

## JURIDIESE ASPEKTE VAN TUISONDERWYS

### 1 Sekere grondwetlike oorwegings

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 gee ingevolge artikel 29(1) 'n reg op basiese onderwys aan "elkeen" in Suid-Afrika. Voorts erken hierdie bepaling 'n *gekwalifiseerde* reg op "verdere onderwys" (sien in die algemeen oor a 29, Malherbe "Reflections on the education clause in the SA Bill of Rights" 1997 *TSAR* 85 95–98). Die kwalifikasie tot die reg op verdere onderwys hou verband met die beperkte hulpbronne wat die staat het om in meer as "basiese" onderwysbehoefte te voorsien. Wat die begrippe "basiese onderwys" en "verdere onderwys" presies beteken, is nog nie volkome duidelik nie.

Voorts skep artikel 29(2) 'n reg op onderwys in 'n taal of tale van keuse en in artikel 29(3) is daar die reg om op eie koste onafhanklike instellings (wat skole insluit) op te rig mits aan sekere vereistes voldoen word. Die vereistes hou verband met die standaard van onderrig, registrasie by die staat en nie-diskriminasie op grond van ras (sien in die algemeen oor privaatonderwys Squelch *Private education in South Africa: The legal status and management of private schools* (D Ed-proefskrif Unisa 1997) *passim*).

Die uitgangspunt is dat elkeen se reg op basiese of verdere onderwys teen die staat geld en dat die staat dus dienoreenkomstig 'n plig het om 'n openbare onderwysstelsel te vestig, te bedryf en uit te brei sodat die reg op onderwys nie bloot 'n "papierreg" is nie maar voldoende praktiese betekenis het.

Die staat se plig gaan egter verder as die openbare onderwysstelsel en in die algemeen kan mens sê dat die staat nie onredelike struikelblokke in die weg mag lê van ander geldige inisiatiewe om aan kinders se reg op onderwys te voldoen nie. Die staat behoort dit byvoorbeeld nie onredelik moeilik te maak om onafhanklike skole (privaatskole) te stig en te bedryf nie en dieselfde geld vir enige ander geldige onderwysalternatiewe wat daar bestaan – soos tuisonderwys. Die staat se onbetwisbare verantwoordelikheid ten aansien van onderwys (sien hieroor in 'n Amerikaanse konteks, *Wisconsin v Yoder* 406 US 205 214–215) gee nie daaraan die reg om 'n "onderwysdiktatuur" te vestig en ander alternatiewe as die openbare skoolstelsel te probeer onderdruk of te versmoor nie. Nogtans is dit regverdigbaar dat die staat ook in gevalle waar hy nie onderwys self finansier of andersins in stand hou nie, minimum vereistes ten opsigte van gehaltebeheer kan stel en afdwing ten einde kinders en hulle ouers te beskerm (sien in die algemeen vir regterlike opmerkings oor gehalte-onderwys in SA, selfs deur die gebruik van buitelandse onderwysers, *Larbi-Odam v Member of the Executive Council for Education (North-West Province)* 1998 1 SA 745 (KH) par [30]–[31]).

Die Grondwet behandel onderwys op twee vlakke, *eerstens* die algemene reg op basiese en verdere onderwys, en *tweedens* onderwys by openbare of onafhanklike instellings.

Die eerste vlak sluit die algemene reg op onderwys in wat uitgelê moet word in die lig van die geweldige internasionale en buitelandse gesag wat daarvoor opgebou is (vgl in die algemeen De Groof "Some comments and questions on

rights dealing with education in the RSA" in *De Groof en Bray Education under the new Constitution in South Africa* (1996) 55–103). Dit is beslis nie net die staat wat ingevolge hierdie reg kan of moet presteer om onderwys te voorsien nie. Onderwys is 'n wye begrip en kan nie beperk word tot onderrig in die meer formele instellings waaroor daar bepalings in artikel 29 van die Grondwet is nie. Die feit dat ons Grondwet dus nie soos die Ierse Grondwet (in a 42(1) – sien hieronder) 'n bepaling bevat wat ouers uitdruklik die reg gee om hulle kinders tuis te onderrig nie, maak nie hierdie alternatief grondwetlik ongeldig nie (vgl in die algemeen Malherbe 96 oor die gebrek aan 'n verwysing na "home education" in a 29). In Suid-Afrika kan tuisonderwys grondwetlik wel gekoppel word aan 'n kind se fundamentele reg op ouersorg (a 28(1)(b)) – mits die begrip "ouersorg" ruim genoeg uitgelê word.

