermeld.⁷⁷ Het begrip ‘toegankelijkheid’ wordt ruim omschreven en heeft ook betrekking op bewegwijzeringen in braille of mensen die voorlezen of dovertolken. Partijen bij het VN-Verdrag nemen het op zich minimumnormen en richtlijnen voor de toegankelijkheid af te kondigen en de toepassing ervan te controleren.

Op grond van artikel 24 VN-Verdrag in samenhang met het discriminatiebeginsel mag door een onderwijsinstelling geen onderscheid op grond van handicap worden gemaakt bij het verlenen van toegang tot het onderwijs.

3.e. Implicaties voor het Vlaamse onderwijs

Hierna worden een aantal vragen geformuleerd rond mogelijke conflicten met de bestaande onderwijsregelgeving.

In principe creëren verdragen slechts verplichtingen voor de staten. Dit VN-Verdrag bepaalt expliciet dat de verplichting om de rechten van de persoon met een handicap te respecteren ook voor personen geldt - waaruit blijkt dat het VN-Verdrag niet alleen beoogt verplichtingen op te leggen aan verdragssluitende staten maar ook aan personen. Dit sluit aan bij de doelstelling van het VN-Verdrag: de waardigheid van het individu te beschermen tegen iedereen, veeleer dan een bescherming tegen het optreden van de staat. Betekent dit dat de verdragsbepalingen rechtstreeks tegen scholen kunnen worden ingeroepen?

⁷⁷ Artikel 9 punt1, a

Uit de voorbereiding van artikel 4.2 VN-Verdrag over de geleidelijke invoering van sociaal-economische grondrechten, blijkt dat deze bepaling oorspronkelijk gepland was in het onderwijsartikel. Het eigene van sociaal-culturele grondrechten is de geleidelijke invoering naargelang de middelen van de staat. In welke mate beïnvloedt deze geleidelijke invoering de draagwijdte van het recht op inclusief onderwijs?

Behouden ouders een inschrijvingsrecht in het buitengewoon onderwijs of is het buitengewoon onderwijs slechts toegankelijk voor diegenen waarvoor geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn of waarvoor wel redelijke aanpassingen mogelijk zijn maar die een onevenredige belasting vormen?

Het VN-Verdrag stelt dat inclusief onderwijs de regel is (artikel 24). Betekent dit dat de uitzondering dewelke het buitengewoon onderwijs is, limitatief moet worden geïnterpreteerd waardoor de autonomie van de ouders met een kind dat wel in aanmerking komt voor inclusief onderwijs wordt beperkt, zoals in de nota leezorg dewelke stelt dat kinderen met leezorg 1 en 2 verplicht in het gewoon onderwijs worden ingeschreven?

Vlaanderen heeft naast het inschrijvingsrecht met de draagkrachtregeling in het GOK-decreet (decreet Gelijke Onderwijskansen), ook het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 dat zeer specifieke regels bevat voor de gelijke behandeling van personen met een handicap door de verplichting op te leggen na te gaan welke redelijke aanpassingen noodzakelijk zijn en in welke mate deze redelijke aanpassingen onevenredig zijn in een bepaalde situatie. Er moet voor elk individu in concreto een afweging worden gemaakt. Redelijke aanpassingen kunnen bijgevolg onevenredig zijn voor de infrastructuur in een bepaalde vestiging, terwijl dit in een andere instelling met een meer moderne infrastructuur geen onevenredige belasting zou uitmaken. Geldt het keuzerecht van het GOK-decreet onverkort tegenover elke instelling en vestigingsplaats?

Vraagt de toegang tot het "algemeen onderwijssysteem op voet van gelijkheid" een recht op toegang tot elke instelling of elke vestigingsplaats? Is het concentreren van de inspanning voor sommige soorten handicap binnen het algemeen onderwijssysteem aanvaardbaar als een redelijke aanpassing – of is een concentratie van inspanningen zonder meer een schending van de verplichting om in elk individueel geval een afweging te maken van de redelijke aanpassingen?

Het VN-Verdrag verplicht de decreetgever - gelet op het legaliteitsbeginsel - om toelatingsvoorwaarden en weigeringsgronden en de daarin gelaten beoordelingsmarge voor de

instellingen opnieuw te bekijken. Volstaat de huidige draagkrachtafweging in het GOK in het licht van het VN-Verdrag?

Is de Commissie Leerlingenrechten in zijn huidig concept voldoende gewapend om de problematiek van draagkracht en redelijke aanpassingen te onderzoeken? Is een beroep op de Commissie Leerlingenrechten noodzakelijk of kan de leerling met een handicap zich rechtsreeks tot de rechter wenden?

Is het loutere feit van inschaling in leezorgniveau IV voldoende om die categorie zonder meer uit te sluiten van het recht op inclusief onderwijs. Kan de decreetgever bepalen dat een bepaalde vorm van functiebeperking zo ernstig is dat dadelijk duidelijk is dat van geen enkele instelling voor gewoon onderwijs aanpassingen kunnen worden gevraagd om deze leerlingen op te vangen?

In het kader van de leezorg wordt voor de ouders de inschaling bindend i.p.v. de beslissing van de school. Het is evident dat de ouders in dat geval de inschaling kunnen aanvechten net zoals zij een weigeringsbeslissing kunnen aanvechten.

Kunnen ouders in het algemeen de inschaling aanvechten?

4. DE HUIDIGE PRIORITAIRE INSTRUMENTEN VOOR NIET DISCRIMINATIE IN HET ONDERWIJS IN VLAANDEREN

4.a. Algemeen

Onderwijsinstellingen blijken zich vaak onvoldoende bewust van de belemmeringen die leerlingen met een handicap ondervinden. Door met de ouders van en met de leerling met een handicap het gesprek aan te gaan en door onderwijsinstellingen ten aanzien van leerlingen met een handicap te verplichten redelijke aanpassingen te doen, kunnen veel belemmeringen die leerlingen met een handicap ondervinden in het onderwijs, al worden weggenomen.

Het doel van het VN-Verdrag is het bestrijden van onderscheid op grond van handicap⁷⁸ en

⁷⁸ De begrippen handicap zijn niet in het VN-Verdrag gedefinieerd. Handicaps kunnen fysiek, verstandelijk of psychisch van aard zijn. Handicaps zijn onder meer de volgende: auditieve beperkingen, dyslexie, straatvrees, depressiviteit, autisme, blindheid, diabetes, ADHD, schildklierandoeningen, astma, rolstoelgebruik als gevolg van beperkingen bij het lopen. Volgens het HvJ EG dient het begrip handicap (disability in Europees recht) te worden opgevat als een beperking die met name een gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en

het bevorderen van gelijke behandeling van mensen met een handicap, zodat zij kunnen deelnemen aan het maatschappelijk leven.

Voor leerlingen is artikel 24 van het VN-Verdrag van belang. Op grond van dit artikel (in samenhang met artikel 12 niet discriminatiebeginsel) mag door een onderwijsinstelling geen onderscheid op grond van handicap worden gemaakt bij het verlenen van toegang tot het onderwijs. Dit verbod is van toepassing op het gehele onderwijstraject, van het moment van de aanbieding van het onderwijs tot en met de afsluiting van het onderwijs. Hierbij kan worden gedacht aan inschrijving, het volgen van lessen of colleges, toegang tot voorzieningen die samenhangen met het onderwijs (bijvoorbeeld computergebruik en toegang en gebruik van de bibliotheek), het afnemen van examens en de diploma uitreiking.

Met betrekking tot het onderwijs heeft de staat, volgens internationale normen,⁷⁹ de verplichting om het recht op onderwijs te eerbiedigen, te beschermen, te bevorderen en te vervullen. De verplichting om het recht te *eerbiedigen* houdt in dat een staat een persoon met een handicap niet op arbitraire wijze het recht op onderwijs ontzegt, terwijl de verplichting om het recht te *beschermen* neerkomt op de plicht om een juridisch kader te voorzien waarbinnen iedereen zonder discriminatie en zonder belemmering door anderen zijn recht op onderwijs kan verwezenlijken. Deze rechten kunnen voor en door de rechter worden afgedwongen zonder dat de rechter zich op het terrein van de beleidsmakers begeeft. Enkel de verplichting om het recht te *bevorderen* en te *vervullen* houdt socio-economische beleidskeuzes en het vrijmaken van budgettaire middelen in, waardoor de nodige speelruimte voor de beleidsmakers moet worden gelaten en wat derhalve minder mogelijkheden voor rechterlijke tussenkomst zou kunnen impliceren.

Ondanks het feit dat het VN-Verdrag de verplichting van staten wat betreft economische, sociale en culturele rechten nuanceert door deze te beperken tot de aan de staat ter beschikking staande hulpbronnen, kan het VN-Verdrag een belangrijke bron van inspiratie worden voor rechters die worden geconfronteerd met de vraag naar gelijke kansen van leerlingen met een handicap in het onderwijs via speciale ondersteuning die moet aangevraagd worden door de scholen en worden gerealiseerd door de Vlaamse overheid.

die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert.

⁷⁹ 25-28 November 2008, 'Inclusive Education: The Way of the Future' UNESCO, IBE (International Bureau for Education) <http://www.ibe.unesco.org/en/ice/48th-ice-2008.html> and <http://www.unesco.org/en/inclusive-education/>

4.b. GOK-decreet

4.b.1 Inleidende bemerking

Het GOK-decreet bevat het kader met de belangrijkste beginselen inzake gelijke kansen in het onderwijs. Het GOK-decreet is een omzetting van een Europese Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

Het GOK-decreet riep een Commissie Leerlingenrechten in het leven. De Commissie Leerlingenrechten heeft een aantal beginselen van het GOK verder geconcretiseerd voor specifieke problemen. Het betreft echter de waarde van een advies en is geen juridisch bindend instrument. Daardoor zijn de uitspraken van de Commissie Leerlingenrechten eerder te beschouwen als een gedragscode voor de onderwijsinstellingen.

4.b.2 Verplichtingen bij inschaling en de specifieke regeling voor draagkracht

Bestaande GOK-regeling

Het recht op inschrijving geldt onverkort voor leerlingen die blijkens een inschrijvingsverslag georiënteerd worden naar een type van het buitengewoon onderwijs (Artikel III.10. § 1 GOK).

Leerlingen die blijkens een inschrijvingsverslag georiënteerd worden naar een type van buitengewoon onderwijs, type 8 uitgezonderd, worden door een schoolbestuur of inrichtende macht van een school voor gewoon basisonderwijs en gewoon secundair onderwijs ingeschreven, onder de ontbindende voorwaarde van de vaststelling van onvoldoende draagkracht in de school om tegemoet te komen aan de noden op het vlak van onderwijs, therapie en verzorging van de betreffende leerling (Artikel III.10. § 2 GOK).

De inrichtende macht beslist tot weigering na overleg met de ouders en met het centrum voor leerlingenbegeleiding dat de school begeleidt (Artikel III.10. § 3).

Zij houdt daarbij ten minste rekening met volgende elementen :

- 1° de verwachtingen van de ouders ten aanzien van het kind en ten aanzien van de school;
- 2° de concrete ondersteuningsnoden van de leerling op het vlak van de leergebieden, sociaal functioneren, communicatie, mobiliteit;

- 3° een inschatting van het regulier aanwezige draagvlak in de school inzake zorg. Het schoolteam concretiseert de mogelijkheden waarover ze beschikt om tegemoet te komen aan de noden van de betreffende leerling;
- 4° de beschikbare ondersteunende maatregelen binnen én buiten het onderwijs;
- 5° het intensief betrekken van de ouders bij de verschillende fasen van het overleg- en beslissingsproces.

Het Decreet betreffende het onderwijs XVII van 11 mei 2007 voerde een nieuwe formulering in waardoor de leerling wordt ingeschreven op het moment van de vraag tot inschrijving en de inschrijving al dan niet ontbonden wordt op het moment van de beslissing. Scholen voor gewoon basisonderwijs en gewoon secundair onderwijs kunnen leerlingen met een inschrijvingsverslag voor het buitengewoon onderwijs type 1 - 7 weigeren op basis van onvoldoende draagkracht.⁸⁰

Het decreet specificceert de criteria waaraan voldaan moet worden vooraleer een schoolbestuur of inrichtende macht kan weigeren.

Het schoolbestuur of de inrichtende macht beslist tot weigering in overleg met de ouders en na afweging van de beschikbare ondersteunende maatregelen en een advies van het CLB. Belangrijk is dat de ouders intensief en volwaardig betrokken worden bij het overleg- en beslissingsproces.

Er werden in het verleden heel wat vragen gesteld naar de elementen die gehanteerd moeten worden bij het maken van de afweging tussen de draagkracht van de school en de onderwijsbehoeften van de leerling. Het begrip ‘draagkracht’ werd via het GOK-decreet geïntroduceerd maar inhoudelijk niet verder uitgewerkt.

De MvT bepaalt dat het aangewezen is volgende elementen in rekening te nemen bij het proces van afweging:

- welke zijn de verwachtingen van de ouders ten aanzien van het kind en ten aanzien van de school;
- welke zijn de concrete ondersteuningsnoden van de leerling op het vlak van de leergebieden, sociaal functioneren, communicatie, mobiliteit,...

Op dit vlak kan het CLB, in overleg met de ouders, een belangrijke inbreng doen om de noden te objectiveren en te vertalen naar de pedagogisch-didactische context van klas en school;

- een inschatting van het regulier aanwezige draagvlak in de school inzake zorg (in termen van personeel (visie, deskundigheid, ondersteuning), materiaal, infrastructuur,...). Hier draagt het schoolteam de verantwoordelijkheid om concreet te maken over welke mogelijkheden ze

⁸⁰ Stuk 331 (2004-2005) – Nr. 1, pagina 10

beschikt om tegemoet te komen aan (een gedeelte van) de noden van de betreffende leerling;
- een oplijsting van de beschikbare ondersteunende maatregelen binnen het onderwijs (zoals GON, CLB, pedagogische begeleiding, samenwerkingsverbanden,...) én buiten het onderwijs (zoals PAB, revalidatie, therapie, vrijwilligers, stagiaires...).

Er kan niet voldoende beklemtoond worden dat het overleg- en beslissingsproces best gebeurt met actieve betrokkenheid van alle participanten: ouders, schoolteam, CLB. De school is de spil van het proces en is verantwoordelijk voor de verantwoording van de beslissing. Ze verzamelt alle elementen, met hulp van ouders en CLB om een verantwoorde beslissing te kunnen nemen.

Ingeval van weigering moet het schoolbestuur of de inrichtende macht de beslissing schriftelijk motiveren en kenbaar maken aan de ouders en de voorzitter van het LOP binnen de 4 kalenderdagen. Ook met betrekking tot het overleg en de besluitvorming binnen de bemiddelingscel van het LOP kunnen een aantal suggesties gegeven worden:

- zorgen voor een goede samenstelling van de bemiddelingscel binnen het LOP voor het bespreken van deze dossiers met eventuele betrokkenheid van externe deskundigen (voor dit laatste is het dan relevant om overkoepelende organisaties voor personen met een handicap te contacteren voor het engageren van vertegenwoordigers die kunnen zetelen in de bemiddelingscel van het LOP);
- het vooraf bekijken van de te hanteren aanpak in de bemiddelingscel (afspraken over voorzitterschap, wat met het verzekeren van onpartijdigheid wanneer dossiers behandeld worden, wijze van bemiddelen, ...);
- het vermijden van principiële discussies en het blijven toespitsen van de bemiddeling op de specifieke situatie van dit kind in deze school;
- het nagaan van de formele vereisten van overleg en in te winnen adviezen.

Het overleg zal zich toespitsen op de vraag of de draagkracht van de betreffende school voldoende of onvoldoende in kaart is gebracht, gegeven de noden van het kind. Deze afwegingen moeten in het door de school georganiseerde overleg reeds aan bod gekomen zijn zodat de bemiddeling zich hierop kan baseren om het gesprek tussen ouders en school van keuze (of een andere school/scholen) te voeren.

De bemiddelingscel van het LOP treedt automatisch in werking bij ontvangst van een melding van weigering.

Ontwerp van GOK wijzigingen

Een inrichtende macht maakt in de volgende situaties voor de ingeschreven leerlingen een draagkrachtafweging (Art. III.10bis §1 GOK)

1° in het basisonderwijs:

- a) voor leerlingen met een inschaling in leerzorgniveau III bij de overgang van het kleuteronderwijs naar het lager onderwijs;
 - b) bij de overgang naar het schooljaar waarin de leerling de leeftijd van tien jaar bereikt op voorwaarde dat het schoolbestuur of de inrichtende macht die mogelijkheid bij de inschrijving aan de ouders uitdrukkelijk heeft meegedeeld;
 - c) bij de overgang van een leerling met een inschaling in leerzorgniveau II naar leerzorgniveau III;
- 2° in het secundair onderwijs:
- a) voor leerlingen met een inschaling in leerzorgniveau III bij de overgang van de eerste naar de tweede graad en bij de overgang van de tweede naar de derde graad van het secundair onderwijs;
 - b) bij de overgang van een leerling met een inschaling in leerzorgniveau II naar leerzorgniveau III.

Als een schoolbestuur of een inrichtende macht beslist dat haar draagkracht onvoldoende is, kan het schoolbestuur of de inrichtende macht voor het volgende schooljaar de inschrijving beëindigen op voorwaarde dat het schoolbestuur of de inrichtende macht de beslissing aan de ouders meldt uiterlijk op 15 mei van het lopende schooljaar en de leerling uiterlijk op 31 maart van het lopende schooljaar werd ingeschaald (Art. III.10bis §3 GOK).

De ouders krijgen ondersteuning van de school en het CLB om een inschrijving in een nieuwe school te verkrijgen. Tot het einde van het lopende schooljaar blijft de school verantwoordelijk voor de leerling. Het CLB blijft verantwoordelijkheid dragen voor de leerling tot een nieuwe school gevonden is en het CLB het leerlingendossier kan overdragen naar het CLB van de nieuwe school.

Het recht op inschrijving geldt niet voor leerlingen met een inschaling in leerzorgniveau IV die zich aanmelden bij een school voor gewoon onderwijs. Het schoolbestuur of de inrichtende macht is niet gehouden tot de draagkrachtafweging. De ouders hebben wel recht op een gesprek (Art. III.10ter §1 GOK).

Als een schoolbestuur of een inrichtende macht een leerling met een inschaling in leerzorgniveau IV inschrijft, gebeurt dat onder de ontbindende voorwaarde van een negatieve evaluatie op het einde van een proefperiode van drie maanden. Bij de evaluatie worden de ouders en het CLB betrokken (Art. III.10ter §2 GOK).

Een inrichtende macht die na een negatieve evaluatie beslist tot de ontbinding van de inschrijving voor het komende schooljaar, meldt de beslissing aan de ouders uiterlijk op 15 mei van het lopende schooljaar (Art. III.10ter. §3 GOK).

Na de proefperiode kan het schoolbestuur of de inrichtende macht bij de overgang naar een nieuw schooljaar de inschrijving evalueren op de verdere haalbaarheid (Art. III.10ter §4 GOK).

De ouders krijgen ondersteuning van de school en het CLB om een inschrijving in een nieuwe school te verkrijgen. Tot het einde van het lopende schooljaar blijft de school verantwoordelijk voor de leerling. Het CLB blijft verantwoordelijkheid dragen voor de leerling tot een nieuwe school gevonden is en het CLB het leerlingendossier kan overdragen naar het CLB van de nieuwe school (Art. III.10ter §5 GOK).

