

Ongedocumenteerd en toch naar school?

Zo normaal als het voor veruit de meeste kinderen en volwassenen in ons land is om naar school te gaan en onderwijs te volgen, zo problematisch is dat voor een klein deel van de mensen die binnen onze landsgrenzen leeft. Het gaat dan om ongedocumenteerden: mensen die zonder een geldige verblijfsvergunning in Nederland verblijven. Wat als deze kinderen of volwassenen zich bij een school melden om een vorm van onderwijs te volgen? Wat zijn de kaders waar de school of instelling dan in ieder geval op moet letten?

Prof. dr. R. van Schoonhoven*

Over ongedocumenteerden is niet zoveel bekend. We weten bijvoorbeeld niet hoeveel het er zijn. De schattingen geven aan dat het zeker om tienduizenden mensen gaat, maar met zekerheid valt niet te zeggen of het er aanzienlijk meer of minder zijn.¹ Het gaat hoe dan ook over mensen die geen geldige verblijfsvergunning (meer) hebben, bijvoorbeeld uitgedeelde asielzoekers, slachtoffers van mensenhandel, staatlozen die niet terug kunnen naar het land van herkomst. Hun verblijf wordt aangeduid als illegaal. Sinds 2014 hebben zij recht op 'bed, bad en brood', oftewel een voorziening van overheidswege voor basale levensbehoeften.² Maar ruimere toegang tot (sociale) voorzieningen en/of werk is er voor ongedocumenteerden per definitie niet. Wel wordt in de praktijk steun en opvang geboden door kerkelijke organisaties, steuncomités en vrijwilligers.

Het komt voor dat ongedocumenteerde kinderen of volwassenen zich bij de poort van de school of opleiding melden omdat ze graag onderwijs willen volgen. Alleen al omdat de hele dag in een - veelal geïmproviseerde - opvang verblijven nu eenmaal

ook geen pretje is. Maar het komt ook voor dat een leerling of student mét verblijfstatus door de loop der dingen een ongedocumenteerde wordt. Wat is in dit soort situaties voor een school of opleiding relevant om te weten? In dit beschrijvende artikel wordt de hoofdlijn nog eens uiteengezet.

1. Ongedocumenteerde leerlingen in het funderend onderwijs³

Over ongedocumenteerde leerlingen in het primair en voortgezet onderwijs is de wet vrij duidelijk. Zij kunnen, beter gezegd: moeten, naar school en de school krijgt daarvoor ook bekostiging. Volgens artikel 40 van de Wet op het primair onderwijs (WPO) is de toelating van de leerling namelijk niet afhankelijk van een al dan niet rechtmatig verblijf binnen onze landsgrenzen.⁴ De leerlingen in kwestie worden geacht onder de Leerplichtwet 1969 te vallen en moeten dus naar school. En de school moet ze op grond van de WPO inschrijven, ook als de ouders of verzorgers van de leerling geen burgerservicenummer kunnen overleggen.⁵

In het voortgezet onderwijs is de situatie niet veel anders. Artikel 27 lid 1a onder b van e van de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) bepaalt dat een ongedocumenteerde leerling ('vreemdeling') die jonger is dan 18 jaar ingeschreven kan worden aan een school voortgezet onderwijs. Onder d van datzelfde artikellid is omschreven dat deze leerling de school ook kan afmaken na het bereiken van de 18 jarige leeftijd. Ook deze leerlingen worden geacht leer- en kwalificatieplichtig te zijn. De school krijgt derhalve bekostiging voor het onderwijs aan de ongedocumenteerde leerling.

2. Ongedocumenteerden in het mbo

De lijn die in het funderend onderwijs geldt, is deels ook van toepassing in het middelbaar beroepsonderwijs (mbo). Daarbij moet echter wel onderscheid worden gemaakt tussen in ieder geval (1) het rijksbekostigd mbo dat onder meer aan regionale opleidingscentra (roc's) wordt verzorgd en (2) de erkende mbo-opleidingen die anderszins worden bekostigd, bijvoorbeeld uit particuliere gelden. Hierna wordt deze lijn voor beide categorieën beschreven.