Die tweede vlak dui op institusionele onderwys weens die verwysing na openbare en onafhanklike instellings waar onderwys kan plaasvind (a 29(2) en (3)). Soos reeds gestel, verteenwoordig institusionele onderwys egter nie die hele spektrum van onderwysvoorsiening as teenkant van die fundamentele reg op onderwys nie.

Die Grondwet bevat in elk geval nie alle moontlike regte wat mense toekom nie (vgl a 39(3)). Die Grondwet erken en verskans net sekere regte wat dan op besondere grondwetlike beskerming aanspraak kan maak (bv ingevolge a 36 wat oor begrensing van regte handel). Ouers kan dus onderwysaktiwiteite bedryf wat nie spesifiek deur die Grondwet erken word nie maar dan is dit onderhewig aan die staat se bevoegheid om dit deur wetgewing te verbied of te beperk sonder dat artikel 36 van die Grondwet 'n rol speel. Die punt is egter dat die algemene reg op onderwys heelwat ruimte vir ouers bied om handelinge te onderneem en inisiatief aan die dag te lê ten einde aan hulle kinders se reg op onderwys gevolg te gee. Dit is argumenteerbaar dat alle sodanige redelike aktiwiteite steeds binne die bepalings van die Grondwet val as synde voldoening aan kinders se fundamentele reg op onderwys.

## 2 Artikel 51 van die Suid-Afrikaanse Skolewet

Artikel 51 van die Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 handel uitdruklik met tuisonderwys. Die bepaling kom voor in hoofstuk 5 van die wet wat die regsraamwerk vir "onafhanklike skole" bevat. Die implikasie mag wees dat die wetgewer tuisonderwys as 'n verskyningsvorm van private of "onafhanklike" onderwys beskou en dat dit dus moontlik wel onder artikel 29(3) van die Grondwet ressorteer. Soos hierbo betoog, is die fundamentele reg op onderwys egter so wyd dat dit waarskynlik ook vir tuisonderwys voorsiening maak.

### 2.1 Die inhoud van artikel 51(1) en (2)

"(1) 'n Ouer kan by die Departementshoof aansoek doen om die registrasie van 'n leerder om by die leerder se huis onderwys te ontvang.

(2) Die Departementshoof moet 'n leerder soos beoog in subartikel (1) registreer indien hy of sy oortuig is dat –

(a) die registrasie in belang van die leerder is;

(b) die onderwys wat die leerder waarskynlik tuis sal ontvang –

(i) aan die minimum vereistes van die kurrikulum van openbare skole sal voldoen; en

(ii) van 'n standaard sal wees wat nie minderwaardig is aan die standaard van onderwys wat in openbare skole aangebied word nie; en

(iii) die ouer aan enige ander redelike voorwaardes wat deur die Departementshoof gestel word, sal voldoen."

Artikel 51(3)-(5) handel met die terugtrekking van registrasie en 'n ouer se appèl na die provinsiale LUR vir onderwys in so 'n geval.

## 2.2 Bespreking van aspekte van artikel 51(1) en (2)

(a) Die bepalings van artikel 51 skep waarskynlik minimum norme en standaarde sowel as 'n raamwerk (soos voorsien in a 146(2)(b)(i) en (ii) van die Grondwet) en sal dus voorkeur geniet bo enige provinsiale onderwyswetgewing. Daar moet ook gelet word op artikel 2(3) van die Skolewet (soos gewysig deur a 2 van Wet 100 van 1997) wat soos volg bepaal:

“Geen bepaling van hierdie Wet belet 'n provinsiale wetgewer om wetgewing vir skoolonderwys in 'n provinsie ooreenkomstig die Grondwet en hierdie wet te verorden nie.”