De inschaling in leerzorg, in de vorm van een G-document of I-document, maakt deel uit van de informatie die ouders bij een vraag tot inschrijving aan de school melden. Het inschalingsdocument maakt integraal deel uit van het dossier dat een CLB bij schoolverandering aan het CLB van de nieuwe school bezorgt (Art. III.10quater §1 GOK).

Als ouders door het niet-respecteren van de informatieverplichting een inschrijving hebben verkregen waarvoor een draagkrachtafweging gemaakt had kunnen worden als vermeld in artikel III.10, wordt de inschrijving een inschrijving onder ontbindende voorwaarde waarvoor alsnog een draagkrachtafweging gemaakt kan worden (Art. III.10quater §2 GOK).

Als ouders door het niet-respecteren van de informatieverplichting een inschrijving verkrijgen waarvoor geweigerd kan worden, wordt de inschrijving ontbonden. (“Art. III.10quater §3 GOK).

Wanneer de Commissie Leerlingenrechten gevat wordt over klachten ingediend tegen een weigering tot inschrijving waarbij de weigeringsbeslissing gesteund wordt op de ontbindende voorwaarde van onvoldoende draagkracht, heeft de Commissie de praktijk de beoordeling van deze klachten slechts aan een marginale toetsing te onderwerpen wat de motivering van de draagkrachtafweging betreft. Deze marginale toetsing omvat twee aspecten: enerzijds gaat de Commissie na of de voorgeschreven procedure correct gevolgd werd (zo moet er aangetoond worden dat alle essentiële elementen vervuld zijn, bijvoorbeeld dat er overleg met de ouders werd gepleegd) en - anderzijds moet de school de Commissie in staat stellen om inhoudelijk te beoordelen of de juiste beslissing al dan niet werd genomen.

Op deze wijze liggen de grenzen van dit marginaal toetsingsrecht niet vast en wordt de reikwijdte ervan in elk dossier in concreto bepaald.

De Commissie stelt zich niet in de plaats van het bestuur. De Commissie inzake Leerlingenrechten onderzoekt de rechtmatigheid van de bestuursbeslissing (draagkrachtafweging) waaronder enerzijds, de wettigheidscomponent van de beslissing (de naleving van de wetgeving en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) valt en, anderzijds, de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid door het schoolbestuur of de inrichtende macht (het appreciatierecht van een bestuur) en dit op een redelijke wijze (de

beslissing mag niet kennelijke onredelijkheid zijn).

Het basisprincipe is dat de school geen bijkomende voorwaarden kan opleggen voor een inschrijving dan de in het GOK I-decreet limitatief bepaalde voorwaarden.

Mag de decreetgever bepaalde criteria, zijnde het voorleggen van een inschrijvingsverslag met een bepaalde leezorg, verbinden aan een inschrijving? Bij het opleggen van de verplichting tot voorleggen van een inschrijvingsverslag enkel aan kinderen met een handicap, maakt de overheid een onderscheid op basis van een handicap. De vraag is of dit onderscheid een verboden onderscheid is gezien de overheid bijkomende toelatingscriteria verbindt aan het hebben van een handicap en specifieke noden voor leezorg op grond waarvan de inschrijving van de leerling zou kunnen worden geweigerd en ontbonden. Kan de overheid de definitieve inschrijving gronden op een bindend inschrijvingsverslag of moet het inschrijvingsverslag de vorm aannemen van een niet-bindend advies? Kan de overheid een informatieplicht over de speciale noden van een leerling opleggen slechts aan de ouders van een kind met een inschrijvingsverslag, in het bijzonder in het geval van leezorg 3 of leezorg 4 waarvan het gevolg is dat de vrijheid van de ouders een school te kiezen naar keuze sterk wordt ingeperkt?

4.b.3 De Commissie leerlingenrechten

Een inrichtende macht die een leerling weigert, deelt dit bij aangetekend schrijven of tegen afgiftebewijs mee aan de ouders van de leerling en aan de voorzitter van het lokaal overlegplatform. De motivering bevat zowel de feitelijke als de juridische grond van de beslissing tot weigeren of tot doorverwijzen. De ouders krijgen op hun verzoek toelichting bij de beslissing van de inrichtende macht.⁸¹

Het lokaal overlegplatform, gevat over een weigering, bemiddelt tussen de leerling en zijn ouders en de inrichtende machten van de scholen binnen het werkingsgebied, met het oog op een definitieve inschrijving van de leerling in een school.⁸²

Wanneer het lokaal overlegplatform binnen de in het decreet bedoelde termijn geen definitieve inschrijving realiseert, wordt de Commissie gevat om haar oordeel uit te spreken over de gegrondheid van de weigering. Indien de Commissie de beslissing gegrond acht, schrijven de ouders de leerling in in een andere school. De ouders worden bij het zoeken naar een andere school bijgestaan door het lokaal overlegplatform, inzonderheid de CLB die de in

⁸¹ Artikel III.6 GOK decreet.

⁸² Artikel V.1 GOK decreet.

het werkingsgebied gelegen scholen begeleiden.⁸³

Indien de Commissie de beslissing ongegrond acht, blijft de leerling ingeschreven in de school.⁸⁴

Indien de Commissie de weigering niet of niet afdoende gemotiveerd acht, dient zij de Vlaamse regering van advies over het terugvorderen of inhouden van een bedrag op de werkingsmiddelen van de school.⁸⁵

De onafhankelijke Commissie inzake leerlingenrechten bij het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap adviseert en oordeelt naar recht inzake het recht op inschrijving. Tegen een uitspraak van de Commissie staat geen beroep open bij de Vlaamse regering.⁸⁶

De oprichting van de Commissie bij het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap wijst er op dat de Commissie een orgaan van actief bestuur is. De uitspraken van de Commissie zijn met andere woorden administratieve rechtshandelingen en geen gerechtelijke uitspraken. De Commissie Leerlingenrechten krijgt beslissingsbevoegdheid maar kan daarbij geen beslissingen in laatste aanleg nemen in plaats van de inrichtende machten. De Commissie Leerlingenrechten heeft geen bevoegdheid om “in laatste aanleg” en in de plaats van het schoolbestuur tot een ambtshalve inschrijving van een leerling te beslissen, en kan evenmin aan het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling een bindend advies over de inschrijving geven.

De beslissing van de Commissie Leerlingenrechten is geen voor de Raad van State voor vernietiging aanvechtbare rechtshandeling. De klachtprocedure voor de Commissie kan niet worden gezien als een beroepsprocedure *sensu stricto*. De beoordeling door de Commissie is niet bindend voor de weigerende onderwijsinstelling. Ook een door diezelfde Commissie gegeven advies aan de regering om in voorkomend geval de werkingsmiddelen van een onderwijsinstelling in te houden of terug te vorderen is niet bindend voor de regering. De uitspraak van de Commissie is ‘louter een vaststelling door de Commissie inzake leerlingenrechten dat het Decreet al dan niet werd geschonden en/of een aanmaning door de Commissie Leerlingenrechten om zich te voegen naar de bepalingen van het Decreet.’⁸⁷ Een annulatieberoep, en een vordering tot schorsing, moeten om ontvankelijk te zijn onder meer een uitvoerbare administratieve rechtshandeling tot voorwerp hebben, met andere woorden een handeling welke op zich beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen of te beletten

⁸³ Artikel V.1 GOK decreet.

⁸⁴ VLOR GOK/commissie Toelating - Coördinatie Toelating – werksessie Draagkracht 20 maart 2008 GOK/COMTOEL/COORTOEL/WSDK/EDB/DOC/003; <http://www.ond.vlaanderen.be/GOK/faq/faq-basis.htm>; <http://www.ond.flanders.be/gok/faq/faq-secundair.htm>; <http://www.ond.vlaanderen.be/leerlingenrechtencommissie/uitspraken/2008-29%20bisanoniem.pdf>

⁸⁵ Artikel V.3 GOK decreet.

⁸⁶ Artikel IV.9 GOK decreet.

⁸⁷ Raad van State, afdeling administratie, arrest nr. 130.975 van 4 mei 2004 in de zaak A. 147.234/XII-4040.

dat deze tot stand komen.⁸⁸

4.b.4 Het GOK-decreet en de Commissie leerlingenrechten getoetst aan het VN-Verdrag:

Toepassing

Het GOK-decreet is zowel van toepassing op ouders die (1) ondanks de informatie op het attest buitengewoon onderwijs toch een inschrijving in het gewoon onderwijs verkiezen, of (2) ouders die hun kind wensen in te schrijven in een onderwijsinstelling van het buitengewoon onderwijs.

Door een beperkt aanbod van sommige types en/of opleidingsvormen, is het recht op inschrijving in het buitengewoon onderwijs soms moeilijk te realiseren.⁸⁹

Centraal: het belang van het kind

Artikel 7.2 VN-Verdrag stelt dat bij alle beslissingen betreffende kinderen met een handicap het belang van het kind de eerste overweging vormt. Het is in de eerste plaats de taak van de ouders het 'belang van het kind' te formuleren. Het ontwerp leezorg beperkt de beslissingsbevoegdheid van de ouders door deze de facto uit te schakelen in geval van een inschrijvingsverslag waarbij voor leezorg 1 en 2 en 4 de ouders geen keuze meer hebben tussen gewoon en buitengewoon onderwijs. In het GOK moet een weigeren van de schoolkeuze van de ouders worden gemotiveerd en in geval van betwistingen voorgelegd kunnen worden aan een onafhankelijk orgaan.

Legaliteitsprincipe en de verplichting van de overheid om de toegang te regelen

Op de overheid rust de verplichting gelijke toegang tot de onderwijsinstellingen te garanderen. Op grond van artikel 24, §5 GW (legaliteitsbeginsel) moeten de toelatingsvoorwaarden tot het onderwijs bij decreet worden vastgelegd.⁹⁰ Bij de regeling van de toegangsvoorwaarden moet de decreetgever rekening houden met de aangegane internationale verplichtingen. De overheid heeft een marge bij het regelen van de toegang maar moet rekening houden met het uitgangspunt in het Verdrag. Het principe van de toegang tot het

⁸⁸ Raad van State, 130.168, Lefebvre, van 6 april 2004

⁸⁹ *Commissie inzake Leerlingenrechten. Verslag over de werkzaamheden 2005*, 20-21; X, *Commissie inzake Leerlingenrechten. Verslag over de werkzaamheden 2004*, 21. Zie ook F. Vandenbroucke, Conceptnota Leezorg van 30 maart 2007, *Parl.St.* Vlaams Parlement 2006-2007, nr. 1275/1, 82-83.

⁹⁰ Arbitragehof, nr. 11/96 van 8 februari 1996; Arbitragehof, nr. 33/92 van 7 mei 1992, B.6.3.

onderwijs van personen met een handicap is inclusief onderwijs wat betekent dat het keuzerecht van de ouders met een kind met leerzorg de regel wordt en beperkingen op dit keuzerecht strikt moeten geïnterpreteerd worden.

In de Belgische Taalzaak stelde het EHRM dat elke burger het recht heeft van gelijke toegang tot bestaande onderwijsfaciliteiten.⁹¹ Het recht op toegang tot de bestaande onderwijsvoorzieningen kan ook worden afgeleid uit het arrest van het Grondwettelijk Hof waarin het aanbod kan worden geregeld afhankelijk van de behoeften en de mogelijkheden van de gemeenschap en het individu.⁹²

Wat een burger niet kan vragen aan een staat op grond van artikel 2 van het aanvullend protocol bij het EVRM is het garanderen van toegang tot elk type van onderwijs zolang iemand dit wenst.⁹³ Een lidstaat kan volgens het EHRM zonder te discrimineren beperkingen invoeren in de toelating omwille van de beperkte beschikbaarheid van de faciliteiten op een bepaald ogenblik wanneer de vraag het aanbod overstijgt en kan tevens een maximale studieduur opleggen. De overheid kan ook niet worden verplicht een welbepaalde onderwijsvoorziening op te richten en evenmin garandeert het recht op onderwijs het behoud van studierichtingen die de subsidiërende overheid wil afbouwen⁹⁴, met dien verstande dat conform het continuïteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel kan worden verondersteld dat een leerling of een student een reeds aangevatte opleiding binnen redelijke termijn moet kunnen afwerken.⁹⁵

Het GOK zoekt het evenwicht tussen het recht op onderwijs voor kinderen met leerzorg en de vrijheid van de onderwijsinrichting. Wanneer het kind leerzorg nodig heeft en de school deze zorg niet kan verstrekken, dan kan de inschrijving worden ontbonden, na overleg met de ouders. Uit de praktijk van de Commissie Leerlingenrechten blijkt dat de Commissie zich eerder terughoudend opstelt vanuit haar marginale toetsingsbevoegdheid. Doordat het VN-Verdrag als het ware een recht op inclusief onderwijs voor personen met een handicap invoert, zou de toetsingsbevoegdheid van de Commissie kunnen (moeten?) uitgebreid worden en de marge van autonome appreciatiebevoegdheid van de school worden ingeperkt of ten minste aan een striktere controle onderworpen, rekening houdende met de bepalingen in het gelijkebehandelingsdecreet van 2008.

4.c. Gelijke behandelingsdecreet

⁹¹ *Belgian Linguistic Cases*, Appl. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

⁹² Arbitragehof, nr. 107/2004 van 16 juni 2004, B.7.2.

⁹³ *X v. Austria*, Appl. 5492/72.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: Arbitragehof, nr. 25/92 van 2 april 1992; R.v.St., vzw O.T.O., nr. 34.237 van 27 februari 1990.

⁹⁵ Arbitragehof, nr. 107/2004 van 16 juni 2004, B.8.2.

4.c.1 Toepassingsgebied

Het decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid (hierna gelijkebehandelingsdecreet) is een omzetting van een viertal richtlijnen: richtlijn 2000/43 van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming; richtlijn 2000/78 van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep; richtlijn 2002/73 van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/202/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden; richtlijn 2004/113 van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.

Artikel 19 van het gelijkebehandelingsdecreet omschrijft het toepassingsgebied. Binnen de grenzen van de aan de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest toegewezen bevoegdheden is elke vorm van discriminatie verboden, zowel in de overheidssector, als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, met betrekking tot: 1. de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van 5. het onderwijs.

4.c.2 Verplichtingen – en hun verhouding tot het leerzorgkader

Decreetgever (legaliteitsprincipe) legt criteria voor toegang vast (inschrijvingsverslag) op voorwaarde dat ze niet discriminatoir zijn (gelijke behandelingsdecreet)				
Kind zonder handicap	Kind met handicap Leerzorg 1 en 2	Kind met handicap Leerzorg 3	Kind met handicap Leerzorg 4	Kind met handicap Leerzorg 5
Gelijke behandelingsdecreet	Gelijke behandelingsdecreet Criterium: 'Redelijke aanpassingen die geen onevenredige belasting zijn'			
Gewoon onderwijs	Inclusief onderwijs	Inclusief of buitengewoon onderwijs naargelang de draagkracht	Buitengewoon onderwijs	Partieel onderwijs
	Absoluut vermoeden dat redelijke aanpassingen mogelijk zijn en niet onevenredig (kan de decreetgever een dergelijk vermoeden invoeren als voorwaarde voor toegang?)	Nagaan of redelijke aanpassingen mogelijk zijn en indien ja, of ze geen onevenredig belasting zijn (kan de decreetgever een dergelijk vermoeden invoeren als voorwaarde voor toegang?)	Absoluut vermoeden dat redelijke aanpassingen onmogelijk zijn of een onevenredig belasting zijn (kan de decreetgever een dergelijk vermoeden invoeren als voorwaarde voor toegang?)	

4.c.3 Mogelijk discriminatoire bepalingen in het ontwerp leerzorg en problemen die kunnen voortvloeien uit het bindend karakter van het inschrijvingsverslag

Het voorontwerp van decreet betreffende de leerzorg beperkt de keuzevrijheid voor personen met een handicap bij de toegang tot de school doordat het recht op inschrijving niet geldt voor leerlingen met een inschaling in leerzorgniveau IV. De ouders hebben wel recht op een gesprek maar hebben geen recht op gewoon onderwijs.

Het loutere feit van inschaling in leerzorgniveau IV lijkt onvoldoende om die categorie zonder meer uit te sluiten van gelijke behandeling bij inschrijving doordat er zelfs geen minimale draagkrachtafweging moet worden gemaakt.

Kinderen van leerzorg I en leerzorg II hebben een absoluut inschrijvingsrecht in het gewoon onderwijs. Dit betekent dat voor deze kinderen, de school voor gewoon onderwijs verplicht is de vereiste redelijke aanpassingen te doen.

Voor kinderen van leerzorg III is er een vermoeden dat redelijke aanpassingen mogelijk zijn maar mogelijks een onevenredige belasting vormen.

Voor kinderen van leerzorg IV is er een vermoeden dat redelijke aanpassingen of onmogelijk zijn, of een onevenredige belasting uitmaken waardoor hen het keuzerecht op inschrijving in het gewoon onderwijs wordt ontnomen.

Indien de inschrijvingsverslagen bindend zijn, betekent dit dat ze over gans Vlaanderen gelden. Enkel in een inschrijvingsverslag met leerzorg III heeft de school een discretionaire bevoegdheid om op basis van de draagkracht de leerling al dan niet te weigeren. Enkel met een inschrijvingsverslag van leerzorg I en II hebben de ouders een absoluut recht op inclusief onderwijs. Enkel met inschrijvingsverslag van leerzorg IV hebben de ouders een absoluut recht op buitengewoon onderwijs. Maar kan de administratieve procedure van inschaling in een bepaalde leerzorg de op grond van het gelijke behandelingsdecreet rustende verplichting om een afweging te maken van redelijke aanpassingen, zomaar buiten werking plaatsen in deze specifieke gevallen?

Men kan ervan uitgaan dat de decreetgever de toegang tot het onderwijs heeft geregeld met het GOK via de draagkrachtafweging (kan worden gelijkgesteld met redelijke aanpassingen die geen onevenredige belasting zijn) waarbij de beslissing van de school kan worden aangevochten voor de Commissie Leerlingenrechten die een niet bindend advies kan geven, voor de Raad van State wat betreft de weigering van een publiekrechtelijke school een leerling in te schrijven, en bovendien voor een privaatrechtelijke school en een

publiekrechtelijke school voor de gewone rechtbank op grond van het gelijke behandelingsdecreet.

Met het leezorgkader regelt de decreetgever de toegang met het inschrijvingsverslag, en is het GOK via de draagkrachtafweging nog slechts van toepassing op kinderen met leezorg III. De beslissing die de school neemt op basis van het inschrijvingsverslag voor leezorg I en II en IV kan niet worden aangevochten omdat de school en de ouders verplicht zijn daar rekening mee te houden. Enkel de beslissing van een school op basis van een inschrijvingsverslag van leezorg III zou kunnen aangevochten worden voor de Commissie Leerlingenrechten die een niet bindend advies kan geven en voor de gewone rechtbank op basis van het gelijkebehandelingsdecreet.

Kan de toegang geregeld worden aan de hand van een inschrijvingsverslag?

Indien ja, geldt in de huidige versie, het inschrijvingsverslag erga omnes, daar waar het gelijkebehandelingsdecreet een onderzoek naar redelijke aanpassingen in een concreet geval (inter partes) voorschrijft?

Kan het inschrijvingsverslag dat erga omnes geldt en werd opgemaakt door een publiekrechtelijke CLB, gekwalificeerd worden als een administratieve rechtshandeling die kan aangevochten worden voor de Raad van State?

Kan het inschrijvingsverslag dat erga omnes geldt en opgemaakt werd door een privaatrechtelijke CLB, gekwalificeerd worden als een privaatrechtelijk rechtshandeling die kan aangevochten worden voor de gewone rechtbanken?

