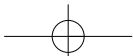
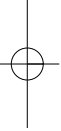
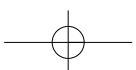
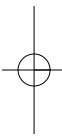


## **De docent: onderdaan of autoriteit?**





## **De docent: onderdaan of autoriteit?**

Symposiumbundel  
Nederlandse Vereniging  
voor Onderwijsrecht 2007

Deel 27 in de serie Onderwijs-  
recht van de Nederlandse  
Vereniging voor Onderwijsrecht

Redactie:  
mr. J.M.M. van de Ven  
prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

*Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:*

Sdu Klantenservice  
Postbus 20014  
2500 EA Den Haag  
tel.: 070 – 378 98 80  
fax: 070 – 378 97 83

NVOR  
Woutersweg 67  
2691 PN 's-Gravenzande  
tel.: 0174-418612  
[www.vornederland.nl](http://www.vornederland.nl)

© NVOR  
© Sdu Uitgevers bv Den Haag, 2007  
ISBN 978-90-12-12563-5  
NUR 840

Zetter: Studio Typeface, Lelystad

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained here in nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

## Inhoud

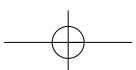
	blz.
<b>Voorwoord</b>	9
<b>De juridische positie van de leraar in balans</b>	11
<i>mr. dr. P.W.A. Huisman en prof. mr. drs. B.P. Vermeulen</i>	
<b>1. Inleiding: de ‘schoolstrijd’ tussen managers en leraren</b>	11
1.1 Veranderde bestuurlijke verhoudingen	12
1.1.1 De professionele autonomie van de leraar: oorspronkelijk geen ‘issue’	12
1.1.2 Wijzigingen in de positie van het schoolbestuur	14
1.2 Veranderde positie van de leraar	16
1.3 Een ‘nieuwe schoolstrijd’?	17
1.3.1 Een ‘schoolstrijd’ tussen managers en leraren?	17
1.3.2 Welke juridische positie voor de leraar?	19
1.4 Centrale vraagstelling: behoeft de professionele autonomie van de leraar juridische borging?	19
1.5 Plan van behandeling	20
<b>2. De vrijheid van de leraar naar internationaal en constitutioneel recht</b>	21
2.1 De rechten van de leraar in het internationale recht	21
2.1.1 De rechten van de leraar als werknemer	21
2.1.2 De mensenrechten van de leraar	22
2.2 De rechten van de leraar op grond van de Grondwet	23
2.3 De rechten van de leraar op grond van de Algemene Wet Gelijke Behandeling	25
<b>3. Het recht op professionele autonomie in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs</b>	29
3.1 Uitgangspunten	29
3.1.1 Tweevoudige rechtsbetrekking	29
3.1.2 Gebondenheid aan de normatieve richting van de school	30
3.1.3 Gezagsrelatie en zorgplichten	31
3.1.4 Vrijheid van pedagogische inrichting	33
3.1.5 Het schoolplan als ankerpunt voor de onderlinge verhoudingen	34
3.2 Zeggenschap en medezeggenschap als werknemer	34

3.2.1	CAO-rechten	34
3.2.2	Medezeggenschap	35
3.2.3	Onderwijsinhoudelijke bevoegdheden	35
3.3	Bekwaamheids- en zedelijkheidseisen ten aanzien van leraren; toezicht door de inspectie	35
3.3.1	Zedelijkheidseisen	36
3.3.2	Bekwaamheidseisen: wettelijke professionele standaard	36
3.3.3	Toezicht door de inspectie; de Wet op het onderwijstoezicht	38
3.3.4	Bekwaamheidseisen en toezicht ten aanzien van het godsdienst- onderwijs	40
3.4	De juridische ruimte van de leraar in relatie tot ouders en leerlingen	42
3.4.1	De vrijheid van de leraar bij het nemen van pedagogische beslissingen	42
3.4.2	Marginale rechterlijke toetsing van beoordelingsbeslissingen	43
3.4.3	Marginale toetsing door klachtencommissies	44
3.4.4	Indringende rechterlijke toetsing bij ongelukken	45
3.5	De juridische ruimte van de leraar in relatie tot het bevoegd gezag	47
3.5.1	Aanwijzingen van het bevoegd gezag in het kader van de onderwijs- kundige inrichting	47
3.5.2	Ruimte bij beoordelingsbeslissingen	49
3.5.3	Zorgvuldigheidstoets bij het nemen van disciplinaire maatregelen	49
<b>4.</b>	<b>Het recht op professionele autonomie in het hoger onderwijs</b>	<b>51</b>
4.1	De vrijheid van wetenschap in artikel 15 IVESCR	51
4.2	De academische vrijheid in artikel 1.6 WHW	52
4.3	De bestuurlijke organisatie als waarborg voor de professionele autonomie	55
<b>5.</b>	<b>Juridische borging van de positie van de professional in het onderwijs</b>	<b>59</b>
5.1	Inleiding	59
5.1.1	Een gemengd beeld	59
5.1.2	Mogelijke varianten	61
5.2	Opting out, lerarencoöperatie, lerarenmaatschap	61
5.2.1	Opting out; 'teacher buy out'	61
5.2.2	Lerarencoöperatie	62
5.2.3	Lerarenmaatschap	63
5.3	Wettelijke regeling	64
5.4	Collectieve afspraken in een professioneel statuut	64
5.5	Afspraken bij overeenkomst/convenant	65
5.6	Vermindering van het overheidstoezicht, versterking beroepsgroep	66
5.7	Beoordeling van de verschillende alternatieven	67
5.7.1	De lerarencoöperatie: te riskant?	67
5.7.2	Een wettelijke regeling; niet passende juridisering en isolering?	68
5.7.3	Professioneel statuut: juridisering, medezeggenschapsdoublure?	69
5.7.4	Overeenkomst: minder democratisch en niet realistisch?	69