Rijksbekostigd mbo

In artikel 8.1.1 eerste lid van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) is eenzelfde bepaling opgenomen als in artikel 27 WVO. Dit betekent dat een ongedocumenteerde die jonger is dan 18 jaar ingeschreven kan worden voor een mbo-opleiding en dat de instelling daar ook bekostiging voor ontvangt. Uit hoofde van de Leerplichtwet

* Renée van Schoonhoven is hoogleraar Onderwijsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en tevens bijzonder hoogleraar Onderwijsrecht met betrekking tot het beroepsonderwijs aan dezelfde universiteit.

1969 zijn deze jongeren zo niet leer-, dan wel kwalificatieplichtig. De student in kwestie kan zijn mbo-opleiding op grond van artikel 8.1.1 eerste lid onder d WEB ook afronden.

Wat onder dat 'afronden' moet worden verstaan en of dat ook 'stage lopen' en 'diplomering' betekent, daar is enkele jaren terug duidelijkheid over gekomen naar aanleiding van enkele zaken die werden voorgelegd aan de Haagse rechtbank.⁶ In de eerste van deze drie uitspraken betrof het een student die op 17-jarige leeftijd aan zijn mbo-opleiding was begonnen; hij beschikte op dat moment over een verblijfstitel. Deze verviel echter tijdens zijn opleiding; om die reden kon hij geen stage lopen omdat het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (BuWAV) hem geen ontheffing gaf voor de benodigde tewerkstellingsvergunning. Aangezien stage lopen in het mbo een diplomeringseis is waar de instelling zich aan heeft te houden, kon hij zijn opleiding niet met een diploma afronden. De civiele rechter oordeelde dat sprake was van onrechtmatige daad door de Staat omdat sprake was van een disproportionele beperking van het recht op onderwijs zoals opgenomen in artikel 2 van het Eerste Protocol (EP) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het recht op onderwijs moet volgens de rechter namelijk ook geëffectueerd kunnen worden, hetgeen de mogelijkheid van het behalen van het diploma insluit.⁷

Naar aanleiding van deze zaak is door de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid besloten het BuWAV te wijzigen,⁸ zodanig dat in het vervolg mbo-studenten zonder verblijfstitel die voor hun 18e jaar aan de opleiding in de beroepsopleidende leerweg (bol) zijn begonnen, in het vervolg wel de voor het diploma verplichte stage kunnen lopen, mits deze stage onbezoldigd is.⁹

In de twee andere zaken wordt voortgebouwd op deze uitspraak. Inzet bij de uitspraken is nu niet meer het kunnen volgen van stage en daarmee afronden van de opleiding, maar de toelating tot de mbo-opleiding als zodanig. Het gaat in deze zaken om twee studenten - eveneens zonder verblijfstitel - die ouder zijn dan 18 jaar. Beide studenten vorderen toelating tot de mbo-opleiding, die hen is geweigerd omdat de WEB bepaalt dat dit enkel kan als een student zonder verblijfsstatus jonger is dan 18 jaar.¹⁰ De studenten vorderen alsnog toelating met een beroep op onder meer artikel 2 EP van het EVRM. De rechter oordeelt in deze twee cases dat de beperking van het recht op onderwijs, door de Staat aangebracht met het betreffende criterium uit de WEB, legitiem en aanvaardbaar is. Tevens vindt de rechter dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Dit omdat de groep volwassenen die aldus van toelating tot het bekostigd onderwijs wordt uitgesloten, beperkt blijft. Studenten zonder verblijfsstatus en jonger dan 18 jaar kunnen - in aansluiting op "de in Nederland geldende leerplicht tot 18 jaar"¹¹ - wel naar het mbo en zij kunnen deze opleiding ook afmaken. De rechter acht dit geheel een 'fair balance'.

Samengevat: ongedocumenteerde mbo-studenten die aan een opleiding in de dagschoolvariant van het mbo (de beroepsopleidende leerweg, bol) beginnen als zij jonger zijn dan 18 jaar, kunnen die opleiding gewoon blijven volgen na het bereiken van hun 18-jarige leeftijd en die ook afronden. Dat afronden omvat ook het volgen van de stage en - als aan de relevante voorwaarden is voldaan - het in aanmerking komen voor het diploma. De mbo-instelling ontvangt voor het onderwijs aan deze studenten bekostiging.