Ingevolge het gelijke behandelingsdecreet van 2008 is het verboden onderscheid op grond van onder meer handicap te maken bij de toegang tot de school.

Is het de taak van de Commissie Leerlingenrechten te beoordelen of de inhoud van het inschrijvingsverslag van de leerling al dan niet gegrond is en de gedane vaststellingen van leezorg voldoende zijn voor de inschrijving voor een school voor buitengewoon onderwijs of om deze af te wijzen?

Is het de taak van de Commissie Leerlingenrechten na te gaan of er bij de beoordeling van de toegangsvoorwaarden onderscheid is gemaakt als bedoeld in het gelijke behandelingsdecreet 2008? De geschiktheid afhankelijk van de leezorg wordt daarbij in zoverre betrokken dat, indien de leerling op onduidelijke gronden is afgewezen dan wel de leezorg inschaling niet systematisch, niet consistent of niet doorzichtig is geweest, dit aanleiding kan zijn tot het vermoeden dat daarbij verboden onderscheid, in dit geval naar handicap, een rol heeft gespeeld.

Een leerling met een inschrijvingsverslag van leerzorg I en II kan beweren vanwege de inschaling van zijn handicap door de school voor buitengewoon onderwijs te zijn afgewezen. De school voor buitengewoon onderwijs zal de leerling afwijzen vanwege de inschaling van de handicap (en de daaraan verbonden leerzorg). Aldus staat vast dat de leerling is afgewezen voor toegang tot de school voor buitengewoon onderwijs vanwege de inschaling (aard) van de handicap.

De vraag die voorligt is of door of bij de afwijzing van de leerling direct of indirect onderscheid is gemaakt.

Het inschrijvingsverslag met de daarin vermelde leerzorg die de school voor buitengewoon onderwijs voor toegang hanteert, geldt voor eenieder die toegang wenst te krijgen tot de school voor buitengewoon onderwijs en er wordt niet rechtstreeks naar het inschrijvingsverslag van de handicap van een specifieke leerling verwezen. De school voor buitengewoon onderwijs kan erop wijzen dat de regeling van het vereiste inschrijvingsverslag voor iedereen geldt. Daardoor kan het gebruik van voorlegging van inschrijvingsverslagen met een bepaalde leerzorg niet beschouwd worden als een verboden direct onderscheid naar de aard van handicap.

Vervolgens is aan de orde de vraag of het gebruik van inschrijvingsverslagen met bepaalde leerzorg indirect onderscheid naar handicap tot gevolg heeft. Van indirect onderscheid is sprake wanneer het nadelig effect van het inschrijvingsverslag in overwegende mate een groep personen treft met een bepaalde handicap.

Het is een feit dat personen met een inschrijvingsverslag met bepaalde leerzorg I en II, vaker een probleem hebben in het gewoon onderwijs als gevolg waarvan hun schoolresultaten kunnen tegenvallen, dan personen in het gewoon onderwijs die buiten deze groep vallen. Dit leidt tot het oordeel dat de eis omtrent het voorleggen van het inschrijvingsverslag voor het buitengewoon onderwijs eerder leidt tot uitsluiting van permanente individuele specifieke ondersteuning in het buitengewoon onderwijs voor de groepen van leerzorg I en II. Derhalve wordt met de verplichting tot voorlegging van een inschrijvingsverslag met een bepaalde leerzorg die niet leerzorg I en II is, indirect onderscheid naar handicap gemaakt wat betreft de mate van permanente individuele specifieke ondersteuning.

Het maken van indirect onderscheid kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. In dat geval dient de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt, feiten aan te dragen ter

rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk.

Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in een evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

De school voor buitengewoon onderwijs en de decreetgever zal aangeven dat het hen voorkomt dat het doel van het onderscheid is, een betere sociale integratie en substantieve gelijkheid te realiseren voor kinderen met een leerzorgniveau I en II. Daarvoor is echter informatie nodig over de concrete activiteiten en ondersteuning van de school voor buitengewoon onderwijs die per definitie redelijke aanpassingen voorzien en de gelijkwaardige ondersteuning die wordt aangeboden in het gewoon onderwijs voor die specifieke doelgroep.

Ook scholen voor buitengewoon onderwijs moeten nagaan of redelijke aanpassingen mogelijk zijn. Het feit dat zij zich specialiseren in een bepaald type handicap ontlast hen niet van de verplichting na te gaan of ze door redelijke aanpassingen toch geen onderwijs kunnen verstrekken aan een kind met een handicap van een ander type. In een beslissing van 2008 (2008/19 van 16 juni 2008) oordeelde de Commissie Leerlingenrechten zelfs dat draagkrachtafweging enkel van toepassing is op scholen voor gewoon basis- en secundair onderwijs en dat een school voor buitengewoon onderwijs zich niet kan beroepen voor de weigering van inschrijving van een leerling met bijzondere leernoden op de redenen van onvoldoende draagkracht om de inschrijving te weigeren.

De vraag kan worden gesteld of een opdeling van het huidige ontwerp leerzorg en een herformulering van de begrippen een oplossing kan zijn om aan de juridische vragen – in het bijzonder de verenigbaarheid ervan met het niet-discriminatiebeginsel die het huidige ontwerp oproept - tegemoet te komen.

Eenzijds zou de decreetgever de toegang tot het buitengewoon onderwijs kunnen voorbehouden aan personen met functiebeperkingen zoals omschreven in het huidige leezorgontwerp als leezorg III en IV. Slechts wanneer een leerling een inschrijvingsverslag met functiebeperkingen voorlegt, heeft de school voor buitengewoon onderwijs de verplichting de leerling in te schrijven, en heeft de school voor gewoon onderwijs de verplichting een draagkrachtafweging te doen rekening houdende met de beschikbare GON (geïntegreerd onderwijs) en ION (inclusief onderwijs) ondersteuning.⁹⁶

Daarnaast zou de decreetgever een regeling kunnen uitwerken rond de toekenning van een leezorgverslag (wat zou overeenkomen met leezorg I en II), waarbij op de school voortaan een verplichting rust om GON en ION aan te vragen voor de leerlingen die een dergelijk leezorgverslag voorleggen. Dit impliceert dat de decreetgever ook voldoende middelen moet voorzien om deze ondersteuningsmaatregelen aan leerlingen met een leezorgverslag I en II ook in de praktijk te garanderen. Anderzijds zouden leerlingen met een leezorgverslag zonder meer geweigerd worden door scholen voor buitengewoon onderwijs.

Op deze wijze geeft de voorlegging van het inschrijvingsverslag (voor leezorg III en IV) een recht tot toegang in het buitengewoon onderwijs en een recht tot inschrijving in het (inclusief) gewoon onderwijs onder ontbindende voorwaarde van voldoende draagkracht (redelijke niet onevenredige aanpassingen).

De voorlegging van een leezorgverslag (voor leezorg I en II) leidt tot uitsluiting uit het buitengewoon onderwijs maar geeft de leerling van leezorg I en II de zekerheid van voorzieningen van individuele specifieke ondersteuning in het gewoon onderwijs.⁹⁷ Onder de huidige regeling wordt de toekenning van GON-uren en ION-uren voor elke leerling bij voorbaat beperkt. Op de Vlaamse overheid zal met de leezorg de verplichting komen te liggen het aantal beschikbare leraars voor extra ondersteuning in het onderwijs geleidelijk uit te bouwen zodat het vereist aantal uren ook in de realiteit kan worden toegekend, om te vermijden dat de Vlaamse overheid zich schuldig maakt aan weigering van redelijke

⁹⁶ De vraag stelt zich op welke wijze het onderscheid tussen de gevolgen in het ontwerp leezorg zouden kunnen verklaard worden vanuit de niet-discriminatieregelgeving. Het inschrijvingsverslag met leezorg III zouden doeltreffende aanpassingen kunnen vereisen die gericht zijn op het mogelijk maken van deelname aan het onderwijs en derhalve belemmeringen in het onderwijs wegnemen, terwijl een inschrijvingsverslag met leezorg IV bovendien intense aanpassingen vereisen die vallen onder alledaagse levensverrichtingen die de betrokkene nodig heeft om ook buiten het onderwijs te kunnen functioneren, waarbij er kan worden vanuit gegaan dat een school voor gewoon onderwijs hier niet kan aan tegemoet komen.

⁹⁷ In die zin ook het advies van 6 februari 2007 van het Raadgevend Comité bij het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (VAPH) over de conceptnota leezorg: "Tegelijk benadrukt het RC dat in artikel 24 van de VN conventie van 13 december 2006 uitdrukkelijk gesteld wordt dat de VN-lidstaten er toe gehouden zijn om full inclusion te realiseren op het vlak van onderwijs. In die optiek verschijnt het leezorgkader als een minimale, en zelfs onvolledige invulling van dit ingebouwde recht. De Vlaamse overheid dient er zich van bewust te zijn dat na de ratificatie van dit verdrag door België deze conventie afdwingbaar wordt. De nodige ondersteuning bieden om inclusief onderwijs in Vlaanderen mogelijk te maken is dus niet enkel een zaak van goodwill maar is in de eerste plaats een vorm van goed en vooruitdenkend bestuur."

aanpassingen. Daarnaast zal de GON en ION regelgeving moeten bijgewerkt worden.

Door dergelijke regeling, zal de Commissie Leerlingenrechten in het geval van leerlingen met een inschrijvingsverslag of leezorgverslag voortaan rekening houden met pedagogische overwegingen, zijnde het voldoen van geschiktheidseisen (wezenlijke vereisten) voor de opleiding. De toetsingsbevoegdheid in dit geval betreft enkel het toetsen van doeltreffende aanpassingen gericht op aanpassingen die deelname aan het onderwijs mogelijk maken en betreft niet het toetsen van aanpassingen die vallen onder aanpassingen voor alledaagse levensverrichtingen zoals hulp bij de toiletgang en het verwijderen van slijm uit mond en luchtwegen als zijnde hulp die de betrokkenen nodig hebben om te kunnen functioneren omdat dit kan geacht worden een te grote organisatorische impact te hebben op het schoolgebeuren en mogelijk een impact heeft op de veiligheid voor en het onderwijs van andere leerlingen.

4.d. De juridisdictionele bescherming van niet-discriminatie in Vlaanderen

In Vlaanderen vallen inbreuken op het recht op onderwijs onder de bevoegdheid van de gewone rechtbanken. Van bijzonder belang hierbij is het gelijkebehandelingsdecreet van 2008. Overeenkomstig art. 28, §1 van het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 kan het slachtoffer van discriminatie schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Art. 28, §2, 2^o gelijkebehandelingsdecreet van 2008 bepaalt het forfaitaire bedrag van de morele schade geleden ten gevolge van een feit van discriminatie op 650,00 EUR. Overeenkomstig art. 29, §1, eerste lid gelijkebehandelingsdecreet van 2008, kan o.a. op verzoek van de persoon die meent het slachtoffer te zijn van discriminatie, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg het bestaan vaststellen van een zelfs onder het strafrecht vallende daad waardoor de bepalingen van dit decreet worden overtreden en beveelt hij de staking ervan. Voor het instellen van de stakingsvordering moet geen schade of gevaar van schade worden bewezen, het volstaat een overtreding van het discriminatieverbod aan te tonen.⁹⁸ Op verzoek van o.a., het slachtoffer kan de rechter degene die de discriminatie heeft gepleegd, veroordelen tot de betaling van een dwangsom als aan die discriminatie geen einde is gemaakt. De rechter doet uitspraak overeenkomstig art. 1385bis tot en met 1385nonies Ger.Wb..

Van een discretionaire bevoegdheid van de overheid kan, gelet op het discriminatieverbod,

⁹⁸ vgl. P. Taelman, *o.c.*, *NjW*, 2004. p. 507, nr. 3

geen sprake zijn. Een beoordelingsvrijheid op het gebied van het treffen van redelijke aanpassingen is slechts denkbaar binnen de grenzen van de eerbiediging van het discriminatieverbod. Overeenkomstig art. 29 komt het aan de Voorzitter, zetelend zoals in kort geding, toe te beoordelen of een persoon het slachtoffer is van discriminatie, wat in deze zaken erop neerkomt te beoordelen of aan een persoon met een handicap redelijke aanpassingen worden geweigerd.

Tegen de individuele bestuursbeslissing, kan een objectief beroep bij de Raad van State worden ingesteld. Het objectief beroep bij de Raad van State belet niet de uitoefening van een vordering tot staking die strekt tot de erkenning en eerbiediging van een subjectief recht op redelijke aanpassingen.⁹⁹

5. DE INDIVIDUELE RECHTEN WAARAAN HET VN-VERDRAG INZAKE RECHTEN VAN PERSONEN MET EEN HANDICAP PRIORITEIT GEEFT EN HET RECHT OP INCLUSIEF ONDERWIJS

5.a. Recht op inclusief onderwijs versus recht op niet discriminatie (recht om ingeschreven te worden in het gewoon onderwijs)

Het VN-Verdrag erkent het recht op onderwijs van personen met een handicap. Staten waarborgen bovendien een systeem van inclusief onderwijs zonder discriminatie.¹⁰⁰ In Vlaanderen is gelijkebehandelingsdecreet van 10 juli 2008 de vertaling van dit principe, door discriminatie te verbieden onder meer voor de toegang tot het gewoon onderwijs.

Het is door beroep te doen op het weigeren van redelijke doelmatige aanpassingen, wat wordt gelijkgesteld aan discriminatie, dat een leerling met een handicap de toegang tot het gewoon onderwijs kan afdwingen.

5.b. Bewijslast

⁹⁹ Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zetelend zoals in kort geding, 15 juli 2009, AR 09/1122/A

¹⁰⁰ Voor een kritiek op België, geformuleerd door de Commissie voor Kinderrechten, zie: Belgium, CRC, CRC/C/118 (2002) 29 at paras. 109 and 110.

109. The Committee welcomes the Decree of March 2000 expanding the mandate of the Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism to include all forms of discrimination, including grounds of (...) disability. The Committee is concerned at (...) the disparities in the enjoyment of economic and social rights, particularly health and education, experienced by (...) disabled children.

It recommends:

(d) Review existing policies and practice in relation to children with disabilities, including draft legislation, with due regard to the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities (General Assembly resolution 48/96) and to the Committee's recommendations adopted at its day of general discussion on children with disabilities (See CRC/C/69).

In geval van discriminatie geldt op grond van artikel 35 en 36 van het gelijkebehandelingsdecreet een afwijkende bewijslastverdeling. Art. 36, §1, bepaalt wat betreft het bewijs van discriminatie: ‘§1. Als een persoon (...) in een burgerrechtelijke procedure voor een bevoegd gerecht de schending inroept van dit decreet en feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder’. Wat betreft de toepassing van deze verschuiving van de bewijslast, kan worden verwezen naar het advies van de Raad van State over de soortgelijke bepaling in de federale antidiscriminatiewet (wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1983 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, art. 19, §3) volgens hetwelk *“de vermoedens die deze omkering van de bewijslast mogelijk maken, niet gewichtig, precies en met elkaar overeenstemmend behoeven te zijn - aangezien dan de algemene regel zou gelden - maar (ten minste) relevant genoeg en degelijk moeten zijn (à tout le moins suffisamment pertinentes et solides)”*.¹⁰¹

Voor de discriminatiegronden moet degene die meent dat er jegens hem onderscheid is gemaakt, feiten aanvoeren die onderscheid kunnen doen vermoeden. Wanneer de verzoekende partij daarin slaagt, is het aan de verwerende partij om te bewijzen dat er niet in strijd met het gelijkebehandelingsdecreet is gehandeld. Dit betekent dat indien bijvoorbeeld een leerling met een handicap stelt dat er door het bevoegd gezag jegens hem onderscheid wordt gemaakt, hij deze stelling met feiten dient te onderbouwen.

Wanneer deze feiten (afzonderlijk of in samenhang gezien) objectief gezien een vermoeden van onderscheid opleveren, dienen de schoolautoriteiten, en mogelijks het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, te bewijzen dat zij niet in strijd met het gelijkebehandelingsdecreet hebben gehandeld.

5.c. Juridisch kader voor gelijke behandeling bij de toegang tot het onderwijs

Het gelijkheidsbeginsel wordt in artikel 11 van de Grondwet op de volgende wijze verwoord: ‘Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden.’ Het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 verbiedt discriminatie onder meer in het onderwijs. Het verbiedt het maken van onderscheid op grond van verschillende persoonsgebonden kenmerken waaronder handicap. Het gelijkheidsbeginsel wil ervoor zorgen dat leerlingen ondanks de verschillen die tussen hen bestaan, gelijk worden behandeld. Het uitgangspunt is dat leerlingen gelijkwaardig zijn, gegeven hun verschillen. Dat houdt dus

¹⁰¹ *Parl. St. Kamer*, 2001-02, nr. 1578/2, p. 9

een waardering voor verschil in. Leerlingen hebben al dan niet een lichamelijke of mentale of psychologische handicap. Het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie moeten ervoor zorgen dat leerlingen kunnen participeren in het onderwijs zonder dat ze vanwege hun verschillen worden benadeeld en uitgesloten.

Het gelijkebehandelingsdecreet beoogt voor eenieder zonder onderscheid de toegang tot en het genot van onderwijs. Het stelt op de genoemde terreinen een uitdrukkelijke grens aan de handelingsvrijheid en de contractvrijheid van instellingen en onderwijsinstellingen.

Er is sprake van direct onderscheid wanneer rechtstreeks wordt verwezen naar handicap. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een leerling die wordt gediscrimineerd in de klas omdat hij een handicap heeft. Direct onderscheid kan niet worden gerechtvaardigd en is wettelijk verboden, tenzij een specifiek in de wet genoemde uitzondering van toepassing is.

Onder indirect onderscheid verstaat de wet onderscheid op grond van een neutraal criterium, voorschrift of handelen dat personen bijzonder treft in verband met een of meer in de wet genoemde gronden. Bijvoorbeeld: een onderwijsinstelling kan een lokaalregeling neutraal formuleren, terwijl die regeling – onder omstandigheden - leerlingen met een mobiliteitshandicap in het bijzonder treft. Een leerling in een rolstoel verplicht de school rekening te houden met de verdeling van de lokalen of eventueel over te gaan tot bouwkundige aanpassingen.

Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging, wordt nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is (subsidiariteit), en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit). Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het indirecte onderscheid geen strijd op met het gelijkebehandelingsdecreet.

Het maken van direct en indirect onderscheid is verboden op grond van in de wet opgenomen gronden waaronder handicap. Het is de verantwoordelijkheid van de leerling met een handicap kenbaar te maken dat er behoefte bestaat aan een aanpassing en welke aanpassing in de concrete situatie is gewenst. Een onderwijsinstelling heeft op basis van het decreet niet de verplichting bij voorbaat met allerlei handicaps rekening te houden. Wel dient zij, door

middel van beleid, rekening te houden met verzoeken om doeltreffende aanpassingen.

5.c.1. Voldoen aan de geschiktheidseisen (wezenlijke vereisten) voor de opleiding

Vooreerst wordt onderzocht of een leerling met een handicap, net zoals dit geldt voor alle andere leerlingen, aan de wezenlijke vereisten voor de opleiding die hij gaat volgen, kan voldoen.

Hier zou een discussie kunnen ontstaan doordat de bekwaamheidsvereiste niet expliciet werd opgenomen in de regelgeving. De Commissie Leerlingenrechten is dan ook zeer voorzichtig wanneer de bekwaamheid van een leerling in vraag wordt gesteld, als grond voor de plaatsing in het buitengewoon onderwijs.