## INHOUD

---

5.7.5	Beroepsvereniging en tuchtrecht: juridisering en in strijd met de Grondwet?	70
5.8	Naar een professioneel statuut op landelijk niveau en een regeling/ 'overeenkomst' op schoolniveau	71
5.9	Stellingen	72
 <b>De Wet op de beroepen in het onderwijs (Wet BIO)</b>		75
<i>mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans en mevrouw mr. M. van Es</i>		
1.	Autonomiebevordering/deregulering	75
2.	Arbeidsmarktbeleid	76
3.	Artikel 23 Grondwet	78
4.	De positie van de leraar	78
5.	Centraal register	81
6.	De beroepsgroep	82
7.	Afsluitend	84
 <b>De autonomie van de dokter</b>		85
<i>mr. dr. M.A.J.M. Buijsen</i>		
1.	Inleiding	85
2.	Zelfwetgeving in de geneeskunde: de professionele standaard	86
3.	De dokter en de overheid	88
3.1	De overheid als wetgever	89
3.2	De overheid als bestuursorgaan	90
3.3	De overheid als rechter	91
4.	De dokter en de patiënt	93
5.	De dokter en de zorgverzekeraar	95
6.	De dokter en het instellingsbestuur	96
7.	Slotsom	98
 <b>Over de auteurs</b>		99





## Voorwoord

Onder de titel 'De leraar: onderdaan of autoriteit?' organiseert de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht op 30 november 2007 het jaarsymposium. Het preadvies zal de volgende hoofdvraag proberen te beantwoorden:

*In hoeverre is er een recht op professionele autonomie van de onderwijsgevende en in hoeverre zou een dergelijk recht wettelijk of anderszins moeten worden geborgd?*

Docenten en leraren zijn cruciaal voor het onderwijs, maar hoe zit het met hun zeggenschap over het onderwijs dat ze geven? Zijn ze – ook in juridische zin – nog eigenaar van hun vak?

Volgens sommigen is er sprake van een nieuwe 'schoolstrijd' tussen de managers en degenen die er echt toe doen; de onderwijsprofessionals. Wat is de huidige juridische positie van de leraar? In welke mate kan hij tegenover het bevoegd gezag en tegenover ouders, leerlingen en studenten in rechte een beroep doen op zijn professionele autonomie? En gesteld dat de leraar of het docententeam een sterker gewaarborgde pedagogisch-organisatorische autonomie moet worden gegund, op welke manieren is dat dan vorm te geven? Moet dat bij wet, of door een professioneel statuut, of middels afspraken op schoolniveau? Moet er vanwege de garantie op kwaliteit van de docent door de beroepsgroep tuchtrechtspraak worden ingevoerd? Al met al genoeg redenen voor het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht om het jaarsymposium aan dit actuele thema te wijden. Dát het thema actueel is zal de lezer wel niet ontgaan zijn. Zo sluit het aan op een rapport dat afgelopen september is uitgebracht door de Commissie Rinnooy Kan, en een advies van de Onderwijsraad dat in diezelfde maand is gepubliceerd.<sup>1</sup>