Overigens, als deze ongedocumenteerde van jonger dan 18 jaar de duale mbo-variant wil volgen (beroepsbegeleidende leerweg, bbl) dan kan dat ook bekostigd. Het punt is wel dat deze bekostigde bbl-opleiding niet kan worden geëffectueerd, omdat de bbl de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst en daarmee loon veronderstelt; op grond van het BuWAV is in geval van de bbl geen ontheffing van de benodigde tewerkstellingsvergunning mogelijk.

Ongedocumenteerde mbo-studenten die aan een opleiding in de dagschoolvariant van het mbo beginnen als zij jonger zijn dan 18 jaar, kunnen die opleiding gewoon blijven volgen na het bereiken van hun 18-jarige leeftijd en die ook afronden.

Ongedocumenteerden die ouder zijn dan 18 jaar kunnen door de mbo-instelling op grond van de WEB niet worden ingeschreven voor een bekostigde mbo-opleiding.

Erkend mbo

Dan de tweede categorie: de aanbieders van erkende mbo-opleidingen, die in de WEB worden aangeduid als 'andere instellingen'. Het gaat dan om onder meer aanbieders als NCOI, Schoevers, LOI enzovoorts, maar er zijn ook vele kleine erkende opleiders.¹² De erkenning van een mbo-opleiding moet op grond van artikel 1.4.1 WEB worden aangevraagd bij de minister. Datzelfde artikel specificeert in het eerste lid de voorwaarden waaraan het bevoegd gezag van deze opleiding - een rechtspersoon of natuurlijk persoon - moet voldoen. Deze gelden dan niet als bekostigingsvoorwaarden aangezien de aanbieder geen rijksbekostiging ontvangt, maar wel als de voorschriften die de aanbieder heeft na te leven.

In de opsomming van deze voorschriften wordt artikel 8.1.1 WEB niet vermeld, hetgeen impliceert dat ongedocumenteerden ongeacht hun leeftijd in beginsel aan deze opleidingen kunnen deelnemen. Als dat een bol-opleiding is, dan maakt het inmiddels aangepaste BuWAV (zie hiervoor) het mogelijk dat de ongedocumenteerde, indien deze aan de opleiding is begonnen vóór zijn 18e levensjaar, ook onbezoldigd stage kan lopen en dus zijn opleiding kan afronden. Voor ongedocumenteerden die bij de start van hun opleiding ouder zijn dan 18 jaar én voor hen die een bbl-traject volgen, geeft het BuWAV ook in dit geval geen ontheffing van de tewerkstellingsvergunning. Desondanks kunnen ze in al deze gevallen wel een overeenkomst sluiten tot het volgen van een erkende opleiding omdat de WEB dat nu eenmaal niet uitsluit; de student kan echter geen bezoldigde stage lopen, waarmee de bbl-opleiding dus ook niet kan worden afgerond.

Nu is deze categorie in zoverre illusoir dat het doorgaans opleidingen betreft waarvoor vanwege het ontbreken van rijksbekostiging door de student een flink bedrag op tafel moet worden gelegd. Bedragen waarover ongedocumenteerden meestal niet beschikken. Het is echter denkbaar dat de erkende opleiding niet uitgaat van een voornamelijk commercieel opererende rechtspersoon, maar van dezelfde rechtspersoon die tevens een mbo-instelling in stand houdt. Artikel 1.4.1 WEB maakt het namelijk mogelijk dat ook deze rechtspersonen een aanvraag voor erkend, niet-rijksbekostigd aanbod indienen bij de minister. In de praktijk is en wordt daarvan ook gebruik gemaakt. Langs deze route kunnen rechtspersonen die mbo-instellingen in stand houden met

ongedocumenteerden die ouder zijn dan 18 jaar een overeenkomst aangaan tot het volgen van een - in dit geval erkende, niet bekostigde - opleiding. Ervan uitgaande dat deze ongedocumenteerden en/of diens hulpverleners de opleiding niet zelf kunnen bekostigen, zullen de rechtspersonen in kwestie zelf in de financiering moeten voorzien, bijvoorbeeld uit de financiële reserve van de rechtspersoon.