Het volgende concreet geval heeft zich voorgedaan.¹⁰² De school verwees een leerling door naar type 1. Het Lokaal Overlegplatform bemiddelde en probeerde de ouders te overtuigen van een inschrijving in het buitengewoon secundair onderwijs. De doorverwijzing was gemotiveerd op grond van het advies van het CLB (Centrum voor Leerlingenbegeleiding) en de beslissing van de klassenraad op basis van de bij de leerling afgenomen testen en de zwakke schoolprestaties van bij het begin van het schooljaar en de overweging dat schoollopen in het buitengewoon secundair onderwijs meer in het belang is van de leerling. De ouders aanvaardden de doorverwijzing niet. De leerling wenste evenmin te worden doorverwezen naar het buitengewoon secundair onderwijs. Een attest van het CLB, waarbij een leerling naar type-1 van het buitengewoon secundair onderwijs wordt georiënteerd, heeft geen bindend karakter en de ouders kunnen in afwijking van dit attest een inschrijving van hun kind in 1B van het gewoon secundair onderwijs vragen.

Het is evenwel onduidelijk wat de verhouding is tussen de vereisten om te kunnen voldoen aan de wezenlijke vereisten voor het volgen van de opleiding, en de bijzondere inspanningen die van de school mogen verwacht worden binnen het draagkracht criterium. Uit het GOK-decreet zou men kunnen afleiden dat dit de specifieke noden van een leerling zijn inzake onderwijs, therapie en verzorging. De Commissie Leerlingenrechten besloot dat de doorverwijzing ongegrond was op grond van onder meer de overweging dat de leerling tijdens het vorig schooljaar in dezelfde onderwijsinstelling haar studies in de onthaalklas van het gewoon secundair onderwijs heeft volbracht en het gedrag en de houding van de leerling niet als problematisch worden omschreven en de doorverwijzing in hoofdzaak op de niet-

¹⁰² Commissie inzake Leerlingenrechten, Beslissing Nr. 2003/39, 17 oktober 2003.

behaalde leerwinst in de doorverwijzende school en op vermoedelijk betere schoolresultaten in het BUSO is gesteund.

Via het ontwerp van leerzorg voert de decreetgever feitelijk pedagogische criteria in waarmee rekening moet worden gehouden bij de draagkrachtafweging. Voor de problemen die dit kan mee brengen tegen de achtergrond van het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 wordt verwezen naar wat hierboven gezegd werd.

In Nederland heeft de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) meermaals onderstreept dat een leerling met een handicap, net zoals de andere leerlingen, moet voldoen aan de vereiste wezenlijke kenmerken voor de opleiding. Het verbod om onderscheid te maken, neemt niet weg dat een leerling wel geschikt dient te zijn voor de opleiding die hij gaat volgen.

Een school is niet verplicht een leerling toe te laten indien de betrokkene de bekwaamheid mist, onverlet de op de school rustende verplichting tot het verrichten van doeltreffende aanpassingen, in welk geval de betrokkene wel geschikt moet worden geacht de opleiding te volgen, zij het onder aangepaste omstandigheden. Het gaat er hierbij om dat de leerling beschikt over bepaalde vaardigheden of diploma's die nodig zijn om tot een opleiding te kunnen worden toegelaten. Het dient wel te gaan om wezenlijke opleidingsvereisten.

Indien een persoon met een handicap vanwege beperkingen voortvloeiend uit de handicap niet geschikt is voor een opleiding, kan een doeltreffende aanpassing (nog) uitkomst bieden. Wanneer echter redelijkerwijs geen doeltreffende aanpassing mogelijk is die bepaalde beperkingen kan opheffen, dan wordt er bij het niet toelaten van een leerling niet in strijd met de wet gehandeld.

In een zaak van een dyslectische student oordeelde de CGB dat een hogeschool in redelijkheid tot het standpunt had kunnen komen dat hij niet geschikt was voor de studie omdat zijn studieresultaten onvoldoende waren ondanks de extra tentamentijd, het vergrote lettertype en de intensieve begeleiding waar de student gebruik van had kunnen maken.¹⁰³

Wanneer het bevoegd gezag van een onderwijsinstelling een beroep doet op de ongeschiktheid van een leerling met een handicap wordt verwacht dat de onderwijsinstelling heeft onderzocht of een doeltreffende aanpassing uitkomst kan bieden. Het enkel een beroep doen op de ongeschiktheid van een leerling met een handicap is niet voldoende. Om te beoordelen of een persoon geschikt is, is in eerste instantie het oordeel van de betrokkene zelf van belang. Daarnaast kan advies van een medisch deskundige en het inschrijvingsverslag een rol spelen.

Ook wanneer een onderwijsinstelling verwacht dat een leerling met een handicap mogelijk

¹⁰³ CGB 11 mei 2006, oordeel 2006-90

niet (of minder) geaccepteerd zal worden vanwege zijn handicap, mag dit geen reden zijn om een persoon om die reden af te wijzen. Een onderwijsinstelling mag dan ook in haar handelen niet anticiperen op mogelijke vooroordelen jegens leerlingen met een handicap maar dient deze juist te bestrijden.¹⁰⁴

Dat een onderwijsinstelling zich niet mag laten leiden door vooronderstellingen, blijkt ook uit oordeel 2004-94.¹⁰⁵ Deze zaak had betrekking op een licht autistische student die niet kon deelnemen aan een toelatingsprocedure voor een mbo-opleiding omdat zijn slaagkans erg laag werd ingeschat. Deze inschatting had buiten de reguliere procedures om plaatsgevonden. De opleiding had zich hierbij laten leiden door vooronderstellingen met betrekking tot de beperkingen van de student zonder deze te verifiëren door informatie in te winnen bij de student of deze anderszins te objectiveren.

5.c.2. Onderzoek naar de vereiste doeltreffende aanpassingen in een individuele casus

Wanneer een leerling als gevolg van zijn handicap ernstig beperkt is voor het volgen van onderwijs in een bepaalde school, kan een doeltreffende aanpassing mogelijk uitkomst bieden. De onderwijsinstelling dient, binnen redelijke grenzen, een ernstig onderzoek naar de geschiktheid en mogelijkheid van een doeltreffende aanpassing uit te voeren. Een aanpassing is doeltreffend als deze belemmeringen van welke aard dan ook kan wegnemen en de zelfstandigheid en volwaardige deelname en integratie van de leerling met een handicap kan bevorderen. Een aanpassing is noodzakelijk als niet met een andere, mogelijk minder kostbare, aanpassing hetzelfde doel kan worden bereikt. De verplichting tot het verrichten van een doeltreffende aanpassing heeft betrekking op een concrete individuele situatie. Kan een doeltreffende aanpassing de ongeschiktheid niet opheffen, dan maakt een onderwijsinstelling geen onderscheid als de leerling wordt afgewezen.

Onder doeltreffende aanpassing waartoe onderwijstellingen kunnen worden verplicht door het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 op grond van handicap, gaat het niet alleen om aanpassingen ten aanzien van fysieke toegankelijkheid maar ook over het krijgen van voldoende begeleiding en positieve beeldvorming onder lesgevend personeel over leerlingen met een handicap.

5.c.3. Onderzoek of de doeltreffende aanpassing onevenredig is – de zogenaamde draagkracht

¹⁰⁴ Zo handelde een onderwijsinstelling in strijd met de Nederlandse regelgeving door een gehandicapte met hydrocefalie (ook wel 'waterhoofd' genoemd) af te wijzen als conciërge omdat de opleiding verwachtte dat hij zou worden gepest (CGB 5 november 2004, oordeel 2004-146).

¹⁰⁵ CGB 20 juli 2004, in dezelfde zin CGB 12 februari 2007, oordeel 2007-25

in het GOK-decreet¹⁰⁶

Als vaststaat dat er een doeltreffende aanpassing mogelijk is, dient te worden bekeken of de aanpassing een onevenredig zware belasting vormt voor de onderwijsinstelling. Dit zal per concrete situatie moeten worden beoordeeld.

Wanneer de onderwijsinstelling geen aanpassing heeft willen verrichten, terwijl deze wel doeltreffend is en niet onevenredig belastend, dan maakt de onderwijsinstelling verboden onderscheid op grond van handicap.

De voorbereidende werken van het GOK-decreet bepalen: ‘Leerlingen met bijzondere onderwijsbehoeften hebben weliswaar een principieel recht op toegang tot het gewoon onderwijs, maar het is evident dat de grenzen van de zorgbrede werking van de school daarbij niet mogen worden overschreden. De draagkracht van de school wordt beoordeeld door de inrichtende macht, die daarbij rekening houdt met de beschikbare ondersteunende maatregelen (...). De inrichtende macht wint tevens het advies van het centrum voor leerlingenbegeleiding in. Het moet duidelijk zijn dat deze nuancering niet tot gevolg kan hebben dat de toegang in het kader van het geïntegreerd onderwijs wordt bemoeilijkt. De noodzaak van een zorgvuldig *intake*-gesprek moet in dit geval duidelijk onderschreven worden. Redelijkerwijs kan de inrichtende macht de doorverwijzingsgrond slechts invoeren indien zij de ouders voorafgaand aan de inschrijving haar standpunt heeft bekendgemaakt.’¹⁰⁷

De terminologie die in het GOK-decreet wordt gebruikt, in het bijzonder wat betreft ‘draagkracht’ van de school, verschilt van de terminologie die in het latere gelijkebehandelingsdecreet van 2008 wordt gebruikt, waar vooral de begrippen onevenredige belasting voor het aanbrengen van redelijke aanpassingen wordt gebruikt. Het zou aangewezen kunnen zijn de terminologie van het VN-Verdrag en van het decreet van 10 juli 2008 over te nemen in het GOK-decreet zodat er eenzelfde invulling wordt gegeven aan de begrippen in beide decreten.

¹⁰⁶ Het Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, 24 May-4 June 2004, 2 (b) heeft ter illustratie een aantal mogelijke redelijke aanpassingen besproken: [The — EU] [provision of [required — Thailand] (needed — Thailand) support, including the specialized training of teachers, (instructors — Costa Rica) [school counsellors and psychologists — Lebanon] — EU] (other educational staff as needed — Lebanon) (sociologists — Yemen) (appropriate support including specialized training for teachers and other staff — EU), an accessible curriculum, an accessible teaching medium (materials — Costa Rica, Mexico) and technologies, (appropriate assistive devices — Mexico) alternative and augmentative communication modes, alternative learning strategies, an accessible physical environment, (long distance education — Serbia and Montenegro) or other reasonable accommodations to ensure the full participation of [students — Mexico] (persons — Mexico) with disabilities; (Accessibility of the school system to persons with disabilities whose children study in the school, on an equal footing, with other parents. Appropriate representations for teachers with disabilities in the school system, including by way of prevention of discrimination on the basis of disability in recruitment and throughout the course of employment and making reasonable accommodations in recruitment and throughout the course of employment. — Israel)

¹⁰⁷ Vlaams Parlement, ontwerp van decreet betreffende gelijke onderwijskansen-I, 1143 (2001-2002) nr. 1, Zitting 2001-2002, 29 maart 2002.

- Verplichtingen voor de school

Een school kan een leerling tijdens een *intake*-gesprek oriënteren naar een andere school, studierichting, onderwijsvorm aan de hand van objectieve informatie. Deze oriëntering is niet bindend. De leerling behoudt het recht op inschrijving in de gewone school. De leerling wordt ingeschreven, maar de school – na de inschrijving – kan een beroep doen op het bevoegde lokaal overlegplatform om een andere school te vinden voor de leerling omdat de inrichtende macht van een school voor gewoon onderwijs oordeelt dat de draagkracht van de school onvoldoende is om een leerling optimaal te ondersteunen.

Maar de school mag zich niet beperken tot een intake-gesprek. De school is verplicht elke individuele aanvraag te onderzoeken en de middelen die beschikbaar zijn ter ondersteuning ook effectief aan te vragen. In de huidige GON-regulering rust er geen dergelijke verplichting op de school, maar deze vloeit voort uit het gelijkebehandelingsdecreet van 2008.

Het volgende concrete geval heeft zich voorgedaan.¹⁰⁸ In de hierboven reeds aangehaalde Beslissing Nr. 2003/39 van 17 oktober 2003 van de Commissie inzake Leerlingenrechten nam de Commissie ondermeer aanstoot aan het feit dat er reeds twee leerlingen zijn die met GON-maatregelen onderwijs volgen in de school, maar dat de school geen bijkomende middelen aangevraagd had. Daarbij rust op de school de verplichting om alle voor de school beschikbare middelen die de school in staat zouden kunnen stellen om tegemoet te komen aan de specifieke noden van dergelijke kinderen (zoals het aanvragen van bijkomende financiering voor de ondersteuning van een dergelijk kind), uit te putten alvorens zich te beroepen op onvoldoende draagkracht.¹⁰⁹ In de voorliggende casus verwijst de commissie naar ‘twee leerlingen die met GON-maatregelen onderwijs volgen in de school’. Het feit dat de school geen bijkomende GON-maatregelen heeft aangevraagd, wordt tegen de school gebruikt. Men kan zich evenwel afvragen waarom de Commissie in deze concrete casus zich meent te kunnen beroepen op het argument van GON-maatregelen gezien het een leerling betreft die wordt doorverwezen naar type-1. Dit doet dan weer de vraag rijzen waarom *ab initio* geen ondersteuning zou kunnen verkregen worden voor kinderen van type 1 enkel en alleen op grond van dit enkele feit. Het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 verplicht immers tot een beoordeling per individuele casus.

Het verbod van discriminatie omvat mede de plicht tot het verrichten van doeltreffende

¹⁰⁸ Commissie inzake Leerlingenrechten, Beslissing Nr. 2003/39, 17 oktober 2003.

¹⁰⁹ Dit stemt overeen met de voorbereidende werken. Vlaams Parlement, ontwerp van decreet betreffende gelijke onderwijskansen-I, 1143 (2001-2002) nr. 1, Zitting 2001-2002, 29 maart 2002.

aanpassingen, tenzij deze een onevenredige belasting vormen voor de onderwijsinstelling en alle beschikbare middelen daartoe werden aangevraagd.

De verplichting tot het verrichten van een doeltreffende aanpassing is geen algemene verplichting maar heeft betrekking op een concrete individuele situatie. Het feit dat deze verplichting geldt voor aanpassingen in concrete situaties neemt niet weg dat het voor onderwijsinstellingen aangewezen kan zijn om voor leerlingen met inschrijvingsverslagen, hetgeen immers regelmatig voorkomt, een aantal standaardvoorzieningen te hebben. Er moet echter wel ruimte zijn om, in gevallen waarin de standaardaanpassingen niet geschikt zijn of niet voldoende, op verzoek van de leerling (met of zonder een inschrijvingsverslag) na te gaan of extra aanpassingen mogelijk zijn. Het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 maakt immers geen uitzondering op deze plicht van de school voor leerlingen met een inschrijvingsverslag.

- Verplichtingen voor de leerling

De leerling die een aanpassing nodig heeft, moet aan de onderwijsinstelling kenbaar maken dat er behoefte bestaat aan een aanpassing en welke aanpassing in de concrete situatie is gewenst. Het is de verantwoordelijkheid van de leerling met een handicap om de behoefte aan een aanpassing tijdig ter sprake te brengen. Wanneer een leerling met een handicap aan de onderwijsinstelling niet aangeeft welke aanpassing nodig is, kan van de onderwijsinstelling niet worden verwacht dat er aanpassingen worden verricht.¹¹⁰

Een aanpassing dient doeltreffend te zijn. De Memorie van toelichting bij artikel 18 van het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 bepaalt de doeltreffendheid van een maatregel aan de hand van een aantal indicatoren wat betreft de participatie van een persoon met een handicap: ‘Volgende overwegingen kunnen worden gemaakt bij de beoordeling van de vraag of een concrete maatregel als een ‘aanpassing’ in de zin van het decreet kan gekwalificeerd worden: Is de maatregel in kwestie doeltreffend, zodat de persoon met een handicap daadwerkelijk kan participeren? Maakt de maatregel een evenwaardige participatie van de persoon met een handicap mogelijk? Zorgt de maatregel ervoor dat de persoon met een handicap zelfstandig kan participeren? Waarborgt de maatregel de veiligheid van de persoon met een handicap? Het weigeren van een welbepaalde redelijke aanpassing kan evenwel niet gemotiveerd worden met de verwijzing naar een slechts gedeeltelijke realisatie op het vlak van de evenwaardige of autonome participatie.’

¹¹⁰ Bijvoorbeeld: Ook het achteraf klagen over de ontoegankelijkheid van de school in verband met het gebruik van een rolstoel was voor de Commissie reden om tot geen onderscheid te concluderen omdat de school niet meer in de gelegenheid was om aanpassingen te verrichten. CGB 12 maart 2007, oordeel 2007-37

Artikel 18 van het gelijkebehandelingsdecreet bepaalt dat een aanpassing een concrete maatregel is, van materiële of immateriële aard, die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap neutraliseert. Als een redelijke aanpassing wordt beschouwd, de aanpassing die geen onevenredige belasting betekent, of waarvan de belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen.¹¹¹ Artikel 19 van het gelijkebehandelingsdecreet stelt dat het decreet het toepassingsgebied van het onderhavige decreet slechts in algemene termen omschrijft en dat zoveel mogelijk aansluiting gezocht werd bij de terminologie die gehanteerd wordt in de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling.

Een gelijkaardige terminologie vinden wij terug in de uitspraken van de Commissie Gelijke Behandeling in Nederland. Een aanpassing moet geschikt en noodzakelijk zijn om de leerling met een handicap daadwerkelijk te laten deelnemen aan het onderwijs. Een aanpassing is geschikt als deze belemmeringen van welke aard dan ook kan wegnemen en de zelfstandigheid en volwaardige participatie en integratie van de leerling met een handicap kan bevorderen. Een aanpassing is noodzakelijk als niet met een andere (mogelijk minder kostbare) voorziening hetzelfde doel kan worden bereikt.¹¹²

Bij de beoordeling welke aanpassing in een concreet geval doeltreffend is, zal medisch advies en het inschrijvingsverslag een rol kunnen spelen, waarbij met het oordeel van de leerling met een handicap en diens ouders wordt rekening gehouden.

Het begrip doeltreffende aanpassing is gericht op aanpassingen die deelname aan het onderwijs mogelijk maken en derhalve belemmeringen wegnemen.¹¹³ Naar analogie met Nederland, kan gesteld worden dat aanpassingen die vallen onder alledaagse levensverrichtingen hier niet onder vallen, zoals hulp bij de toiletgang en het verwijderen van slijm uit mond en luchtwegen. Immers, ook buiten het onderwijs hebben de betrokkenen deze hulp nodig om te kunnen functioneren.¹¹⁴

- Verplichtingen voor de Vlaamse overheid¹¹⁵

¹¹¹ Artikel 19 van het gelijkebehandelingsdecreet stelt dat het decreet het toepassingsgebied van het onderhavige decreet slechts in algemene termen omschrijft. Daarbij werd zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de terminologie die gehanteerd wordt in de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling. Er wordt dus geen opsomming gegeven van de concrete actuele Vlaamse bevoegdheden, zoals onderwijs, welzijn, ruimtelijke ordening, media, wonen, mobiliteit enzovoort. Op die manier wenst de decreetgever de ruimte te laten voor een ruime interpretatie van zijn bevoegdheden, evenals voor eventuele toekomstige bevoegdheidsuitbreidingen.

¹¹² Bijvoorbeeld: CGB, Oordeel 2005-11 (Universiteit onvoldoende toegankelijk voor gehandicapte student), CGB, Oordeel 2005-14, (Opleidingsinstituut reageert afwijzend/zeer terughoudend op slechthorende student).