Deze bundel – nummer 27 in de serie Onderwijsrecht van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht – bevat drie bijdragen. Allereerst het preadvies van mr. dr. P.W.A. Huisman en prof. mr. drs. B.P. Vermeulen, getiteld: *De juridische positie van de leraar in balans*. Zij gaan zowel in op de positie van de leraar in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs als op de positie van de docent in het hoger onderwijs. Het preadvies behandelt thema's zoals de juridische positie van de leraar in het internationale en constitutionele onderwijsrecht: geven verdragen of artikel 23 Grondwet bepaalde fundamentele rechten aan leraren en docenten die een grondslag kunnen bieden voor aanspraken op pedagogische autonomie? of kunnen rechten, voortvloeiend uit de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB), als basis bieden voor zulke autonomie? Welke

---

<sup>1</sup> Advies van de Commissie Leraren, *LeerKracht!*, Den Haag 2007 (zie [www.minocw.nl/documenten/rapport\\_leerkracht\\_2.pdf](http://www.minocw.nl/documenten/rapport_leerkracht_2.pdf)); Onderwijsraad, *Leraarschap is eigenaarschap*, Den Haag 2007 (zie [www.onderwijsraad.nl](http://www.onderwijsraad.nl)).

(constitutionele) verantwoordelijkheden heeft de overheid als het gaat om de regeling en het toezicht op de kwalificaties van leraren?

De preadviseurs behandelen voorts de juridische autonomie van de leraar waar het bijvoorbeeld gaat om het beoordelen van prestaties van leerlingen of het al dan niet meegaan met een schoolbrede onderwijsvernieuwing. Wetgeving, jurisprudentie en uitspraken van klachtencommissies geven de contouren aan van wat er verwacht mag worden van 'een redelijk handelend professional in het onderwijs'.

Een apart hoofdstuk is gewijd aan het hoger onderwijs. Voor het hoger onderwijs geldt een specifieke bepaling inzake de vrijheid van onderzoek en onderwijs, namelijk de waarborg van de academische vrijheid. Het universitair onderwijs kenmerkt zich daarnaast door een federale bestuursorganisatie en specifieke wettelijke bevoegdheden ten bate van de autonomie van de professional.

Tot slot beschrijven de preadviseurs enkele mogelijkheden van nadere bestuurlijk-juridische positionering van de leraar. Zij stellen een afgewogen, op wederkerigheid gericht model voor.

Naast het preadvies bevat deze bundel een bijdrage over het systeem van bekwaamheidseisen en de consequenties daarvan voor de positie van de docent, van de hand van mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans en mw. mr. M. van Es. Zij gaan in op de gevolgen van de Wet op de beroepen in het onderwijs (Wet BIO). De bijdrage vangt aan met een beschrijving van de hoofdthema's die tijdens de parlementaire behandeling van de wet centraal stonden. Het eerste thema is autonomie/deregulering en de arbeidsmarkt van de leraren. Hierin liggen de uitgangspunten van de wet BIO besloten. Dit thema wordt afgesloten met de vraag of de Wet BIO in strijd komt met het bepaalde in artikel 23 van de Grondwet. Het tweede thema is de positie van de leraar en de ouders; het derde thema is de positie van de beroepsgroep.

De derde bijdrage – welke deels als contrast met de onderwijssector kan fungeren – is van de hand van mr. dr. M. Buijsen. Hij gaat in op de positie van de autonome professional in de gezondheidszorg. De medische wereld kent veel protocollen, waaraan het handelen van medici ook in de rechtszaal wordt getoetst. Maar waar het gaat om de 'klinische autonomie' (de harde kern van de professionele autonomie) zoals de wijze van behandelen en diagnostiek toetst de rechter terughoudend. Een belangrijk verschil met het onderwijs is dat artsen over het algemeen niet in loondienst zijn, wat een indicatie vormt dat hier sprake is van een ander soort verhouding ten opzichte van het instellingsbestuur dan in het onderwijs.

Het bestuur is de preadviseurs en referenten erkentelijk voor hun bijdragen, en spreekt de verwachting uit dat deze bijdragen een goede opmaat vormen voor de discussie over dit belangwekkende onderwerp: de professionele autonomie van de onderwijsgevende.