Hierdie subartikel se bewoording versterk die argument dat provinsies gebonde is aan die Skolewet (en natuurlik aan a 51 in die besonder) nog verder. Die woord “skoolonderwys” doen nie hieraan afbreuk nie.

(b) Artikel 51(1) en (2) gee duidelik regte aan ouers en hulle kinders ten aansien van tuisonderwys. Dit gaan natuurlik nie so ver as artikel 42(1) en (2) van die Ierse Grondwet (1937) waarna hierbo verwys is nie, en wat soos volg lui:

“(1) The State acknowledges that the primary and natural educator of the child is the Family and guarantees the inalienable right and duty of parents to provide, according to their means, for the religious and moral, intellectual, physical and social education of their children.

(2) Parents shall be free to provide this education in their homes or in private schools or in schools recognised or established by the State.”

Artikel 51 het 'n meer beperkte doel as die Ierse bepalings en handel in werklikheid met tuisonderwys as alternatief tot verpligte skoolbywoning (a 3 van die Skolewet). Terloops moet daarop gewys word dat die Skolewet se uitgangspunt van “verpligte skoolbywoning” gekritiseer kan word aangesien die korrekte vertrekpunt eerder “verpligte onderwys” behoort te wees.

(c) Sekere besluitnemingsbevoegdheidsde oor tuisonderwys word ingevolge artikel 51 na provinsiale onderwysdepartemente afgewentel wat met die praktiese uitvoering daarvan gemoeid is. Die belangrikste bevoegdheid van die onderwyshoof is waarskynlik om redelike voorwaardes te formuleer waaraan 'n ouer moet voldoen (ingevolge a 51(2)(c)). Soos hierbo vermeld, mag die provinsies waarskynlik nie van artikel 51 afwyk nie. Die betrokke bepalings kan dus waar nodig aangevul word maar daar mag nie buite die raamwerk wat dit skep (en veral die regte aan ouers en hulle kinders wat dit toeken) beweeg word nie. In die Wes-Kaap word regulasies oorweeg om tuisonderwys te hanteer (sien *Buitengewone Provinsiale Koerant* 5254 gedateer 1998-04-24; a 39 van die Wes-Kaapse Provinsiale Wet op Onderwys 12 van 1997). Sodanige regulasies kan deurgaans aan die bepalings van artikel 51 getoets word vir redelikheid en geldigheid.

(d) 'n Leerder wat geregistreer word om onderwys tuis te ontvang, hoef uitersaam nie aansoek te doen om vrystelling van skoolbywoning ingevolge artikel 4 van die Skolewet nie. Artikel 4 gaan heelwat verder as artikel 51 en magtig ook die vrystelling van skoolplig van leerders wat nie tuisonderwys sal ontvang nie.

(e) Die bestaan van artikel 51 dui op 'n wettige en geldige onderwys-alternatief vir die algemene skoolstelsel wat die Skolewet skep en erken. Dit sou klaarblyklik teenstrydig met die bedoeling van die wetgewer wees om artikel 51 so streng uit te lê en toe te pas dat dit feitlik onmoontlik is om met 'n aansoek om

registrasie te slaag of dat slegs mediese redes of 'n groot afstand van 'n skool tuisonderwys regverdig. Dit is waar dat die meeste provinsiale onderwysowerhede nie besonder entoesiasies oor tuisonderwys is nie. Hierdie gesindheid is dikwels aan onkunde te wyte. Uiteraard behoort tuisonderwys beheer te word maar net vir sover dit nodig is om te verseker dat daar redelikerwys aan kinders se reg op onderwys voldoen word. Te streng beheer mag tuisonderwys ondergronds dwing waar daar geen beheer oor moontlik onaanvaarbare praktieke sal wees nie.