¹¹³ CGB 29 juni 2006, oordeel 2006-132

¹¹⁴ CGB 6 april 2006, oordeel 2006-59 en 2006-60

¹¹⁵ Deze liggen vervat wat betreft onderwijs in General Comment 13 on the right to education (Art. 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) *Right to Education* Scope and Implementation

(1) Lerarenopleiding

In Vlaanderen wordt lesbevoegdheid voor kinderen met een handicap (die onderwijs volgen in het buitengewoon onderwijs) verleend op basis van een diploma "voortgezette lerarenopleiding," na het volgen van de initiële opleiding.¹¹⁶ Evenwel is in het bijzonder de opleiding van de leraar noodzakelijk om personen met een handicap toe te laten om de voordelen van het gewoon onderwijssysteem te genieten.

Een aantal internationale verdragen beklemtonen het belang hiervan.

De *Salamanca Statement* beveelt staten aan ervoor te zorgen dat leraars worden (bij)geschoold in het onderricht aan personen met een handicap in gewone scholen. De *Sundberg Declaration* (artikel 9) bepaalt dat opvoeders gekwalificeerd moeten zijn om aan de behoeften van personen met een handicap tegemoet te komen. "*Their training must, consequently, take account of this requirement and be regularly brought up to date.*" Een gelijkaardige bepaling ligt vervat in de *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities* (Regel 6 (6) (c)). Ook de *Tallinn Guidelines for Action on Human Resources Development in the Field of Disability* bepalen in paragraaf 29 dat het algemeen curriculum voor lerarenopleiding moet voorzien in een cursus vaardigheden voor het onderwijs van personen met een handicap in regelmatige scholen. Leraren zouden tijdens hun opleiding moeten geschoold worden over handicaps om de noodzakelijke kennis en de vaardigheden op te doen. Hieronder wordt begrepen, de inschatting van de specifieke behoefte, het aanpassen van de leerinhoud, het gebruik van hulptechnologie, het individualiseren van het onderwijsproces, enz.

Instellingen voor hoger onderwijs vervullen een belangrijke rol in lerarenopleidingen en het opstellen van trainingsprogramma's en materialen voor schooldirecties om op dit gebied leiding te verstrekken en minder ervaren onderwijspersoneel te steunen en op te leiden. Samenwerking tussen leraren, specialisten en ouders is aangewezen. Zo kan het belangrijk zijn in het onderwijzend personeel, ook personen met een handicap aan te werven die personen met een handicap kunnen onderrichten (artikel 24 punt 4 'Teneinde te helpen waarborgen dat dit recht verwezenlijkt kan worden, nemen de Staten die Partij zijn passende maatregelen om leerkrachten aan te stellen, met inbegrip van leerkrachten met een handicap...').¹¹⁷ Zo vermeldt het Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral

¹¹⁶ Zie Decreet van 16 april 1996 op de lerarenopleiding en nascholing, Hogeschooldecreet van 1994, Besluit VI.Reg. van 22 juni 1999 mbt voortgezette lerarenopleiding.

¹¹⁷ Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, 24 May-4 June 2004. Tijdens deze zitting werd uitdrukkelijk melding gemaakt van de rol die onderwijzend personeel met een handicap zou kunnen vervullen: 'The Ad Hoc Committee may wish to consider whether this draft article should also include the employment of teachers with disabilities in the general education system (...) the removal of legislative barriers to persons with disabilities becoming teachers, and raising awareness among teachers of the needs of children with disabilities.'

International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities van 24 May-4 June 2004, onder 2 (b): ‘Appropriate representations for teachers with disabilities in the school system, including by way of prevention of discrimination on the basis of disability in recruitment and throughout the course of employment and making reasonable accommodations in recruitment and throughout the course of employment.(...)’

(2) Procedure voor het aanvragen van geïntegreerd onderwijs

‘Het geïntegreerd basisonderwijs is een samenwerking tussen het gewoon basisonderwijs en het buitengewoon onderwijs. Het is bedoeld om leerlingen met een handicap en/of leer- en opvoedingsmoeilijkheden tijdelijk of permanent, gedeeltelijk of volledig de lessen of activiteiten te laten volgen in een school voor gewoon basisonderwijs met hulp vanuit een school voor buitengewoon onderwijs die daartoe aanvullende lestijden en/of aanvullende uren krijgt en via het werkingsbudget een integratietoelage of -krediet krijgt. De integratie is permanent wanneer de leerling ten minste vanaf de laatste schooldag van september van het lopende schooljaar tot het einde van dat schooljaar de lessen en activiteiten in het gewoon basisonderwijs volgt. Wanneer deze periode korter is, is de integratie tijdelijk. Wanneer de geïntegreerde leerling alle lessen of activiteiten in het gewoon basisonderwijs volgt is de integratie volledig. Bij gedeeltelijke integratie volgt de leerling minstens twee halve dagen per week gewoon basisonderwijs’.¹¹⁸ Naast de algemene toelatingsvoorwaarden voor het basisonderwijs, is voor een eerste toelating van een leerling in het geïntegreerd onderwijs nog het volgende vereist:¹¹⁹

1° een attest geïntegreerd onderwijs waaruit blijkt welk type gevolgd is door de betrokken leerling of welk type in principe aangewezen is;

2° een integratieplan voor de betrokken leerling. Dit is een plan ten behoeve van de voorbereiding en de evaluatie van de integratie van een leerling met een handicap in het gewoon onderwijs. Het integratieplan bevat de bondige omschrijving van de handicap(s) en de hulpvraag, zowel pedagogisch als didactisch, die uit de handicap(s) voortvloeit, de beschrijving van de aard, de wijze, de omvang en de plaats van de integratie en van de hulp vanuit het buitengewoon onderwijs;

3° indien het attest geïntegreerd onderwijs naar de types 1, 3 of 8 oriënteert, moet de leerling in het betreffende type ten minste negen maanden voltijds buitengewoon onderwijs gevolgd hebben onmiddellijk voorafgaand aan de integratie in het gewoon onderwijs.

Voor Vlaanderen moet worden onderzocht in welke mate het aanwerven van leerkrachten met een handicap problemen kan stellen ivm de medische aanwervingsvoorwaarden die statutair bepaald zijn.

¹¹⁸ Art. 11 Decreet basisonderwijs, 25 februari 1997, B.S.17/04/1997, ingevoerd bij Decr.14-7-1998.

¹¹⁹ Voor de algemene toelatingsvoorwaarden voor het basisonderwijs, zie Art. 12, Art. 13 Decreet basisonderwijs, 25 februari 1997, B.S.17/04/1997. Bijkomende toelatingsvoorwaarden voor het geïntegreerd basisonderwijs liggen vervat in Art. 16 Decreet basisonderwijs, 25 februari 1997, B.S.17/04/1997.

§ 2. Het attest geïntegreerd onderwijs en elke verlenging van een inschrijving in het geïntegreerd onderwijs wordt afgeleverd door de directeur van een CLB. Op het attest worden de aard van de integratie en de aard en de ernst van de handicap van de geïntegreerde leerling vermeld.¹²⁰

§ 3. Het integratieplan komt bij consensus tot stand na gemeenschappelijk overleg tussen de leerling en/of zijn ouders, de directeurs van de betrokken scholen voor gewoon en buitengewoon basisonderwijs, een vertegenwoordiger van de leerkrachten en de directeurs van de begeleidende PMS-centra van de beide scholen. Bij iedere verlenging van de integratie wordt een nieuw integratieplan opgemaakt.

§ 4. De regering bepaalt de vorm van het attest en van het integratieplan. Bij wijze van proef, met het doel de socialisatie en de opleiding te bevorderen of om de mogelijkheid te bieden een studie- of kwalificatiegetuigschrift van het gewoon onderwijs te behalen, kan de tijdelijke of permanente integratie van een leerling van het buitengewoon onderwijs in het gewoon onderwijs worden georganiseerd *mits toestemming van de ouders* en in overleg met *het inrichtingshoofd van het gewoon onderwijs*. Deze integratie moet gebeuren in onderlinge coördinatie met en onder medeverantwoordelijkheid van de directeur van het gewoon onderwijs op gemotiveerd advies van *de klasseraad* bijgestaan door de instelling gelast met *de begeleiding*. De integratie kan georganiseerd worden op het kleuter-, lager en secundair niveau.¹²¹

Er moet worden nagegaan in welke mate de vereisten voor toelating in het gewoon onderwijs de verplichting een onderzoek te doen voor elke individuele aanvraag over de vereiste redelijke aanpassingen niet ondermijnt, alsook de mate waarin administratieve voorschriften een indirecte discriminatie kunnen uitmaken voor toegang tot het gewoon onderwijs. De Memorie van Toelichting van het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 stelt op pagina 8 dat er een alternatieve rechtvaardigingsgrond wordt voorzien voor indirect onderscheid op grond van handicap (dit naar analogie met artikel 2, b, ii, van Richtlijn 2000/78/EG). Slechts indien blijkt dat geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn in een concrete situatie (omdat de aanpassingen onredelijk zouden zijn), kan geen indirecte discriminatie worden vastgesteld. (Voor een analyse van deze problematiek, zie de paragraaf over het gelijkebehandelingsdecreet 2008 supra).

(3) De verplichting van de Vlaamse Overheid om te voorzien in materiële middelen voor redelijke aanpassingen

¹²⁰ Decr.13-7-2001.

¹²¹ Art. 15 van het Koninklijk besluit houdende de omschrijving van de types en de organisatie van het buitengewoon onderwijs en vaststellende de toelatings- en behoudsvoorwaarden in de diverse niveaus van het buitengewoon onderwijs, 28 juni 1978, B.S.29/08/1978

Overeenkomstig art. 15 van het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 wordt voor de toepassing van het decreet onder “discriminatie” onder andere verstaan ‘het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap’ (art. 15, 6°, decreet 10 juli 2008). Deze vorm van discriminatie wordt in art. 19 omschreven als volgt: ‘Er is sprake van het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap als aanpassingen worden geweigerd die geen onevenredige belasting betekenen, of waarvan de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen. Als aanpassing wordt beschouwd, elke concrete maatregel, van materiële of immateriële aard, die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap neutraliseert’.

Art. 20 van het decreet omschrijft het toepassingsgebied van het discriminatieverbod op ruime wijze: ‘Binnen de grenzen van de aan de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest toegewezen bevoegdheden is elke vorm van discriminatie verboden, zowel in de overheidssector, als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties’ en dit met betrekking tot de in art. 20 vermelde gebieden, waaronder onder andere ‘onderwijs’ (art. 20, eerste lid, onder 5°, decreet 10 juli 2008).

Zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van het decreet (*Parl. St.* VI. Parl., 2007-08, nr. 1578/1, p. 11), worden bij de beoordeling van de vraag of een concrete maatregel als een ‘aanpassing’ kan worden beschouwd, de volgende overwegingen gemaakt:

- Is de maatregel in kwestie doeltreffend, zodat de persoon met een handicap daadwerkelijk kan participeren?
- Maakt de maatregel een evenwaardige participatie van de persoon met een handicap mogelijk?
- Zorgt de maatregel ervoor dat de persoon met een handicap zelfstandig kan participeren?
- Waarborgt de maatregel de veiligheid van de persoon met een handicap?

De memorie van toelichting (*Parl. St.* VI. Parl., 2007-08, nr. 1578/1, p. 11) verduidelijkt voorts dat ‘het weigeren van een welbepaalde redelijke aanpassing (...) evenwel niet (kan) gemotiveerd worden met de verwijzing naar een slechts gedeeltelijke realisatie op het vlak van de evenwaardige of autonome participatie’.

De draagwijdte van de verplichting te voorzien in redelijke aanpassingen, wordt op doorslaggevende wijze bepaald door het criterium van de niet onevenredige belasting. In dit verband vermeldt de memorie van toelichting:¹²²

‘De onevenredigheid van de belasting die een aanpassing met zich brengt, kan worden

¹²² Parl. St., VI. Parl., 2007-08, nr. 1578/1, p. 11

beoordeeld in het licht van onder meer volgende indicatoren:

- de financiële impact van de aanpassing, waarbij rekening wordt gehouden met :
 - a) eventuele ondersteunende financiële tegemoetkomingen;Hierbij dient benadrukt te worden dat deze tegemoetkomingen niet bij voorbaat de bovengrens uitmaken van wat redelijkerwijs kan worden vereist inzake redelijke aanpassingen;
- b) de financiële draagkracht van degene op wie de aanpassingsplicht rust;
 - de organisatorische impact van de aanpassing;
 - de te verwachten frequentie en duur van het gebruik van de aanpassing door een of meer personen met een handicap;
 - de impact van de aanpassing op de participatie van (een) daadwerkelijke of potentiële gebruiker(s) met een handicap;
 - de impact van de aanpassing op de veiligheid en gebruiksmogelijkheden voor andere gebruikers;
 - het ontbreken van gelijkwaardige alternatieven;
 - het verzuim van wettelijk of decretaal verplichte normen’.

Gelet op de grote financiële draagkracht van de overheid, wordt in de rechtsleer de stelling verdedigd dat de overheid zich niet zou kunnen beroepen op de onevenredigheid van de belasting.¹²³ De financiële draagkracht is echter slechts één van de elementen om de eventuele onevenredigheid van de belasting vast te stellen. Het criterium van de onevenredigheid van de belasting verwijst ook naar de verhouding tussen het voordeel dat de aanpassing tot stand brengt en de financiële last van de aanpassing. Er kan niet worden geëist dat enorme grote bedragen worden geïnvesteerd om een slechts geringe verbetering in de toestand van de persoon met een handicap te bewerkstelligen

Zoals de memorie van toelichting bevestigt, duidt het gebruik van de criteria “*redelijke aanpassing*” en “*onevenredige belasting*” aan dat de redelijkheid van de aanpassing moet worden beoordeeld in het bijzonder vanuit het oogpunt van de persoon met een handicap (is de aanpassing doeltreffend?) terwijl de onevenredigheid van de belasting de tot aanpassing gehouden persoon vrijstelt van het aanbieden van nochtans redelijke aanpassingen.¹²⁴

Zoals uit art. 20 van het gelijkebehandelingsdecreet van 10 juli 2008 blijkt, geldt het discriminatieverbod ook ten aanzien van de overheid. De toekenning van GON of ION maatregelen is geen discretionaire bevoegdheid van de overheid. De leerling heeft zonder

¹²³ Bijvoorbeeld: *Vande Zande v. State of Wisconsin Department of Administration* (D. Schiek, L. Waddington en M Bell (ed), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, in W. van Gerven (ed.), *Ius Commune casebooks for the Common law of Europe*, Oxford, Hart, 2007, 651)

¹²⁴ vgl. D. Schiek, L. Waddington en M. Bell (ed.), *o.c.*, 669-670.

discriminatie een subjectief recht op maatregelen van ondersteuning.¹²⁵ Van een discretionaire bevoegdheid van de overheid kan, gelet op het discriminatieverbod, geen sprake zijn. Een beoordelingsvrijheid op het gebied van het treffen van redelijke aanpassingen is slechts denkbaar binnen de grenzen van de eerbiediging van het discriminatieverbod.

Overeenkomstig art. 29 komt het aan de Voorzitter, zetelend zoals in kort geding, toe te beoordelen of een persoon het slachtoffer is van discriminatie, wat erop kan neerkomen te beoordelen of aan een persoon met een handicap redelijke aanpassingen worden geweigerd.

Het feit dat er een objectief beroep openstaat bij de Raad van State tegen de individuele bestuursbeslissing waarbij GON of ION ondersteuning wordt vastgesteld, belet niet dat een vordering tot staking die strekt tot de erkenning en eerbiediging van een subjectief recht op redelijke aanpassingen, wordt ingesteld bij de Voorzitter van de rechtbank.

De Voorzitter van de rechtbank kan zich uitspreken over de vraag of de aangeboden aanpassing door de toekenning van GON-uren al dan niet als redelijk kan worden beschouwd.

De leerling moet aannemelijk kunnen maken welke ondersteuning zijn integratie vereist. De toekenning van GON-uren voor elke leerling wordt onder de huidige regeling bij voorbaat beperkt. Bijgevolg zal niet steeds het gevraagde aantal uren worden toegekend. Op de Vlaamse overheid rust de verplichting het aantal beschikbare leraars voor extra ondersteuning in het onderwijs geleidelijk uit te bouwen om te vermijden dat de Vlaamse overheid zich schuldig maakt aan weigering van redelijke aanpassingen.

Door de verschuiving van de bewijslast overeenkomstig art. 36, §1 van het decreet van 10 juli 2008 draagt de Vlaamse Gemeenschap de bewijslast en het bewijsrisico. Dit komt erop neer dat de Vlaamse overheid zal moeten bewijzen dat de financiële last als gevolg van een ruimere GON of ION ondersteuning een (financieel) onevenredige belasting zou inhouden of dat de overheid door gepaste maatregelen niet aan de schaarste kan verhelpen. Slaagt de Vlaamse overheid hier niet in, zal zij het vermoeden dat zij redelijke aanpassingen weigert, niet kunnen weerleggen, en zich bijgevolg schuldig maken aan discriminatie.

Het feit dat de leerlingen met een handicap erin slagen het schooljaar met succes af te ronden, toont nog niet aan dat de bestaande aanpassingen als redelijk kunnen worden beschouwd. Men kan vermoeden dat de leerlingen met een handicap zelf aanzienlijke inspanningen

¹²⁵ Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zetelend zoals in kort geding, 15 juli 2009, AR 09/1122/A

leveren om de lesinhoud aan te leren en dat, met grotere ondersteuning, de integratie van de leerlingen met een handicap beter zou verlopen en de resultaten van die integratie beter zouden zijn.

De Vlaamse overheid zal moeten bewijzen dat zij voldoet aan de criteria die de decreetgever vermeldde voor de beoordeling van de onevenredigheid van de belasting.

Het eerste criterium betreft de vraag of de gevraagde aanpassing een weerslag heeft op de organisatie van de activiteit waarop de aanpassing betrekking heeft (hier het verstrekken van onderwijs),

Ten tweede dient de overheid te voorzien in een gelijke behandeling van personen met een handicap. De loutere vaststelling dat meer personen aanspraak moeten kunnen maken op dezelfde redelijke aanpassing, kan niet leiden tot de vaststelling van onevenredigheid.

Tenslotte kan de memorie van toelichting in herinnering worden gebracht in zover zij verduidelijkt dat het weigeren van een welbepaalde redelijke aanpassing niet kan worden gemotiveerd met de verwijzing naar een slechts gedeeltelijke realisatie op het vlak van evenwaardige of autonome participatie.¹²⁶

(4) De verplichting van de Vlaamse Overheid om te voorzien in een behoorlijke procedure voor het aanvragen van middelen voor redelijke aanpassingen door de leerling en/of de school

De beoordelingsprocedure die dient vast te stellen of een leerling recht heeft op GON, maakt op zich een “aanpassing” uit in de zin van het decreet, namelijk een ‘concrete maatregel, van materiële of immateriële aard, die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap neutraliseert’. De vraag of en in welke mate een leerling nood heeft aan de ondersteuning, kan niet op gestandaardiseerde wijze worden afgehandeld.¹²⁷

Bij de beoordeling van de vraag of redelijke aanpassingen voor een leerling met een handicap worden geweigerd, moet worden rekening gehouden met de wijze waarop de school en de

¹²⁶ *Parl. St.* VI. Parl., 2007-08, nr. 1578/1, p. 11

¹²⁷ zie ook Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling van 9 februari 2005 over de vraag of een onderwijsinstelling “onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door na te laten voor (een student met dyslexie) een doeltreffende aanpassing te verrichten, te weten het leveren van adequate inspanningen gericht op het onderzoeken van de noodzaak tot en de mogelijkheid van een alternatieve toetsvorm”. De Commissie kwam tot de conclusie dat de onderwijsinstelling “niet die inspanningen heeft geleverd die van hem op grond van artikel 2 (van de wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte van 22 mei 2003) hadden mogen worden verwacht, waarmee hij heeft gehandeld in strijd met de (wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte)”

Het bedoelde artikel 2 van de Nederlandse wet stemt overeen met art. 19 van het Vlaams decreet en bepaalt: “Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen”.