Het bestuur van de Nederlandse  
Vereniging voor Onderwijsrecht

## De juridische positie van de leraar in balans

mr. dr. P.W.A. Huisman  
prof. mr. drs. B.P.Vermeulen

### 1. Inleiding: de ‘schoolstrijd’ tussen managers en leraren

In de *Elsevier* van 6 oktober 2007 staat het volgende bericht:

Op 18 september verscheen in het *Eindhovens Dagblad* een stuk van de voorzitter van het college van bestuur van het Commandarij College, Martien van Diesen. In dat stuk gaat Van Diesen fel te keer tegen de ‘reactionaire’ clubs Tijdelijke Commissie Lerarentekort en de vereniging Beter Onderwijs Nederland, de hang naar status van eerste-graads leraren, de behoudzucht van docenten.

Van Diesen is modern. ‘Het solistisch voor de klas staan werkt alleen maar contraproductief’, schrijft hij. De docent die zo werkt, is ‘een risicofactor voor het onderwijs’. Het gaat niet om leren, maar om leren leren. Onzin, dat advies om de salarissen van eerste-graders te verhogen. De leraren op havo/vwo konden juist nog heel wat opsteken van hun collega’s op het vmbo, waar het niveau ‘gigantisch’ hoog is.

Dat schoot geschiedenisleraar Henk Giebels (60) in het verkeerde keelgat. Giebels schreef een week later in het *Eindhovens Dagblad* een fel betoog, waarin hij zijn voorzitter beschreef als een verstarde solist, dol op managers – de school heeft er nu twintig – die de school heeft doen afzakken, zich van niemand iets aantrekt en steeds dezelfde ‘mantra’s herhaalt: ‘Je Opleiding Is Volstrekt Onbelangrijk! Vakmanschap Telt Niet Meer!’ Giebels, al jaren werkzaam op deze school, gepromoveerd historicus en enthousiast leraar, is meteen geschorst. De leerlingen zijn een handtekeningenactie begonnen om hem weer voor de klas te krijgen.

Dit bericht ziet op de kern van de thematiek die we in dit preadvies willen bespreken: de positie van de onderwijsgevende ten opzichte van het onderwijsmanagement. Daarbij gaat het ons vooral over de zeggenschap inzake ‘het vak’, de inhoud en de didactiek, het ‘wat’ en het ‘hoe’ van het onderwijs. In welke mate heeft de onderwijsgevende daarover zeggenschap – misschien zelfs autonomie – en in welke mate dienen bestuur en management ter zake te kunnen sturen?

Dit hoofdstuk start met een nadere schets van de aanleiding voor dit preadvies; vervolgens worden enkele algemene ontwikkelingen in onderwijsbeleid en maatschappij in kaart gebracht die de positie van de leraar in het onderwijs hebben beïnvloed (paragrafen 1.1 en 1.2). Daarna gaan we in op de kern van de discussie: de vermeende ‘schoolstrijd’ die zou woeden tussen managers enerzijds en de ‘werkvloer’ (leraren) anderzijds (paragraaf 1.3). Dit vormt de opmaat naar de centrale vraag- en probleemstelling van dit preadvies: moet de positie van de onderwijsgevende voor zover het zijn pedagogisch-didactische en inhoudelijke ‘vrijheid van vakuitoefening’ betreft, geborgd worden ten opzichte van het bevoegd gezag en/of de overheid (paragraaf 1.4)? We sluiten het hoofdstuk af met een leeswijzer (paragraaf 1.5).

## 1.1 Veranderde bestuurlijke verhoudingen

### 1.1.1 *De professionele autonomie van de leraar: oorspronkelijk geen 'issue'*

Wie de preadviezen van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht over de afgelopen 25 jaar bekijkt, ziet dat thema's passeren als de positie van de overheid binnen het onderwijsbestel (de rol van de wetgever, de inspectie, de lokale overheid), de toegenomen vrijheid van schoolbesturen en vraagstukken in verband met het beginsel van gelijke onderwijskansen (voor leerlingen). Autonomie en deregulering en de rol van artikel 23 Grondwet zijn steeds terugkerende thema's. Aan de juridische positie van de onderwijsgevende in zijn specifieke hoedanigheid als professional werd evenwel nog geen eigenstandig preadvies gewijd. In het algemeen is er überhaupt weinig onderwijsjuridische literatuur over de positie van de leraar ten aanzien van de zeggenschap over de vormgeving en inhoud van zijn werk. Uiteraard zijn er wel vele studies, proefschriften en artikelen over de rechtspositie van de werknemer in het onderwijs, de arbeidsvoorwaarden en de rechtsbescherming van de leraar.<sup>2</sup> Maar de beschrijving en analyse van de rechten en plichten van de onderwijsgevende met betrekking tot zijn 'vak' komt daarin meestal hooguit *en marge* aan bod.