3. Ongedocumenteerden in het hoger onderwijs

Artikel 7.32 vijfde lid van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) bevat eenzelfde lijn als hiervoor geschetst voor zowel het voortgezet onderwijs als het bekostigd mbo. Dus: als een ongedocumenteerde jonger is dan 18 jaar als hij aan zijn studie begint, dan kan hij deze ook afronden na het bereiken van de 18-jarige leeftijd. De onderwijsinstelling krijgt deze onderwijsdeelname van het Rijk bekostigd. Ongedocumenteerden ouder dan 18 jaar kunnen door instellingen van hoger onderwijs niet worden ingeschreven.

Net als in het mbo zijn er ook in het hoger onderwijs erkende, niet bekostigde aanbieders (artikel 1.12 WHW). Mutatis mutandis geldt hetgeen hiervoor is beschreven voor erkende mbo-opleidingen, ook voor erkend hoger onderwijs.

Er is overigens wel één belangrijk verschil met het mbo en dat is dat in het BuWAV geen mogelijkheid is opgenomen om ontheffing van tewerkstellingsvergunning te krijgen voor stages die onderdeel zijn van het betreffende curriculum. Op zich is dat wel te begrijpen, aangezien de wetgever voor het hoger onderwijs ook niet bepaald heeft dat stage een vereist onderdeel is van het onderwijsprogramma.

4. Wat als we het tóch doen?

De vraag die ook vaak wordt gesteld als het over onderwijsdeelname van ongedocumenteerden gaat, is: 'Wat zijn de sancties?' Het betreft dan vaak onderwijsdeelname in het mbo en hoger onderwijs, aangezien zoals hiervoor beschreven het volgen en het geven van basis- en voortgezet onderwijs als rechtmatig wordt beschouwd omdat het over minderjarigen gaat die recht hebben op onderwijs. Maar in geval van het mbo en hoger onderwijs zijn er grenzen, en wel: a) tussen studenten jonger of ouder dan 18 jaar, b) tussen bekostigd en erkend aanbod en c) tussen onderwijs mét of zonder een stageverplichting.

Wat zijn de sancties voor de instelling als over één of meer van deze grenzen wordt heengegaan? Uit het voorgaande mag duidelijk zijn dat als een mbo-instelling een ongedocumenteerde van ouder dan 18 jaar toch inschrijft voor een opleiding en daarmee in aanmerking brengt voor bekostiging, de instelling in strijd handelt met de bekostigingsvoorwaarden. In dat geval loopt de instelling ten eerste het risico dat de student in kwestie bij de accountantscontrole in de steekproef valt; als de accountant waarneemt dat de inschrijving niet conform de voorschriften is, dan zal hij het bevoegd gezag van de instelling daar op wijzen en moet de student alsnog uit de bekostigingsaanvraag worden verwijderd. Ook verderop in de

controle-keten kan blijken dat het opvoeren van de student niet volgens de voorschriften is; de alsdan verstrekte bekostiging wordt in dat geval teruggevorderd. Ten tweede kan de Inspectie van het Onderwijs waarnemen dat bepalingen omtrent inschrijving niet door het bevoegd gezag zijn nageleefd; dit feit kan dan worden betrokken bij het oordeel over naleving van bekostigingsvoorwaarden. Hoewel daarmee in beide gevallen de sancties voor de instelling niet strafrechtelijk van aard zijn, zullen veel onderwijsbestuurders deze weg begrijpelijkerwijs niet willen bewandelen omdat zij daarmee in strijd handelen met bekostigingsvoorwaarden.

Wat wél kan - zo mag uit het voorgaande blijken - is dat de ongedocumenteerde van 18-plus met de rechtspersoon die de mbo-instelling in stand houdt, een onderwijsovereenkomst sluit over deelname aan een erkende opleiding die eveneens (als andere instelling) wordt aangeboden. Er is dan immers geen sprake van rijksbekostiging, noch van het op dit punt niet-naleven van een wettelijk voorschrift.

In dat geval is er ook geen sprake van sancties voor de ongedocumenteerde. Deze kan dus ook in geval van 18 jaar en ouder zonder sanctionering deelnemen aan een niet door het Rijk bekostigde, erkende opleiding die door de instelling als zodanig wordt aangeboden.¹³

Een sanctie voor de ongedocumenteerde van 18 jaar of ouder kan echter wél aan de orde zijn als deze in het hoger onderwijs zonder inschrijving of toestemming aanschuift bij een groep gewone studenten en zo feitelijk een opleiding volgt. Relevant is dan dat artikel 15.3 WHW stelt dat niet-gerechtigde onderwijsdeelname een straf oplevert met een geldboete. Het opleggen van deze straf kan alsdan door de daartoe bevoegde instanties in gang worden gezet. De WEB bevat een dergelijke boete-bepaling niet.