Vlaamse overheid de behoefte aan aanpassing beoordeelt. De verplichting te voorzien in redelijke aanpassingen brengt voor de tot aanpassing gehouden persoon ook de verplichting mee de concrete behoefte aan aanpassing op een correcte wijze te beoordelen. De wijze waarop over de aanvraag wordt beslist, kan immers meebrengen dat de aanvraag onjuist wordt beoordeeld en bijgevolg resulteert in een minstens gedeeltelijke weigering van redelijke aanpassingen.

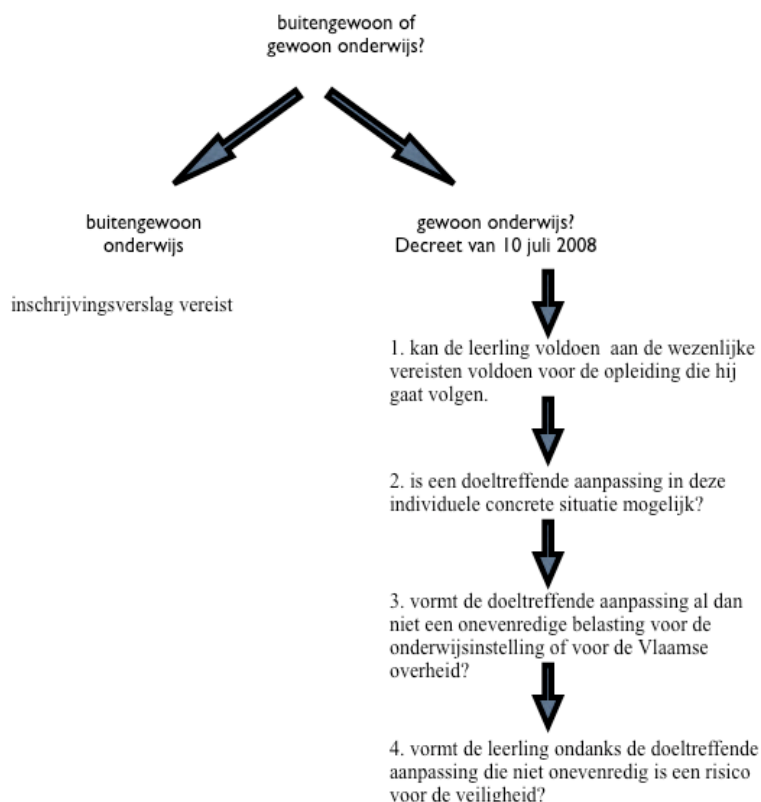
Een redelijke aanpassing in de zin van art. 19 van het decreet van 10 juli 2008 vereist dat in afdoende mate rekening wordt gehouden met de specifieke situatie waarin de persoon met een handicap zich bevindt. Een louter gebruik van objectieve criteria door de Vlaamse Overheid waarbij de uren worden verdeeld over alle leerlingen die zich in eenzelfde situatie bevinden, is bijgevolg ontoereikend. Er moet rekening gehouden worden met individuele eigenschappen van de leerling (zoals bijvoorbeeld de beperkte orale vaardigheid van de leerling die een grotere behoefte meebrengt).

Zo moet de Vlaamse overheid toelichten waarom een aanvraag van en een herziening van de aanvankelijke toekenningsbeslissing voor ondersteuningsmaatregelen alleen zou kunnen uitgaan van de schoolinstelling en niet van de leerling. De aanvraag- en beslissingsprocedure moet in deze mate uitgewerkt zijn dat met de persoon met een handicap voldoende rekening wordt gehouden.

Nadat is vastgesteld dat er een doeltreffende aanpassing mogelijk is, dient te worden bekeken of de aanpassing een onevenredig zware belasting vormt voor de onderwijsinstelling. Per concrete situatie zal moeten worden beoordeeld of de aanpassing onevenredig belastend is, met andere woorden: er dient een belangenafweging te worden gemaakt. Voor het onderwijs kan daarbij worden gedacht aan de volgende feiten en omstandigheden (en/of belangen): de grootte van de organisatie of instelling in termen van het aantal daarin participerende personen (bijvoorbeeld het aantal collega's en of deelnemers aan het onderwijs); de noodzakelijke investeringen en kosten voor het aanbrengen van de aanpassing; de beschikbare financiële tegemoetkomingen, bijvoorbeeld loonkostensubsidies, persoonsgebonden budgetten en tegemoetkomingen in het kader van de Wet voorzieningen gehandicapten (wanneer een school bijvoorbeeld voor een aanpassing een financiële tegemoetkoming kan krijgen, zal de aanpassing minder snel als onevenredig belastend kunnen worden aangemerkt); de operationele en technische haalbaarheid van de aanpassing; de financiële draagkracht van de instelling (hoe groter de financiële draagkracht des te meer er van de onderwijsinstelling kan worden geleverd).

Aspecten die specifiek in het onderwijs dienen te worden meegewogen zijn de mogelijke

aantasting van het belang van andere leerlingen aan het onderwijs. Niet te snel mag worden aangenomen dat bepaalde aanpassingen niet mogelijk zijn of onevenredig belastend zijn.



(5) De verplichting van de Vlaamse Overheid om te voorzien in een behoorlijke begeleiding van de leerling met een handicap die wordt geweigerd in een school In de mate dat dit een resultaatsverplichting is, komt de Vlaamse overheid tegemoet aan haar verplichting.

Een inrichtende macht die een leerling weigert of doorverwijst, deelt dit bij aangetekend schrijven of tegen afgiftebewijs mee aan de ouders van de leerling en aan de voorzitter van het lokaal overlegplatform. De motivering bevat zowel de feitelijke als de juridische grond van de beslissing tot weigeren of tot doorverwijzen. De ouders krijgen op hun verzoek toelichting bij de beslissing van de inrichtende macht.¹²⁸

Het lokaal overlegplatform, gevat over een doorverwijzingsbeslissing, bemiddelt tussen de leerling en zijn ouders en de inrichtende machten van de scholen binnen het werkingsgebied, met het oog op een definitieve inschrijving van de leerling in een school.¹²⁹

Wanneer het lokaal overlegplatform binnen de in § 1 bedoelde termijn geen definitieve inschrijving realiseert, wordt de Commissie gevat om haar oordeel uit te spreken over de

¹²⁸ Artikel III.6 GOK decreet.

¹²⁹ Artikel V.1 GOK decreet.

gegrondheid van de doorverwijzingsbeslissing. Indien de Commissie de beslissing gegrond acht, schrijven de ouders de leerling in in een andere school. De ouders worden bij het zoeken naar een andere school bijgestaan door het lokaal overlegplatform, inzonderheid de centra voor leerlingenbegeleiding die de in het werkingsgebied gelegen scholen begeleiden.¹³⁰

Indien de Commissie de beslissing ongegrond acht, blijft de leerling ingeschreven in de doorverwijzende school.

Indien de Commissie de weigering niet of niet afdoende gemotiveerd acht, dient zij de Vlaamse regering van advies over het terugvorderen of inhouden van een bedrag op de werkingsmiddelen van de school.¹³¹

Tegen een uitspraak van de Commissie staat geen beroep open bij de Vlaamse regering.¹³²

5.c.4. Onderzoek naar de risico's van de toelating

De Memorie van Toelichting bij artikel 18 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid van 2008¹³³ vermeldt als indicator voor onevenredige belasting de impact van de aanpassing op de veiligheid en gebruiksmogelijkheden voor andere gebruikers. Ondanks het feit dat een leerling met een handicap in staat is de opleiding te volgen, kan het zijn dat sprake is van ontoelaatbare risico's dat moet worden afgezien van toelating van de leerling. Dit is een uitzondering op de verplichting van gelijke behandeling, die restrictief wordt uitgelegd. Een beroep op deze uitzonderingsgrond stelt hoge eisen aan de motivering dat er een reëel gevaar is. Deze uitzondering laat overigens de plicht tot het doen van doeltreffende aanpassingen onverlet. Alleen indien het gevaar niet met redelijke aanpassingen kan worden afgewend, mag een leerling worden afgewezen.

Hier kan zich een probleem voordoen bij de toepassing van het GOK-decreet uit 2002.

Ondanks het feit dat artikel III.7 geen melding maakt van enige onverenigbaarheid met het onderwijs van andere kinderen, beroept de Commissie inzake Leerlingenrechten in de Beslissing Nr. 2003/39 van 17 oktober 2003 zich op dit argument: "Het gedrag en de houding van de leerling worden niet als problematisch omschreven". Het GOK-decreet maakt echter

¹³⁰ Artikel V.1 GOK decreet.

¹³¹ Artikel V.3 GOK decreet.

¹³² Artikel IV.9 GOK decreet.

¹³³ Memorie van Toelichting bij artikel 18 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, 10 juli 2008. "De bepaling met betrekking tot redelijke aanpassingen is gebaseerd op artikel 5 van Richtlijn 2000/78/ EG. Er wordt gekozen voor een formulering waarbij het concept van redelijke aanpassingen geïntegreerd wordt in het gebruikte discriminatieconcept en handhavings- en sanctieapparaat van het decreet. Het ontbreken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap is aldus een verschijningsvorm van discriminatie in de zin van dit decreet. – de impact van de aanpassing op de veiligheid en gebruiksmogelijkheden voor andere gebruikers.

De onevenredigheid van de belasting die een aanpassing met zich brengt, kan worden beoordeeld in het licht van onder meer volgende indicatoren: – de impact van de aanpassing op de veiligheid en gebruiksmogelijkheden voor andere gebruikers;

geen melding van het gedrag van de betrokkene voor de veiligheid van andere leerlingen (tenzij de leerling voordien definitief werd uitgesloten hetwelke een grond van weigering tot inschrijving kan zijn¹³⁴) of van een afweging van belangen van de andere leerlingen. Daar waar tot 2008 de vraag kon worden gesteld of de Commissie Leerlingenrechten hier ten onrechte een voorwaarde die niet in de wet was neergelegd, had toegevoegd, zou kunnen worden geargumenteed dat de Commissie Leerlingenrechten op grond van het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 voortaan wel rekening kan houden met de veiligheidsrisico's voor andere leerlingen.

Deze uitzonderingsgrond laat onverlet de genoemde plicht tot het doen van doeltreffende aanpassingen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het nemen van extra veiligheidsmaatregelen of voorlichting of instructies aan medeleerlingen of onderwijzend personeel over mogelijke gezondheidsaspecten of over hoe te handelen bij bijvoorbeeld een epilepsieaanval van de betrokkene. Alleen indien het gevaar niet met redelijke aanpassingen kan worden afgewend, mag deelname van de leerling worden geweigerd.

5.c.5. Het juridisch kader voor een discriminatievrij onderwijstraject voor personen met een handicap

Voor discriminatie op grond van handicap kan het niet zo zijn dat met een beroep op het onderwijskundige doel de school zelf discriminerende (gedrags)regels hanteert. De omvang van de positieve verplichting die rust op de school veronderstelt ook het zorgvuldig behandelen van klachten over discriminatie op de school.

Op grond van artikel 4.2 van het gelijkebehandelingsdecreet van 2008 rust op de school een verplichting passende maatregelen te treffen ter voorkoming of ter bestrijding van discriminatie. Indien de onderwijsinstelling daarin tekortschiet, kan er sprake zijn van strijd met het gelijkebehandelingsdecreet.

Hoe ver de verplichting tot het treffen van passende maatregelen ter voorkoming of bestrijding van discriminatie gaat is niet op voorhand duidelijk.¹³⁵ Een positieve verplichting is een verplichting iets te doen, in tegenstelling tot de meeste verplichtingen in de gelijkebehandelingsregelgeving die verplichten iets na te laten. Zo is de overheid bijvoorbeeld

¹³⁴ Artikel III.3 GOK-decreet.

¹³⁵ Bijvoorbeeld: Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zetelend zoals in kort geding, 15 juli 2009, AR 09/1122/A, contra Rechtbank van eerste aanleg Leuven, afdeling burgerlijke rechtbank, 27 juli 2009, Rol nr.: 09/101/C

verplicht op grond van artikel 4 punt i te zorgen voor vakspecialisten en personeel dat werkt met personen met een handicap en op grond van 24 punt 4 van het VN-Verdrag ervoor te zorgen dat onderwijzend personeel en studenten worden getraind in het omgaan met personen met een handicap.

De inspanningsverplichting van onderwijsinstellingen en van de Vlaamse overheid passende maatregelen te treffen ter voorkoming of bestrijding van discriminatie veronderstelt het voeren van een preventief beleid waardoor gediscrimineerde leerlingen zich gesteund weten door de onderwijsinstelling. Het beoogt de totstandkoming van een onderwijssysteem waarin consequent wordt opgetreden tegen discriminatie (preventief en het afhandelen van klachten), en dat aan het toezicht van de onderwijsinspectie kan worden onderworpen.

5.e. Inclusief onderwijs

Niet elk verschil in behandeling is verboden. Volgens de Europese richtlijn¹³⁶ belet het beginsel van gelijke behandeling niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen die verband houden met de discriminatiegrond te voorkomen of te compenseren. Daar waar redelijke aanpassingen niet mogelijk zijn of een onevenredige belasting uitmaken, moet de overheid voorzien in buitengewoon onderwijs.

Het beginsel van gelijke behandeling betekent niet dat een lidstaat zich kan onttrekken aan de verplichting het recht op onderwijs voor iedereen te garanderen. De verplichting om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, kan worden gerealiseerd door het handhaven van maatregelen zoals het behouden van een parallel onderwijssysteem dat erop gericht is de nadelen die verband houden met de handicap te voorkomen of te compenseren. De juridische grondslag is terug te vinden in internationale verdragen¹³⁷ die de overheid verplichten het leerrecht te garanderen ten einde te verzekeren dat het aan ieder toekomend recht op onderwijs ook feitelijk voor elk kind kan worden gerealiseerd ongeacht diens handicap. Op basis van de internationale verdragen is aan ouders het recht ontzegd hun kinderen van onderwijs verstoken te laten.

¹³⁶ Vlaams Parlement, ontwerp van decreet betreffende gelijke onderwijskansen-I, 1143 (2001-2002) nr. 1, Zitting 2001-2002, 29 maart 2002.

¹³⁷ Onder meer in de Universele verklaring van de rechten van de mens, het Internationaal verdrag inzake de economische, sociale en culturele rechten, het Verdrag inzake de rechten van het kind, de UNESCO-conventie tegen discriminatie in het onderwijs, etc. zie hierover VERHEYDE, M. 'Onderwijsrechten in het VN-Kinderrechtenverdrag' *TJK* 2002/5, 231-247.

Deze redenering vindt steun in de voorbereidende werken van Artikel 24 2d,¹³⁸ dat moet samengelezen worden met de verplichting van artikel 24 een inclusief onderwijssysteem op alle niveaus te garanderen, en met artikel 24 2e doeltreffende, op het individu toegesneden, ondersteunende maatregelen te nemen in omgevingen waarin de cognitieve en sociale ontwikkeling wordt geoptimaliseerd, overeenkomstig het doel van onderwijs waarbij niemand wordt uitgesloten.

Niet in alle ad hoc vergaderingen¹³⁹ kwam het artikel over onderwijs ter sprake. Toch blijkt dat tegen het buitengewoon onderwijs als zijnde een omgeving waarin de cognitieve en sociale ontwikkeling van een persoon met een handicap kan worden geoptimaliseerd, geen weerstand was. Het artikel is tevens terug te vinden in ‘Rule 6 – Education’ van de ‘Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities of the World Programme of Action Concerning Disabled Persons’.¹⁴⁰

Het uitgangspunt is te vinden in het verslag van de Chair's Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities of December 2003 of the Working Group Compilation of Elements: “Where the general school system does not yet adequately meet the needs of persons with disabilities, special and alternative forms of learning may be made available. However, these should be aimed at preparing students for education in the general school system and the quality of education provided should reflect the same standards and objectives as that provided in the general schools system”.

Het verslag van de ‘Third session of the Ad Hoc Committee’ van 9 juni 2004 laat de keuze

¹³⁸ Artikel 24 *Onderwijs*

1. De Staten die Partij zijn erkennen het recht van personen met een handicap op onderwijs. Teneinde dit recht zonder discriminatie en op basis van gelijke kansen te verwezenlijken, waarborgen Staten die Partij zijn een inclusief onderwijssysteem op alle niveaus en voorzieningen voor een leven lang leren (...)

2. Bij de uitoefening van dit recht waarborgen de Staten die Partij zijn dat:

a. 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;

b. 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;

c. redelijke aanpassingen worden verschaft naar gelang de behoefte van de persoon in kwestie;

d. personen met een handicap, binnen het algemene onderwijssysteem, de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te vergemakkelijken;

e. doeltreffende, aan het individu aangepaste, ondersteunende maatregelen worden genomen in omgevingen waarin de cognitieve en sociale ontwikkeling wordt geoptimaliseerd, overeenkomstig het doel van onderwijs waarbij niemand wordt uitgesloten.

¹³⁹ Het betreft de sessies van het Ad Hoc Committee van Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities General Assembly resolution 56/168 of 19 December 2001 Eighth Session, 14 - 25 August and 5 December 2006, Seventh Session, 16 January to 03 February 2006, Sixth Session, 1 - 12 August 2005, Fifth Session, 24 January to 4 February 2005, Fourth Session, 23 August to 3 September 2004, Third Session, 24 May to 4 June 2004, Working Group on convention, 5 to 16 January 2004, Second Session, 16 to 27 June 2003, First Session, 29 July to 9 August 2002

¹⁴⁰ Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, adopted by the United Nations General Assembly, forty-eighth session, resolution 48/96, annex, of 20 December 1993.

tussen de systemen over aan de persoon met een handicap: 'Different approaches were also identified with respect to setting out the relationship between the provision of specialist education services and the general education system. Some members considered that education of children with disabilities in the general education system should be the rule, and the provision of specialist education services the exception. Others thought that specialist education services should be provided not only where the general education system was inadequate, but should rather be made available at all times without a presumption that one approach was more desirable than the other. Some members of the Working Group, for example, highlighted the need for deaf and blind children to be allowed to be educated in their own groups. If the latter approach were to be taken, the Working Group considered that there should still be an explicit obligation on the State to make the general education system accessible to students with disabilities, without limiting the individual's ability to choose either the general system or the specialist services.'

Dat op de staat een resultaatsverbintenis rust wat betreft het garanderen van onderwijs aan personen met een handicap, en dat daarbij het buitengewoon onderwijs een mogelijk middel is, blijkt uit het verslag van de 'Sixth session of the ad hoc committee' van 7 augustus 2005 bepaalt: 'Draft article 17 Paragraph 1 - 30. The Committee noted that education laid the foundation for the participation by persons with disabilities in society as a whole throughout their lives, and that inclusiveness was one of the main themes of the Article (and of the convention more generally). There was a need to balance this with the other main theme of education options for persons with disabilities.