Dat is enerzijds opmerkelijk, omdat de vrijheid van onderwijs naar haar vroegste oorsprong niet een recht op onderwijs was van de 'vragers' (leerlingen, studenten, ouders) of een recht van organisaties die onderwijs organiseren en doen aanbieden (de schoolbesturen)<sup>3</sup>. In de aanvang ging het veeleer om de individuele vrijheid van de 'bedrijvige onderwijzer' om een school op te richten, daarbinnen onderwijs aan te bieden en daarmee zijn brood te verdienen. De onderwijsvrijheid werd derhalve vooral opgevat als een uitvloeisel van de vrijheid van beroepskeuze en van onderneming, een vrijheid die reeds in 1798 in de Bataafse Staatsregeling was opgenomen.<sup>4</sup> De staatscommissie-Thorbecke die de grondwetsherziening van 1848 voorbereidde, en in het voetspoor daarvan de grondwetgever zelf, vatten de frase 'het geven van onderwijs is vrij' dan ook letterlijk op. Dit recht waarborgde het *droit d'enseigner*, de vrijheid van onderwijsverstrekking, op grond waarvan de bekwame onderwijzer een school mocht beginnen en onderwijs mocht geven zonder voorafgaand verlof van de overheid. In de termen van de Memorie van Toelichting ging het dus om 'het regt voor elk, die, naar regelen door de wet te stellen, van zijne bekwaamheid en zedelijkheid kan doen blijken, om vrijelijk zijne kundigheden aan anderen mede te delen'.<sup>5</sup>

2 Bijvoorbeeld B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs*, Zwolle 1977; W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer 1991. Zie voor de veranderende arbeidsverhoudingen in het onderwijs R. van Schoonhoven, *Behouden beleid. Naar decentrale arbeidsvoorwaarden in het voortgezet onderwijs*, Den Haag 1999; R. van Schoonhoven, F.H.J.G. Brekelmans, *Arbeidsverhoudingen in het onderwijs: een kerend tijt?*, *NTOR jaarboek onderwijsrecht 1997-2001*, p. 65-79.

3 Vgl. D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23. Toelichting op het grondwetsartikel over onderwijs mede aan de hand van ontwikkelingen in wetgeving, internationaal recht en jurisprudentie*, Den Haag, 2007, p. 73-74.

4 Artikel 53 Bataafse Staatsregeling luidde: 'Ook heeft iedere Burger, in welke Plaats woonachtig, het regt, zoodanige Fabriek of Trafiek opterigten, of zoodanig eerlijk bedrijf aantevangen, als hij verkiezen zal'.

5 Handelingen II 1847/48, p. 355. Zie B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag 1999, p. 17.

Anderzijds is het toch weer niet zo vreemd dat de juridische positie van de leraar voor wat betreft zijn onderwijs-inhoudelijke autonomie nog niet uitgebreid beschreven en geanalyseerd is. Reeds bij de grondwetsherziening van 1848 werd de opvatting dat de onderwijsvrijheid enkel een individueel recht van de ondernemende onderwijzer is afgewezen. Naast dit onderwijzersrecht beschouwde de grondwetgever het recht van ouders op onderwijs voor hun kinderen dat in lijn ligt met hun religieuze, levensbeschouwelijke en onderwijskundige opvattingen (het *droit d'apprendre*) als een tweede rechtsgrond. Het ging dus ook om 'het regt der ouders om naar hunnen begrippen de opvoeding hunner kinderen te regelen, en de ontwikkeling van hun verstand toe te vertrouwen aan hen, die, geheel onafhankelijk van het gezag, met bekwaamheid en zedelijkheid toegerust, de bevoegdheid tot het geven van onderwijs hebben gekregen'.<sup>6</sup> Vooronderstelling van de grondwetgever was klaarblijkelijk, dat door de vrijheid om onderwijs te geven ook de vrijheid om onderwijs van de eigen voorkeur te krijgen gewaarborgd was.

In de loop van de Schoolstrijd zijn beide individuele vrijheden in vergaande mate opgegaan in de vrijheid van collectieve onderwijsaanbieders, de schoolbesturen. De schoolbesturen zijn meer en meer als (collectieve) drager van de vrijheid om onderwijs aan te bieden naar voren getreden, ten koste van de individuele leraar-ondernemer. Reeds de Schoolwet-Mackay (1889) formuleerde als voorwaarde voor rijkssubsidie aan bijzondere scholen dat deze onder het bestuur van een rechtspersoon zonder winstoogmerk stonden. En de grondwetsherziening van 1917 maakte nog eens duidelijk dat het de schoolbesturen zijn, en niet de leerkrachten die daarbij in dienst zijn, aan wie het beroep op de onderwijsvrijheid toekomt.<sup>7</sup> Daarnaast heeft het ouderlijke keuzerecht nimmer ingehouden, dat het aan de ouders is te bepalen wat voor onderwijs binnen een school gegeven wordt. Dit keuzerecht is altijd opgevat als een recht om te kiezen tussen verschillende aanbieders, maar niet een recht op een specifiek aanbod binnen de eenmaal gekozen onderwijsinstelling.