(f) Artikel 51 handel nie streng gesproke met *toestemming* vir onderwys tuis nie maar oor die *plig* op die departementshoof om 'n leerder te registreer indien daar aan sekere objektiewe vereistes voldoen word. (In die VSA word in die meerderheid van state nie toestemming van die owerhede vereis nie maar bloot dat hulle in kennis gestel word – vgl in die algemeen Gordon, Russo en Miles *The law of home schooling* (1994) 29–36; *State v Schmidt* 505 NE 2d 627 (Ohio) 1987); *Jeffery v O'Donnell* 702 F Supp 513 (MD Pa 1988); *Blackwelder v Safnauer* 689 F Supp 106 (NDNY 1988)). 'n Provinsiale onderwyshef *moet* registrasie toelaat indien aan al die betrokke vereistes voldoen word. Hy het geen diskresie in hierdie verband nie – sy bevoeghede gaan slegs sover as om te bepaal of daar aan die vereistes van artikel 51 en aan redelike en geldige voorwaardes wat hy mag stel, voldoen word. Die departementshoof se plig tot registrasie ontstaan wanneer hy “oortuig” is dat aan die bepaalde vereistes voldoen is. Die bewyslas in hierdie verband rus waarskynlik op die ouer. Nogtans handel dit uiteraard nie hier oor 'n subjektiewe graad van oortuiging nie – indien die ouer objektief op 'n oorwig van waarskynlikheid aantoon dat aan die vereistes voldoen word, moet die departementshoof die registrasie laat plaasvind.

(g) Die betrokke artikel skryf nie voor *wie* die onderwys tuis van 'n leerder moet behartig nie. Dit bepaal net dat die plek van onderwys die leerder se “huis” moet wees (welke begrip seker ook nog behoorlik geïnterpreteer sal moet word aangesien 'n leerder vermoedelik op meer as een plek “tuis” kan wees). Alhoewel die ouer van 'n leerder die een is wat aansoek moet doen, is daar niks wat aandui dat slegs die ouer by die onderwys betrokke moet wees, of wat die ouer verbied om aldus betrokke te wees nie (sien oor 'n konflik tussen ouers oor die onderwys van hulle kinders, Visser “Some principles regarding the rights, duties and functions of parents in terms of the South African Schools Act 84 of 1996 applicable to public schools” 1997 *TSAR* 626 628; Gordon, Russo en Miles 49 oor die posisie van ouers sonder bewaring van die betrokke kinders).

Volgens gebruik in sekere kringe waar tuisonderwys aangetref word, kan dit benewens die ouer van 'n kind ook 'n grootouer, of 'n broer of suster of 'n ander geskikte persoon wees wat as tutor optree. Dit sou waarskynlik onredelik wees om te vereis dat slegs 'n ouer wat ook as onderwyser gekwalifiseer is die tuisonderwys van sy of haar kind mag behartig. In die VSA (en in baie ander toonaangewende lande) is die tendens om wel sekere minimum akademiese vereistes aan die “tuisopvoeder” te stel maar daar word nie formele registrasie as onderwyser vereis nie (vgl Gordon, Russo en Miles 36–45; *Matter of Franz* 390 NYS 2d 940 (NY App Div 1977) – 'n opvoeder moet slegs “competent” wees).

(h) Artikel 51(2)(a) meld dat die registrasie “in belang” van die leerder moet wees. Daar word geen vereiste gestel dat die onderwys tuis in die “beste belang” van die leerder moet wees of dat dit in die algemeen “beter” vir die leerder moet wees om onderwys tuis te ontvang as in 'n skool nie. Sulke vereistes sou uiteraard tuisonderwys onmoontlik maak behalwe miskien waar daar mediese redes bestaan waarom 'n kind nie die skool hoef by te woon nie. By die uitleg en toepassing