Paragraph 1 31. There was general agreement in the Committee that the obligations of States in this draft article should not be qualified, and it was noted that the issue of progressive realisation of economic, social and cultural rights could be dealt with in an earlier general article that applies to the whole convention including this paragraph. 32. There was otherwise general acceptance of the first sentence of paragraph 1 of the Working Group text. There was also general support to include, as the second and third sentences of paragraph 1, a proposal on inclusiveness in the general education system. 33. There was general agreement to replace "children with disabilities" with "persons with disabilities" throughout this draft articles, except in subparagraph 1d of the Working Group text, where the word "child" would continue to be more appropriate. 34. There was also general agreement to include the word "creativity" in paragraph 1(c). 35. The Committee noted the important reference to the "best interests of the child" in paragraph 1(d), and agreed that the paragraph should not use weaker language than was employed in the Convention on the Rights of the Child. But there were divergent views on whether Article 17 was the appropriate place for such a reference. There were also divergent views on whether to retain the reference to "individualised education

plans” from the Working Group text. Some delegations supported the idea, but could not agree as to how it should be expressed. Other delegations wanted the reference deleted. 36. Following the discussion, paragraph 1 currently reads: 1. States Parties recognise the right of all persons with disabilities to education with a view to achieving this right [progressively and] on the basis of equal opportunity. States Parties commit themselves to the goal of inclusiveness of their general education systems. Where exceptionally the general education system does not adequately meet the needs of persons with disabilities, States Parties shall take appropriate measures to ensure [quality/effective] alternative forms of education, bearing in mind the goal of full inclusion. The education of persons with disabilities shall be directed to: (a) the full development of the human potential and sense of dignity and self worth, and the strengthening of respect for human rights, fundamental freedoms and human diversity; (b) enabling all persons with disabilities to participate effectively in a free society; (c) the development of the personality, creativity, talents and mental and physical abilities of persons with disabilities to their fullest potential. (d) the best interests of the child, which shall be of primary consideration, [in particular by individualising education [plans] [and methods]]; Paragraph 2 37. On paragraph 2(c), there was some support to add the word “secondary”. In doing so, the Committee noted that the reference, which now reads “free and compulsory primary or secondary education”, did not create any new obligation for States to provide free and compulsory secondary education. Rather, the provision is a non-discrimination one, and means that if a State did provide free and compulsory secondary education to the general population, then it should also be provided to persons with disabilities. 38. Paragraph 2 currently reads: 2. In realising this right States Parties shall ensure: (a) that all persons with disabilities [choose inclusive and accessible quality/effective education] [have access to quality/effective education in the general education system] [throughout their lives] [to the extent possible] in the communities in which they live (including access to early childhood and pre-school education); (b) required support, including specialised training of teachers, school counsellors and psychologists, an accessible curriculum, an accessible teaching medium and technologies, alternative and augmentative communication modes, alternative learning strategies, accessible physical environment, or other reasonable accommodations to ensure the full participation of students with disabilities; (c) ensure that no person with disabilities is excluded from free and compulsory primary or secondary education, or denied access to education, on account of their disability: Paragraph 3 - 39. There was general support to replace paragraph 3 of the Working Group text. Some delegations favoured broadening the coverage of this paragraph to include all persons with disabilities. But the Committee accepted that this might be used as a basis for excluding all children with disabilities from the general education system. There was general support, however, that children with particular disabilities, such as blind, deaf and deafblind

children, may need to commence their learning in an environment that is more specific to their needs. This would allow them to gain maximum benefit from a fully inclusive general education system, and ultimately more effectively participate in society. 40. One proposal, that received some support, reads: 3. States Parties shall ensure that blind, deaf and deafblind children and young persons have the right to choose education in their own groups and settings, where they shall be provided with the same level of support and standards, consistent with other provisions in this article.

De noodzaak om in bepaalde omstandigheden een andere omgeving dan het gewoon onderwijs te garanderen, komt eveneens ter sprake in het ‘Document of the Seventh Session’ van 13 februari 2006 met betrekking tot het onderwijs. Article 24 – Education 1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to education. With a view to realizing this right without discrimination and on the basis of equal opportunity, States Parties shall ensure an inclusive education system at all levels, and lifelong learning, directed to: (a) The full development of the human potential and sense of dignity and self worth, and the strengthening of respect for human rights, fundamental freedoms and human diversity; (b) The development by persons with disabilities of their personality, talents and creativity, as well as their mental and physical abilities, to their fullest potential; (c) Enabling persons with disabilities to participate effectively in a free society. 2. In realizing this right, States Parties shall ensure: (a) That persons with disabilities are not excluded from the general education system on the basis of disability, and that children with disabilities are not excluded from free and compulsory primary and secondary education on the basis of disability; (b) That persons with disabilities can access inclusive, quality, free primary and secondary education on an equal basis with others in the communities in which they live; (c) Reasonable accommodation of the individual’s requirements; (d) That persons with disabilities receive the support required, within the general education system, to facilitate their effective education. [In order to meet adequately] [In those circumstances where the general education system cannot adequately meet] the individual support needs of persons with disabilities, States Parties shall ensure that effective individualized support measures are provided in environments which maximize academic and social development, consistent with the goal of full inclusion.

Deze stelling wordt behouden in de ‘Eight Session of the ad hoc committee’ van 17 augustus 2005: ‘Article 24 Education 1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to education. With a view to realizing this right without discrimination and on the basis of equal opportunity, States Parties shall ensure an inclusive, education system at all levels, and lifelong learning, directed to: (a) the full development of the human potential and sense of dignity and self-worth, and the strengthening of respect for human rights, fundamental

freedoms and human diversity; (b) the development by persons with disabilities of their personality, talents and creativity, as well as their mental and physical abilities, to their fullest potential; (c) enabling persons with disabilities to participate effectively in a free society.

2. In realizing this right, States Parties shall ensure: (a) that persons with disabilities are not excluded from the general education system on the basis of disability, and that children with disabilities are not excluded from free and compulsory primary and secondary education on the basis of disability; (b) that persons with disabilities can access an inclusive, quality, free primary and secondary education on an equal basis with others in the communities in which they live; (c) reasonable accommodation of the individual's requirements; (d) that persons with disabilities receive the support required, within the general education system, to facilitate their effective education; (d) bis that effective individualized support measures are provided in environments that maximize academic and social development, consistent with the goal of full inclusion.

Onderscheid op grond van handicap is toegestaan wanneer het een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap (artikel 5 punt 4 VN-Verdrag). Deze uitzondering heeft betrekking op maatregelen, voorzieningen en diensten die personen met een handicap in staat moeten stellen zo volwaardig mogelijk te participeren en te integreren in de samenleving. Het gaat om permanent noodzakelijke voorzieningen die beperkingen opheffen zoals buitengewoon onderwijs, aangepast vervoer en huisvesting.

Het verbod van onderscheid op grond van handicap geldt derhalve niet wanneer het onderscheid een maatregel van positieve actie betreft. Onder positieve actie worden beleidsmaatregelen begrepen die worden genomen wanneer sprake is van een aantoonbare en structurele achterstand van een groep en die niet wordt veroorzaakt door tijdelijke omstandigheden.¹⁴¹

In 2006 wees het EHRM, toen het een uitspraak deed over systematische segregatie van Roma kinderen geplaatst in scholen voor het buitengewoon onderwijs, op de ernst van segregatie wanneer door verschil in de kwaliteit van het verstrekte onderwijs, doorstroming van scholen van het buitengewoon onderwijs naar scholen voor gewoon onderwijs gebrekkig is.¹⁴² Daarop wordt ook teruggekomen in de *Standard Rules on the Equalization of*

¹⁴¹ Voor een vergelijking van systemen van buitengewoon onderwijs, zie: De Groof J., Lauwers G. (eds), *Special Education*, 2003, Kluwer Academic Publishers.

¹⁴² Gracienne LAUWERS, "De Bewijslast In Het Geval Van Segregatie In Het Onderwijs Volgens Het Europees Hof Voor De Rechten Van De Mens," TORB, p. 143-152. *D.H. and others v. Czech Republic*, App. No. 57325/00. Op 14 juli 2006 heeft de zogenaamde 'Grote Kamer' van het Hof zich bereid verklaard de zaak te herzien. *D.H. and*

Opportunities for Persons with Disabilities (regel 6). Deze bekemtonen dat de Staten een duidelijk beleid moeten voeren dat erop gericht is de hindernissen die de overgang van scholen voor buitengewoon onderwijs naar scholen voor het gewoon onderwijs belemmeren, te verwijderen.

6. TOEZICHT OP DE NALEVING VAN HET VN-VERDRAG: MECHANISME EN DRAAGWIJDTE VAN DE OPDRACHT VAN HET COMITÉ

6.a. De bevoegdheid van het Comité in het kader van de rapportering

België is verdragsrechtelijk verplicht tot rapportering over de verwezenlijking van de in het VN-Verdrag vervatte rechten aan een daartoe opgericht onafhankelijk Comité samengesteld uit experts die ten persoonlijke titel zetelen. Verdragsrechtelijk heeft het Comité de bevoegdheid tot het ontvangen en beoordelen van periodieke rapporten. Deze procedure is gelijkaardig aan de rapporteringen in het kader van gelijkaardige VN-verdragen.

Wellicht zal binnen afzienbare tijd een algemene commentaar ‘General Comment’¹⁴³ worden uitgevaardigd waarin specifiek bepaalde rechten verder worden uitgewerkt. Zo zijn de bevindingen van het Kinderrechtencomité terug te vinden in de ‘concluding observations’ op

others v. Czech Republic, App. No. 57325/00. De Europese Unie heeft, in tegenstelling tot het EHRM, de bewijslast omgedraaid in zijn anti-discriminatie-richtlijnen. De bewijslast in geval van discriminatie berust dus niet langer bij de eiser maar wel bij de verweerder. Socio-economische ongelijkheden, ook deze in het onderwijs, zullen wellicht in de toekomst voor het Europees Hof van Justitie, dat in het verleden al een sturende functie heeft gehad, kunnen worden aangevochten.

¹⁴³ In het verleden werd ook reeds in een andere ‘general comment’ werd toelichting gegeven over discriminatie tegen een persoon met een handicap in het onderwijs. ICESCR General Comment 5 (Eleventh session, 1994): *Persons with Disabilities*, E/1995/22 (1994) 99 at paras. 1-38.

15. Both *de jure* and *de facto* discrimination against persons with disabilities have a long history and take various forms. They range from invidious discrimination, such as the denial of educational opportunities, to more "subtle" forms of discrimination such as segregation and isolation achieved through the imposition of physical and social barriers. For the purposes of the Covenant, "disability-based discrimination" may be defined as including any distinction, exclusion, restriction or preference, or denial of reasonable accommodation based on disability which has the effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise of economic, social or cultural rights. Through neglect, ignorance, prejudice and false assumptions, as well as through exclusion, distinction or separation, persons with disabilities have very often been prevented from exercising their economic, social or cultural rights on an equal basis with persons without disabilities. The effects of disability-based discrimination have been particularly severe in the fields of education, employment, housing, transport, cultural life, and access to public places and services.

G. Articles 13 and 14 - The right to education

35. School programmes in many countries today recognize that persons with disabilities can best be educated within the general education system. 32/ Thus the Standard Rules provide that "States should recognize the principle of equal primary, secondary and tertiary educational opportunities for children, youth and adults with disabilities, in integrated settings". 33/ In order to implement such an approach, States should ensure that teachers are trained to educate children with disabilities within regular schools and that the necessary equipment and support are available to bring persons with disabilities up to the same level of education as their non-disabled peers. In the case of deaf children, for example, sign language should be recognized as a separate language to which the children should have access and whose importance should be acknowledged in their overall social environment.

de rapporten die de verdragsstaten periodiek bij het Comité moeten neerleggen, en in de ‘general comments’ waarin het Comité zijn belangrijkste bevindingen uit rapportageprocedure samenvat en vervolgens aan alle verdragsstaten richt. Geen enkele van deze bevindingen heeft bindende kracht. Ze hebben evenwel een sterk moreel gezag.

6.b. De bevoegdheid van het Comité voor de rechten van personen met een handicap (hierna Comité) in het kader van de individuele klachtenprocedure

Volgens de verklaring van de Wereldconferentie van Wenen van 1993 zijn alle mensenrechten en fundamentele vrijheden universeel, ondeelbaar, wederzijds afhankelijk en onderling verbonden. Dit beginsel was één van de belangrijkste redenen om tot een klachtenprotocol voor economische, sociale en culturele rechten te komen.¹⁴⁴

In het facultatief protocol (klachtenprotocol) bij het VN-Verdrag erkent België de bevoegdheid van het Comité om klachten uitgaande van personen die onder de rechtsmacht van een verdragspartij vallen te ontvangen en te onderzoeken (individuele klachtenprocedure en onderzoeksprocedure). Op deze wijze wordt verwacht dat er zich een jurisprudentie van het Comité over de bepalingen van het VN-Verdrag zal ontwikkelen. Door het optioneel protocol te tekenen, geeft de regering het signaal dat het de realisaties en afdwingbaarheid van de in het VN-Verdrag opgenomen rechten ernstig neemt.

Het Comité is bevoegd om kennisgevingen te ontvangen van (groepen van of namens) individuele personen die onder de Belgische rechtsmacht vallen en beweren het slachtoffer te zijn van een schending van een van de rechten uit het VN-Verdrag. Hierdoor wordt voor het VN-Verdrag voorzien in een facultatief mechanisme (dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Kinderrechtenverdrag).

Artikel 2.d bevat de zogenaamde *local remedies rule* waardoor klachten slechts ontvankelijk zijn indien de interne rechtsmiddelen zijn uitgeput, tenzij deze interne procedures onredelijk lang gerekt worden. Klachten zijn onontvankelijk indien ze betrekking hebben op feiten die dateren van vóór de inwerkingtreding van het protocol, indien zij reeds het voorwerp hebben uitgemaakt van een onderzoek door het Comité of indien zij al door andere internationale

¹⁴⁴ In algemene commentaar nr. 9 inzake de nationale toepassing van het IVESCR stelde het CESCR dat de discrepantie tussen rechtsmiddelen voor de afdwinging van burgerrechten en politieke rechten enerzijds en economische, sociale en culturele rechten anderzijds “*is not warranted either by the nature of the rights or by the relevant Covenant provisions*”. Verwezen kan ook worden naar het algemene commentaar nr. 3 van het CESCR over de staatsverplichtingen van verdragspartijen algemene commentaren niet juridisch bindend zijn, moeten zij wel degelijk gezien worden als een gezaghebbende interpretatie van de juridische plichten onder het IVESCR. Deze commentaren kunnen worden gevonden op de website van het Comité: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

instanties (zoals bijvoorbeeld door het EHRM) worden of werden behandeld. Het Comité behandelt geen anonieme klachten, klachten die onverenigbaar zijn met het VN-Verdrag, of misbruiken van het klachtrecht.

Het individuele klachtrecht staat open voor zowel individuen als voor groepen van individuen, voor zover zij zelf het slachtoffer zijn van een schending van één van de rechten uit het VN-Verdrag.¹⁴⁵

Het Comité kan op eigen initiatief een onderzoek instellen wanneer het geloofwaardige informatie heeft gekregen over systematische of grove schendingen van de rechten van personen met een handicap in een bepaalde staat.

Het protocol stelt dat individuen en groepen klachten kunnen indienen voor de schending van een van de rechten – dus ook voor het recht op onderwijs - uit het VN-Verdrag.

Het Comité is echter geen gerechtelijk orgaan. Het Comité is een orgaan dat via aanbevelingen en een daarop volgende dialoog met de betrokken staat over de tenuitvoerlegging ervan, wil bijdragen tot rechtsherstel voor de klagers. Voor personen met een handicap biedt het klachtenprotocol zowel een motivatie om een meer positieve houding van de interne rechter ten opzichte van de afdwingbaarheid van de betrokken internationale mensenrechtenstandaarden af te dwingen, als het perspectief op meer progressieve jurisprudentie over de rechten van personen met een handicap en de verantwoordelijkheid van de staat voor de naleving van de rechten van personen met een handicap.

Het Comité heeft een beperkt beschermingsniveau dankzij het individueel klachtrecht, dewelke echter niet kan leiden tot een effectieve veroordeling. Deze VN instantie biedt bijgevolg slechts een beperkte bescherming van de rechten in het VN-Verdrag. Een klacht van een leerling gericht tegen een onderwijsinstelling is weliswaar onontvankelijk, maar het Comité kan wel de overheid veroordelen omdat ze een schending van het VN-Verdrag door een particulier heeft getolereerd (indirecte derdenwerking).

Verdragsrechtelijk draagt de overheid de voornaamste verantwoordelijkheid voor het garanderen van de rechten van personen met een handicap. De overheid heeft als taak te verhinderen dat particulieren de rechten vastgelegd in het VN-Verdrag zouden schenden. Het

¹⁴⁵ In tegenstelling tot bijvoorbeeld het collectief klachtrecht waar geen band met specifieke individuele slachtoffers vereist is, in het Europees Sociaal Handvest toegekend aan de representatieve nationale en internationale werkgevers- en werknemersorganisaties, aan bepaalde niet-gouvernementele internationale organisaties is toegekend. Herzien Europees Sociaal Handvest, Straatsburg, 3 mei 1996 (BS 10 mei 2004). Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest tot invoering van een systeem voor collectieve klachten, Straatsburg, 9 november 1995 (BS 24 juli 2003).

Comité oefent slechts een controle uit op de taak van de staat. In geval van een eventuele veroordeling door het Comité, wordt niet de onderwijsinstelling die de schending heeft begaan, maar de overheid (de verdragsstaat) veroordeeld. Dat houdt in dat de persoon met een handicap waarvan het recht op gelijke behandeling geschonden is, geen herstel in natura, in casus het afdwingen van de toegang tot de school, kan krijgen. Het Comité kan de schendende onderwijsinstelling niet verplichten tot herstel in natura aangezien de onderwijsinstelling geen partij is voor het Comité. Gezien de klachtenprocedure vereist dat de interne rechtsmiddelen uitgeput zijn, heeft de nationale rechter de overheid reeds gelijk gegeven waardoor het achteraf opleggen van een herstel in natura in strijd zou zijn met het gezag van gewijsde. De leerling met een handicap zou enkel kunnen proberen schadevergoeding van de overheid te bekomen voor het schenden van zijn rechten indien hij erin zou slagen de geleden schade te bewijzen. De positieve verplichting houdt immers eveneens in dat de overheid langs gerechtelijke weg afdoende rechtsherstel biedt.

De grondslag van de derdenwerking voor verdragsbepalingen in verhoudingen tussen scholen en leerlingen ligt in de positieve verplichting die de verdragsstaten hebben naast de negatieve verplichting om het verdrag zelf niet te schenden. Die positieve verplichting bestaat erin om de nodige maatregelen te nemen die het effectieve genot van de gewaarborgde rechten en vrijheden verzekeren, wat eveneens inhoudt dat staten schendingen begaan door scholen ten aanzien van leerlingen niet mogen tolereren.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de algemeen commentaar over de verplichtingen van staten onder het Klachtenprotocol IVBPR¹⁴⁶ mogelijks ook naar het protocol bij het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap zou kunnen worden geëxtrapoleerd. Hierin staat dat staten wel degelijk onder een verplichting zijn om gevolg te geven aan de bevindingen en aanbevelingen, bijvoorbeeld door middel van het betalen van een schadevergoeding indien aldus voorzien in de interne regelgeving: 'Most States do not have specific enabling legislation to receive the views of the Committee into their domestic legal order. The domestic law of some States parties does, however, provide for the payment of compensation to the victims of violations of human rights as found by international organs. In any case, States parties must use whatever means lie within their power in order to give effect to the views issued by the Committee.'¹⁴⁷

¹⁴⁶ internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

¹⁴⁷ CBPR general comment nr. 33 van 5 november 2008 on The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/33.