Het is echter wel mogelijk een overeenkomst met de ongedocumenteerde aan te gaan voor deelname aan niet-bekostigd, erkend onderwijs, dat eveneens vanuit de rechtspersoon wordt aangeboden. In de financiering van die opleiding moet dan langs een andere weg dan via rijksbekostiging worden voorzien.

5. Ten slotte

Wat te doen als een ongedocumenteerde van 18-plus zich bij een mbo-instelling of instelling voor hoger onderwijs meldt voor een vorm van onderwijsdeelname? Kan de instelling daar gelet op het wettelijk kader gehoor aan geven? In dit artikel is beschreven dat bekostigde instellingen deze studenten niet kunnen inschrijven omdat zij daarmee in strijd handelen met de wet. Het is echter wel mogelijk een overeenkomst met de ongedocumenteerde aan te gaan voor deelname aan niet-bekostigd, erkend onderwijs, dat eveneens vanuit de rechtspersoon wordt aangeboden. In de financiering van die opleiding moet dan langs een andere weg dan via rijksbekostiging worden voorzien. Of en in hoeverre de rechtspersoon in kwestie deze mogelijkheid ook daadwerkelijk wil realiseren is sterk afhankelijk van overwegingen van medemenselijkheid.

Noten

1. Voor meer informatie zie onder meer www.amnesty.nl en www.iedereen-aandeslag.nl.
2. Centrale Raad van Beroep 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178. Onder het huidige regeerakkoord is in dit verband met gemeenten een samenwerkingsafpraak gemaakt over locaties vreemdelingen voorzieningen (Lv's), zie voor de stand van zaken *Kamerstukken II 2018/19, 19 637, 2445*.
3. Zie voor een nadere beschrijving van deze kinderen: M. Kromhout e.a., *Kinderen buiten beeld. Een onderzoek naar de woon- en leefsituatie van ongedocumenteerde kinderen*. Stichting LOS 2014.
4. Cf. artikel 8 Vreemdelingenwet 2000.
5. Zie artikel 2 eerste lid Leerplichtwet 1969.
6. Rb. Den Haag 2 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4736. Rb. Den Haag 11 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9082 en 9084. Deze uitspraken staan tevens beschreven in R. van Schoonhoven, *Recht doen aan beroepsonderwijs*. Amsterdam: Vrije Universiteit 2016 (oratie).
7. Over deze uitspraak, zie P. Huisman & J. de Wit, 'Hoe ver reikt het onderwijs aan illegalen?' In: *NTM|NJCM-Bulletin*, 2013, 38, 1, p. 19-32.
8. *Kamerstukken II 2012/13, 32 144, nr. 21*.
9. Stb. 2013, 360. In 2015 is deze wijziging gevolgd door de aanvulling dat deze ook geldt voor leerlingen zonder verblijfstatus die voor het behalen van hun diploma stage moeten lopen in hetzij het vmbo, praktijkonderwijs of voortgezet speciaal onderwijs (Stb. 2015, 301).
10. Betreft artikel 8.1.1 lid 1 onder b en c.
11. Citaat uit Rb. Den Haag 11 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9082 en 908.
12. Zie voor een overzicht: https://www.duo.nl/open_onderwijsdata/databestanden/mbo/crebo/crebo-3.jsp.
13. Overigens is het zijn van 'ongedocumenteerd' in ons land geen strafbaar feit. Wel kunnen ongedocumenteerden in detentie worden gezet, ter voorbereiding op uitzetting. In dit verband heeft de Inspectie van het Onderwijs op grond van de Wet op het onderwijstoezicht (WOT) geen reguliere (opsporings-) bevoegdheid. Wel kan aan een inspecteur in specifieke gevallen op grond van artikel 9 WOT een bepaalde aanvullende bevoegdheid worden toegekend; deze omstandigheid dient dan als zodanig op voorhand te zijn gepubliceerd.