Uiteraard heeft een eigenstandige positie van de leraar op onderwijsinhoudelijk terrein ook in het openbaar onderwijs geen voet aan de grond gekregen. Openbaar onderwijs stond en staat onder de dominante invloed van de overheid, is een levensbeschouwelijk neutrale overheidsvoorziening die voor een ieder ter beschikking moet staan; daarbinnen lijkt een juridisch gewaarborgde autonomie van de individuele leerkracht niet goed te passen.

Sinds jaar en dag is in het bijzonder onderwijs het bevoegd gezag de drager van de onderwijsvrijheid, met name ten aanzien van de grondslag. En in richtingsgeschillen kreeg het

6 Ibidem. Zie ook D. Mentink, 'Vergeten' onderwijsrecht. Over overheidszorg en de relatie tussen school en opvoeding', in P. Boekholt e.a. (red.), *Tweehonderd jaar onderwijs en de zorg van de staat*, Assen 2002, p. 79-80.

7 Zie de tweede volzin van artikel 192 lid 6 Grondwet 1917, nagenoeg identiek aan artikel 23 lid 6 van de huidige Grondwet: 'Deze eisen [van deugdelijkheid, voorwaarden voor bekostiging] worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zoodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.'

bevoegd gezag dan ook bijna altijd gelijk.<sup>8</sup> Anderzijds was de positie van het onderwijzend personeel in het onderwijs sterk (wettelijk) ingekaderd. De rechten en plichten, met name inzake de rechtspositie, waren tot in detail geregeld.<sup>9</sup> Toetsing door rechters en commissies van beroep was buiten de sfeer van levensbeschouwelijke kwesties nogal stringent. Ontslag wegens 'niet functioneren' (slecht lesgeven) was slechts mogelijk 'in gevallen van uitgesproken gebrek aan geschiktheid'.<sup>10</sup> Enigszins gechargeerd kan gesteld worden dat de vrijheid van richting weliswaar bij het bevoegd gezag berustte, maar dat de vrijheid van (pedagogisch-didactische) inrichting feitelijk vooral bij het onderwijzend personeel lag.

De verhoudingen tussen de verschillende partijen waren duidelijk: het bestuur besliste over de principiële hoofdlijnen, de directeur voerde uit, de docent stond als koning voor zijn (eigen) klas, en leerlingen en ouders voegden zich min of meer naar het gezag van de directeur en de onderwijzer.

### 1.1.2 *Wijzigingen in de positie van het schoolbestuur*

De verhoudingen tussen de verschillende partijen in het onderwijs, besturen, ouders/leerlingen en personeel, zijn evenwel de afgelopen vijftien/twintig jaar sterk veranderd. Door een beleid van deregulering en autonomievergroting zijn onderwijsinstellingen in toenemende mate zelf verantwoordelijk voor hun financiële en personeelsbeleid, en voor de manier waarop zij het onderwijsconcept invullen. Instellingen voor hoger onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs beschikken al langer over ruime bevoegdheden ten aanzien van hun eigen functioneren.<sup>11</sup> Voor het voortgezet onderwijs en met name het primair onderwijs zijn deze van meer recente datum. Te denken valt aan de invoering van de lumpsum-bekostiging in het primair onderwijs, en de verantwoordelijkheid van scholen ter zake van het voorkomen van werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. De financiële risico's voor onderwijsinstellingen zijn daardoor substantieel toegenomen.

De inspectie neemt waar dat schoolbesturen in reactie hierop meer bedrijfsmatig zijn gaan opereren, niet alleen op financieel gebied, maar ook qua personeelsbeleid.<sup>12</sup> Deze bedrijfsmatige aanpak harmonieert lang niet altijd met de opvattingen van leraren, die veeleer uitgaan van een pedagogisch-didactische optiek. Veel leraren ervaren daarnaast door verandering van de bestuurlijke organisatie (introdactie van bovenschools management, regiomanagers etc.) dat er besluiten over hun hoofden heen worden genomen, waarop zij nauwelijks nog invloed hebben. Door de verschillende managementlagen is het voor veel docenten ook niet meer helder waar bepaalde bevoegdheden liggen in de bovenstructuur van de school, en ervaren zij het (college van) bestuur en de bovenschoolse managers als buitenstaanders.