6.c. De impact van de individuele klachtenprocedure op de Commissie

Leerlingenrechten en de nationale rechter

Een persoon met een handicap, of een orgaan dat een groep van personen met een handicap vertegenwoordigt, kan het Comité vragen, na uitputting van de interne rechtsmiddelen, de bepalingen in het GOK met betrekking tot de toegang tot het onderwijs, de GON en ION maatregelen en aanvraagprocedures, uitspraken van de Commissie Leerlingenrechten met betrekking tot de toegang tot het onderwijs of de juridische waarde van inschrijvingsverslagen, waarvan het van oordeel is dat deze regelgeving of praktijk de in het VN-Verdrag genoemde rechten op ernstige of systematische wijze schendt, te onderzoeken. Gezien de Commissie Leerlingenrechten een orgaan van actief bestuur is, en de uitspraken niet-bindende administratieve rechtshandelingen en geen gerechtelijke uitspraken zijn, is een beslissing geen voor de Raad van State voor vernietiging aanvechtbare rechtshandeling. Het niet verlenen van toegang tot een onderwijsinstelling zal via de rechtbanken moeten betwist worden, alvorens het voorwerp uit te maken van een klacht bij het Comité. Evenwel is het mogelijk dat de adviezen van de Commissie Leerlingenrechten het voorwerp zouden uitmaken van een screening in het kader van de rapporteringsverplichting of van een individuele klacht na uitputting van de interne rechtsmiddelen. Het Comité handelt daarbij niet als een gerechtelijk orgaan, en kan evenmin beschouwd worden als een internationale beroepsinstantie ten aanzien van het advies (beslissing genoemd) van de Commissie Leerlingenrechten. Wel kan het zelf advies verlenen over het terzake door België gevoerde beleid.

België zal in voorkomend geval verzocht worden met het Comité een onderhoud te hebben over de ontvangen informatie en opmerkingen in dit verband te formuleren. Na onderzoek van de melding zendt het Comité de eventuele suggesties en aanbevelingen toe aan België, evenals aan de melder. Het Comité kan België verzoeken om in het krachtens artikel 35 van het VN-Verdrag in te dienen rapport aan te geven welke maatregelen zijn genomen als gevolg van een krachtens artikel 6 van het Protocol ingesteld onderzoek.

Het Comité kan voorzien in bewarende maatregelen die, in afwachting van de definitieve beoordeling van de zaak, moeten vermijden dat er onherstelbare schade wordt geleden door de klagers. Na zijn onderzoek zal het Comité aan België zijn bevindingen meedelen, evenals eventuele aanbevelingen, waaraan België de nodige aandacht moet geven en waarop het meedeelt binnen welke termijn de bevindingen en aanbevelingen werden of zullen worden genomen.

Vooralsnog zijn rechterlijke instanties terughoudend ten opzichte van economische, sociale en culturele rechten.¹⁴⁸ Maar er kan worden verwacht dat nationale rechtsprekende instellingen het VN-Verdrag ernstig nemen wanneer het risico bestaat dat hun beslissingen aan het kritische oordeel van een internationale instantie kunnen worden voorgelegd.¹⁴⁹

SAMENVATTING

Het VN-Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap bevat de algemene verplichting voor de Staten die Partij zijn tot het aannemen van alle relevante wetgevende, bestuurlijke en andere maatregelen voor de implementatie van de rechten die in dit VN-Verdrag erkend worden. Deze verplichting wordt afgezwakt voor wat betreft economische, sociale en culturele rechten. Op het vlak van economische, sociale en culturele rechten verplicht elke Staat die Partij is zich ertoe ‘maatregelen te nemen met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen’. Het VN-Verdrag volgt daarmee de traditionele opvatting wat betreft economische, sociale en culturele rechten, met name dat doelstellingen met betrekking tot economische, sociale en culturele rechten, waaronder het recht op (inclusief) onderwijs, progressief moeten worden verwezenlijkt, afhankelijk van de beschikbare middelen van de betrokken staat. Hierdoor is het waarschijnlijk dat de hoogste Belgische hoven geen directe werking zullen toekennen aan het VN-Verdrag. De progressieve verwezenlijking van de doelstellingen kan bovendien slechts een verbetering inhouden van de reeds bestaande situatie en bescherming. Daar waar de rechtspraak van de Belgische hoven inzake de directe werking van economische, sociale en culturele rechten niet eenduidig is, is er wel eensgezindheid over het respecteren van deze zogenaamde ‘standstill’ clausule. Het VN-Verdrag kan dan ook beschouwd worden als een bijzonder gezaghebbende interpretatie van de verdragsverplichting inzake eerbied voor de rechten en de fundamentele vrijheden van personen met een handicap.

België is verdragsrechtelijk verplicht tot rapportering over de verwezenlijking van de in het VN-Verdrag vervatte rechten aan een daartoe opgericht onafhankelijk Comité voor de rechten van personen met een handicap samengesteld uit experts die ten persoonlijke titel zetelen.

¹⁴⁸ Bijvoorbeeld: Rechtbank van eerste aanleg Leuven, afdeling burgerlijke rechtbank, 27 juli 2009, Rol nr.: 09/101/C

¹⁴⁹ Bijvoorbeeld: Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zetelend zoals in kort geding, 15 juli 2009, AR 09/1122/A

Daarnaast erkent België in het facultatief protocol (klachtenprotocol) bij het VN-Verdrag de bevoegdheid van het Comité om klachten uitgaande van personen die onder de rechtsmacht van een verdragspartij vallen te ontvangen en te onderzoeken (individuele klachtenprocedure en onderzoeksprocedure). Het Comité is bevoegd om kennisgevingen te ontvangen van (groepen van) of namens individuele personen die onder de Belgische rechtsmacht vallen en beweren het slachtoffer te zijn van een schending van een van de rechten uit het VN-Verdrag. Klachten zijn slechts ontvankelijk indien de interne rechtsmiddelen zijn uitgeput. Het Comité is echter geen gerechtelijk orgaan. Het Comité is een orgaan dat aanbevelingen doet.

Gezien de Commissie Leerlingenrechten een orgaan van actief bestuur is, en de uitspraken niet-bindende administratieve rechtshandelingen en geen gerechtelijke uitspraken zijn, is een beslissing geen voor de Raad van State voor vernietiging aanvechtbare rechtshandeling. Het niet verlenen van toegang tot een onderwijsinstelling zal via de rechtbanken moeten betwist worden, alvorens het voorwerp uit te maken van een klacht bij het Comité. Evenwel is het mogelijk dat de adviezen van de Commissie Leerlingenrechten het voorwerp zouden uitmaken van een screening in het kader van de rapporteringsverplichting.

De gewone rechtbanken zijn bevoegd te beoordelen of een persoon met een handicap het slachtoffer is van discriminatie, wat in deze zaken erop neerkomt te beoordelen of aan een persoon met een handicap redelijke aanpassingen worden geweigerd.

Daarnaast kan tegen een eventuele individuele bestuursbeslissing van een publiekrechtelijke instelling waarbij een persoon met een handicap een belang heeft, een beroep bij de Raad van State worden ingesteld.

Vooralsnog zijn rechterlijke instanties terughoudend ten opzichte van economische, sociale en culturele rechten. Maar er kan worden verwacht dat nationale rechtsprekende instellingen het VN-Verdrag ernstig nemen wanneer het risico bestaat dat hun beslissingen aan het kritische oordeel van een internationale instantie kunnen worden voorgelegd.

Daar waar redelijke aanpassingen niet mogelijk zijn of een onevenredige belasting uitmaken, of waar de ouders en de pedagogische begeleiders van oordeel zijn dat het aanleren van vaardigheden het best kan gerealiseerd worden in een aangepaste omgeving, moet de overheid voorzien in buitengewoon onderwijs. Het beginsel van gelijke behandeling betekent niet dat een lidstaat zich kan onttrekken aan de verplichting het recht op onderwijs voor iedereen te garanderen. De verplichting om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, kan worden gerealiseerd door het handhaven van maatregelen¹⁵⁰ zoals het behouden van een parallel

¹⁵⁰ Volgens het EHRM vereist positieve discriminatie/ actie in beginsel dat deze tijdelijk van aard zijn en moeten opgeheven wanneer de 'achteruitstelling' ophoudt te bestaan. Het is voorwerp van discussie of de verwezenlijking van het recht van ieder kind op kwaliteitsvol onderwijs dat voor kinderen met een zware, permanente handicap buitengewoon onderwijs kan betekenen, al dan niet moet beschouwd worden als een maatregel van positieve actie. Volgens anderen bestaat de aard van de positieve discriminatie hierin dat bij de toegang tot scholen voor het

onderwijssysteem dat erop gericht is de nadelen die verband houden met de handicap te voorkomen of te compenseren.

Staten moeten een systeem van inclusief onderwijs zonder discriminatie waarborgen. In geval van discriminatie geldt op grond van artikel 35 en 36 van het gelijkebehandelingsdecreet een afwijkende bewijslastverdeling. De onderwijsinstelling dient een ernstig onderzoek naar de geschiktheid en mogelijkheid van een doeltreffende aanpassing uit te voeren. Dit zal per concrete situatie moeten worden beoordeeld. Het verbod van discriminatie omvat mede de plicht tot het verrichten van doeltreffende aanpassingen, tenzij deze een onevenredige belasting vormen voor de onderwijsinstelling en alle beschikbare middelen daartoe werden aangevraagd.

Het garanderen van de rechten in het VN-Verdrag, houdt bepaalde verplichtingen in voor de overheid. De Vlaamse overheid moet zorgen voor een aangepaste lerarenopleiding, voor een procedure voor het aanvragen van geïntegreerd onderwijs en ondersteuningsmaatregelen waarbij de rechten en de inspraak van de persoon met een handicap worden gerespecteerd. De overheid moet voorzien in de materiële middelen om scholen toe te laten redelijke aanpassingen te maken, in een behoorlijke begeleiding van de leerling met een handicap waarvoor geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn, en in garanties voor een discriminatievrij onderwijs traject voor personen met een handicap.

Op 2 april 2009 werd een wetgevingsresolutie van het Europees Parlement uitgevaardigd over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)). Met deze richtlijn zou de Gemeenschap beogen onder meer te voldoen aan haar verplichtingen die voortvloeien uit het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Het belang van het VN-Verdrag moet dan ook gezien worden in het licht van de ondertekening van het Verdrag van de EU waarvan mag worden verwacht dat deze terzake voor alle lidstaten bindende interpretatie van de verdragsbepalingen zal opleggen.

Tegen de achtergrond van – in het bijzonder - het gelijke behandelingsdecreet van 2008, lijkt het aangewezen het huidige ontwerp leerzorg te herformuleren.

buitengewoon onderwijs een discriminatie bestaat in die zin dat deze enkel en alleen toegankelijk zijn voor die kinderen die het vereiste inschrijvingsverslag voorleggen, en dat deze buitengewone scholen andere kinderen mogen weigeren, omdat het onderwijs op maat dat wordt verstrekt in de scholen voor buitengewoon onderwijs bedoeld is om tegemoet te komen aan de specifieke noden van een individuele leerling met een handicap zoals beschreven in het inschrijvingsverslag.

Eenzijds zou de decreetgever de toegang tot het buitengewoon onderwijs kunnen voorbehouden aan personen met functiebeperkingen zoals omschreven in het huidige leezorgontwerp als leezorg III en IV. Slechts wanneer een leerling een inschrijvingsverslag met functiebeperkingen voorlegt, heeft de school voor buitengewoon onderwijs de verplichting de leerling in te schrijven, en heeft de school voor gewoon onderwijs de verplichting een draagkrachtafweging te doen rekening houdende met de beschikbare GON en ION ondersteuning.

Het onderscheid in het inschrijvingsverslag tussen leezorg III en IV kan erin bestaan dat een inschrijvingsverslag met leezorg III doeltreffende aanpassing vereisen die gericht zijn op het mogelijk maken van deelname aan het onderwijs en derhalve belemmeringen in het onderwijs wegnemen. Een inschrijvingsverslag met leezorg IV zou bovendien intense hulp en aanpassingen vereisen die vallen onder alledaagse levensverrichtingen die de betrokkene nodig heeft om ook buiten het onderwijs te kunnen functioneren. De decreetgever kan bepalen dat intense aanpassingen die vallen onder alledaagse levensverrichtingen en dus niet beperkt zijn tot het onderwijs, niet vallen binnen de draagkracht van de school omwillen van de gevolgen ervan op de organisatie van de school en/of ontoelaatbare risico's voor andere leerlingen¹⁵¹. *De facto* zou de decreetgever op deze wijze een objectief criterium hanteren om kinderen met een inschrijvingsverslag met leezorg IV de toegang tot het gewoon onderwijs te ontfeggen.

Daarnaast zou de decreetgever een regeling kunnen uitwerken rond de toekenning van een leezorgverslag (wat zou overeenkomen met leezorg I en II), waarbij op de school voortaan de verplichting rust om GON en ION aan te vragen voor de leerlingen die een dergelijk leezorgverslag voorleggen. Dit impliceert dat de decreetgever ook voldoende middelen moet voorzien om deze ondersteuningsmaatregelen aan leerlingen met een leezorgverslag I en II ook in de praktijk te garanderen. Anderzijds zouden leerlingen met een leezorgverslag zonder meer geweigerd worden door scholen voor buitengewoon onderwijs.

Op deze wijze geeft de voorlegging van het inschrijvingsverslag (voor leezorg III en IV) een recht tot toegang in het buitengewoon onderwijs en daarnaast de voorlegging van het inschrijvingsverslag voor leezorg III een recht tot inschrijving in het (inclusief) gewoon onderwijs onder ontbindende voorwaarde van voldoende draagkracht (redelijke niet onevenredige aanpassingen).

¹⁵¹ De Memorie van Toelichting bij artikel 18 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid van 2008 vermeldt als indicator voor onevenredige belasting de impact van de aanpassing op de veiligheid en gebruiksmogelijkheden voor andere gebruikers. Ondanks het feit dat een leerling met een handicap in staat is de opleiding te volgen, kan het zijn dat sprake is van ontoelaatbare risico's dat moet worden afgezien van toelating van de leerling. Dit is een uitzondering op de verplichting van gelijke behandeling, die restrictief wordt uitgelegd. Een beroep op deze uitzonderingsgrond stelt hoge eisen aan de motivering dat er een reëel gevaar is. Deze uitzondering laat overigens de plicht tot het doen van doeltreffende aanpassingen onverlet. Alleen indien het gevaar niet met redelijke aanpassingen kan worden afgewend, mag een leerling worden afgewezen.

De voorlegging van een leezorgverslag (voor leezorg I en II) leidt tot uitsluiting uit het buitengewoon onderwijs maar geeft de leerling met leezorg I en II de zekerheid van voorzieningen van individuele specifieke ondersteuning in het gewoon onderwijs.¹⁵² Door dergelijke regeling, zal de Commissie Leerlingenrechten in het geval van leerlingen met een inschrijvingsverslag of leezorgverslag voortaan rekening houden met pedagogische overwegingen, zijnde het voldoen van geschiktheidseisen (wezenlijke vereisten) voor de opleiding mits voldoende ondersteuning. De toetsingsbevoegdheid in dit geval betreft enkel het toetsen van doeltreffende aanpassingen gericht op aanpassingen die deelname aan het onderwijs mogelijk maken en betreft niet het toetsen van aanpassingen die vallen onder aanpassingen voor alledaagse levensverrichtingen zoals hulp bij de toiletgang en het verwijderen van slijm uit mond en luchtwegen als zijnde hulp die de betrokkenen nodig hebben om te kunnen functioneren omdat dit kan geacht worden een te grote organisatorische impact te hebben op het schoolgebeuren en mogelijks een impact heeft op de veiligheid voor en het onderwijs van andere leerlingen.

DEEL 3 – RELEVANTE UITSPRAKEN VAN (JURISDICTIONELE) ORGANEN

- Arbitragehof/ Grondwettelijk Hof, nr. 107/2004 van 16 juni 2004
- Arbitragehof/ Grondwettelijk Hof, nr. 107/2004 van 16 juni 2004
- Arbitragehof/ Grondwettelijk Hof, nr. 33/92 van 7 mei 1992
- Arbitragehof/ Grondwettelijk Hof, nr. 11/96 van 8 februari 1996
- Arbitragehof/ Grondwettelijk Hof, nr. 25/92 van 2 april 1992
- Belgian Linguistic Cases, Appl. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. Cass., 20 december 1990, Arr. Cass. 1990-91, 445
- CGB 11 mei 2006, oordeel 2006-90
- CGB 12 maart 2007, oordeel 2007-37
- CGB 20 juli 2004, in dezelfde zin CGB 12 februari 2007, oordeel 2007-25
- CGB 29 juni 2006, oordeel 2006-132
- CGB 6 april 2006, oordeel 2006-59 en 2006-60
- CGB, Oordeel 2005-11 (Universiteit onvoldoende toegankelijk voor gehandicapte student),

¹⁵² In die zien ook het advies van 6 februari 2007 van het Raadgevend Comité bij het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (VAPH) over de conceptnota leezorg: "Tegelijk benadrukt het RC dat in artikel 24 van de VN conventie van 13 december 2006 uitdrukkelijk gesteld wordt dat de VN-lidstaten er toe gehouden zijn om 'full inclusion' te realiseren op het vlak van onderwijs. In die optiek verschijnt het leezorgkader als een minimale, en zelfs onvolledige invulling van dit ingebouwde recht. De Vlaamse overheid dient er zich van bewust te zijn dat na de ratificatie van dit verdrag door België deze conventie afdwingbaar wordt. De nodige ondersteuning bieden om inclusief onderwijs in Vlaanderen mogelijk te maken is dus niet enkel een zaak van goodwill maar is in de eerste plaats een vorm van goed en vooruitdenkend bestuur."

- CGB, Oordeel 2005-14, (Opleidingsinstituut reageert afwijzend/zeer terughoudend op slechthorende student
- Commissie inzake Leerlingenrechten, Beslissing Nr. 2003/39, 17 oktober 2003.
- Commissie Leerlingenrechten nr. 2007/39 van 28 augustus 2007
- Commissie Leerlingenrechten nr. 2007/42 van 5 september 2007
- Commissie voor Kinderrechten, zie: Belgium, CRC, CRC/C/118 (2002) 29 at paras. 109 and 110
- D.H. and others v. Czech Republic, App. No. 57325/00. D.H. and others v. Czech Republic, App. No. 57325/00
- Grondwettelijk Hof (Arbitragehof), 19 mei 1994, nr. 40/94, ADEAP, BS 10 juni 1994)
- Kort Ged. Rb Gent 25 maart 1994, T.G.R. 1994, 71, J. dr. jeun. 1994, afl. 139, 31
- Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, R.W. 1992-93, 541
- Rb. Brussel 23 maart 1990, J.T. 1991, 165
- Rb. eerste aanleg Leuven, afdeling burgerlijke rechtbank, 27 juli 2009, Rol nr.: 09/101/C
- R.v.St., vzw O.T.O., nr. 34.237 van 27 februari 1990
- R.v.St., 130.168, Lefebvre, van 6 april 2004
- R.v.St., afdeling administratie, arrest nr. 130.975 van 4 mei 2004 in de zaak A. 147.234/XII-4040
- RvS, 30 december 1993, nr. 45.552, De Wispelaere
- RvS, 6 september 1989, nr. 32.989, M'Feddal
- Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zetelend zoals in kort geding, 15 juli 2009, AR 09/1122/A
- X v. Austria, Appl. 5492/72.