van die vereistes van artikel 51((2)(b) (minimum kurrikulum-vereistes in openbare skole en onderwys wat nie minderwaardig is tov openbare skole nie) moet die Amerikaanse standpunt in gedagte gehou word dat "[i]f the provision requires literal equivalence to public school, then home education is not a real alternative" (sien Stocklin-Enright "The constitutionality of home education: The role of the parent, the state and the child" 1982 (18) *Willamete LR* 563 619; *Farrington v Tokushige* 273 US 284 (1927); sien ook in die algemeen hieroor Nguyen *Home education: The road less travelled* (voorlesing tydens 'n seminar in 1993) 17-18); verder Gordon, Russo en Miles 17-24).

(i) Die bepaling dat die departementshoof ander redelike voorwaardes kan stel (a 51(3)) is nie 'n vrypas om vereistes in te voer wat die registrasie vir onderwys tuis effektief onmoontlik maak nie. Die toets vir redelikheid in hierdie geval behoort te draai om daardie elemente wat noodsaaklik mag wees om te verseker dat daar wel in 'n genoegsame mate aan 'n leerder se fundamentele reg op onderwys voldoen sal word. Uit die bewoording van artikel 51(3) blyk dit dat dit hier om "ander" voorwaardes gaan as daardie wat met die kurrikulum en die standaard van onderwys verband hou. Die departementshoof se voorwaardes moet ook duidelik genoeg wees sodat die ouer redelikerwys kan weet waaraan hy of sy moet voldoen. Hierdie voorwaardes mag moontlik onder meer verband hou met voorgeskrewe kontak tussen die tuisopvoeder (en die leerling) en 'n openbare of private skool, die toelating van inspeksies, die hou van registers, of selfs die toetsing van leerders (sien oor Ig Gordon, Russo en Miles 45-46). Daar moet op gelet word dat die departementshoof oortuig moet wees dat die ouer aan die betrokke voorwaardes "sal voldoen". In praktyk kan dit beteken dat daar 'n redelike waarskynlikheid in hierdie verband moet wees. Absolute sekerheid hieroor sal uiteraard die uitoefening van die reg op tuisonderwys onredelik bemoeilik en is boonop totaal onrealisties.

(j) By die toepassing van die bepalings van artikel 51 moet die onderwysowerhede handel ingevolge die beginsels van administratiewe geregtigheid (a 33 van die Grondwet; in praktyk sal dit oa behels dat besluite onbevooroordeeld geneem word nadat die ouer 'n redelike kans gegee is om sy saak te stel, daar nie onbehoorlike motiewe by die amptenare mag wees nie, die owerhede redelike aandag moet bestee aan elke geval en geldige redes verskaf moet word vir enige weiering).

### 3 Evaluasie

Artikel 51 voorsien 'n raamwerk en los uiteraard nie alle probleme op nie. Dit gee moontlik te veel mag aan die provinsiale onderwyshoof en moes dalk eerder sekere bevoegdhede (bv by die stel van voorwaardes vir registrasie) by die nasionale Minister van Onderwys gelaat het wat dit deur regulasie kon voorskryf. Die provinsiale onderwyshoof behoort meer gemoeid te wees met die stel van tegniese vereistes (soos die vorm en algemene vereistes vir 'n aansoek) en die goedkeuring of afkeuring van aansoeke as met die formulering van beleid.

Alhoewel artikel 51 uitvoerbaar is, is die vraag steeds hoe provinsiale onderwysowerhede dit gaan uitleë en toepas. In sekere provinsies is daar aanduidings van 'n houding oor tuisonderwys wat skynbaar nie rekening hou met die jongste ontwikkelinge op regsgebied (en ander terreine) in vergelykbare jurisdiksies nie. Dit kan natuurlik tot litigasie aanleiding gee maar hopelik word sulke probleme eerder deur die wetgewende en administratiewe prosesse aangespreek.

PJ VISSER

*Universiteit van Pretoria  
Interuniversitêre Sentrum vir Onderwysreg en Onderwysbeleid*