<sup>8</sup> Zie nader paragrafen 2.1.2 en 2.2.

<sup>9</sup> H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle 1985, p. 291.

<sup>10</sup> Drop, a.w., p. 298. In dezelfde zin nog A. Postma, *Handboek van het Nederlandse onderwijsrecht*, Zwolle 1995, p. 351.

<sup>11</sup> Onderwijsraad, *Dereguleren met beleid*, Den Haag 2000.

<sup>12</sup> Inspectie van het onderwijs, *Onderwijsverslag 2003/2004*, Utrecht 2005, p. 210.

Grotere bestuurlijke en financiële vrijheid van het bevoegd gezag heeft dus zijn impact op de positie van andere partijen binnen de school. Zoals gezegd was vergroting van de autonomie van schoolbesturen lange tijd de dominante insteek van het beleid. Binnen het kader van 'goed bestuur' van scholen is er echter de laatste tijd meer aandacht voor andere partijen dan het bestuur. 'Uitgangspunt in de governancefilosofie is dat de bestuurlijke verhoudingen ouders, leerlingen, docenten, gemeenten en bedrijven in staat stellen om invloed uit te oefenen op het onderwijsbeleid van een school. Dit vergroot de mogelijkheden van leraren/docenten om het onderwijs in te richten op basis van eigen professionele inzichten en van de wisselwerking tussen hen en de leerlingen/studenten', aldus de Minister van OCenW<sup>13</sup>.

Wat de specifieke positie zou moeten zijn van professionals/docenten ten opzichte van het bestuur/management en andere bij de school betrokken partijen is in de beleidsvoornemens tot nu toe echter niet uitgewerkt. Volgens de bijlage bij de brief *Governance in het onderwijs*<sup>14</sup> houdt goed onderwijsbestuur (onder meer) in dat de docent een van de partijen is die binnen zijn school bepaalt hoe de leerlingen/studenten worden begeleid en gestimuleerd om hun talenten te ontplooiën. 'Om deze sturing te versterken, moeten docenten de ruimte krijgen (en dan ook de verantwoordelijkheid nemen) om hun eigen beroep vorm te geven en te verbeteren. Ook moeten zij door decentralisatie van arbeidsvoorwaarden kunnen meebepalen onder welke voorwaarden ze werken', aldus de brief. Daar blijft het bij.

Verder wordt er in het parlement voor gepleit om niet alleen middels de medezeggenschapsregelingen maar ook anderszins een 'reële invloed' van docenten (en ouders/leerlingen) wettelijk te waarborgen. Zo wordt in de recente motie-Linthorst<sup>15</sup> gesteld dat schoolbesturen de laatste jaren aanmerkelijk meer en grotere bevoegdheden hebben gekregen, maar dat de positie van andere belanghebbenden daarmee geen gelijke tred heeft gehouden; dezen kunnen geen of onvoldoende tegenwicht bieden. De motie roept daarom de regering op om in 2007 met een voorstel te komen om in nadere controle- en interventiemogelijkheden te voorzien.

Anderzijds is met de inwerkingtreding van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) het 'absolute primaat' van het bevoegd gezag inzake het op de richting en inrichting van de school gebaseerde personeelsbeleid verzwakt. Op grond van artikel 5 lid 2c AWGB mag een instelling voor bijzonder onderwijs weliswaar nog steeds eisen stellen over de vervulling van een functie die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Daarbij wordt evenwel door de Commissie Gelijke Behandeling vaak streng getoetst of de gestelde eisen daadwerkelijk 'nodig zijn'. Bovendien mogen deze eisen niet leiden tot onderscheid op grond van het *enkele feit* van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele geaardheid of burgerlijke staat.<sup>16</sup> De

13 Kamerstukken II 2005/06, 30 183, nr. 9, p. 8 (*Governance in het onderwijs*).

14 Bijlage 1 bij Kamerstukken II 2005/06, 30 183, nr. 9: De ontwikkeling van aspecten van good governance in de onderwijssectoren.

15 Kamerstukken I 2006/07, 30 414 G.

16 B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag 1999, p. 60.

AWGB en de daarop gebaseerde uitspraken van de Commissie Gelijke Behandeling hebben de positie van docenten en aspirant-docenten dus versterkt. Het bevoegd gezag moet de noodzakelijkheid en proportionaliteit van identiteitsgebonden personeelsbeleid kunnen aantonen. Zelfs een enkele uitlating van het bevoegd gezag in de pers over het personeelsbeleid kan al een reden zijn om te oordelen dat sprake is van ongeoorloofd onderscheid.<sup>17</sup>

Bovengenoemde ontwikkelingen vormen al voldoende aanleiding om de juridische positie van de onderwijsgevende in nieuwe bestuurlijke verhoudingen nader onder de loep te nemen. De urgentie van die vraag hangt daarenboven nauw samen met de wijzigingen die de specifieke positie van de leraar heeft ondergaan. In de volgende paragraaf beschrijven we enkele factoren die deze positie wezenlijk hebben veranderd.

## 1.2 Veranderde positie van de leraar

De positie van de leraar is niet alleen veranderd door wijzigingen in het onderwijsveld op bestuurlijk vlak. Met Leune<sup>18</sup> kunnen we daarenboven een aantal andere ontwikkelingen binnen scholen noemen die de taak en positie van de leraren diepgaand beïnvloeden.

De leerlingen zijn veranderd. Ze zijn vaak mondiger, lastiger, vertonen meer gedrags- en opvoedingsproblemen. De groepen zijn gedifferentieerder, bijvoorbeeld door het WSNS-beleid dat er op gericht is om leerlingen die vroeger in het speciaal onderwijs terecht kwamen nu in het regulier onderwijs te doen plaatsen.

Hiermee hangt samen dat de school in toenemende mate de taak heeft gekregen het 'cement van de samenleving' aan te brengen.<sup>19</sup> Zij is veelal nog de enige plaats waar jongeren van verschillende achtergrond samenkomen. Scholen zijn er dus niet alleen voor kennisoverdracht, maar ook voor zaken als burgerschapsvorming, gezondheidsbevordering, het bijbrengen van financiële zelfstandigheid, buitenschoolse opvang en het vermijden van segregatie. Veel scholen in het primair onderwijs zijn of worden 'brede scholen'. De leraar is door het bovenstaande meer pedagoog, 'zorgaanbieder' en ordehandhaver geworden. Zijn vak vereist meer psychosociale vaardigheden, er moeten meer buitenschoolse werkzaamheden verricht worden, er dienen vaker disciplinaire maatregelen genomen te worden. Er is meer werk te doen buiten het kader van de klassieke kennisoverdracht, en er wordt meer beroep gedaan op vaardigheden en kundes onafhankelijk van het vak dat gedoceerd wordt.

De leraar zit dan ook klem tussen allerlei uiteenlopende wensen en verwachtingen. Vanuit de inspectie wordt verwacht dat de leraar een aantal zaken bijhoudt en op een bepaalde manier onderwijst (handelingsplannen, leerplannen, het toepassen van 'activerend' leren).

<sup>17</sup> CGB 2007-100. Het ging hier om een uitlating van een Evangelische school dat 'homosexuele leraren niet op de school zullen worden aangetroffen'.

<sup>18</sup> J.M.G. Leune, *Onderwijs in verandering, reflecties op een dynamische sector*, Groningen, 2001, p. 190.

<sup>19</sup> Aldus reeds J.M.M. Ritzen, *De Pedagogische Opdracht van het Onderwijs: een uitnodiging tot gezamenlijke actie*, Zoetermeer 1992.



Ouders willen dat hun kind presteert en gelukkig is. Het bevoegd gezag wil dat het kwaliteitszorgsysteem wordt toegepast en dat de leraar zich horizontaal verantwoordt. Het management verlangt dat er wordt samengewerkt in teams; enz.

Relevant is in dit verband de toegenomen mondigheid van de ouders en de versterking van hun rechtspositie. Ouders willen het beste voor hun kind en accepteren niet meer automatisch het gezag of oordeel van de docent. Hun positie is juridisch versterkt door bijvoorbeeld de introductie van de schoolgids, het klachtrecht, aanpassing van de medezeggenschapsregelingen, rechten op buitenschoolse opvang. Ouders zijn bovendien eerder dan voorheen geneigd om de school voor de rechter te slepen, ook als het gaat om aansprakelijkheid voor ondeugdelijk onderwijs.<sup>20</sup>

De individuele autonomie van de leraar is ook binnen de interne organisatie afgenomen. Leraren moeten in teamverband werken, en moeten verantwoording afleggen aan 'stakeholders' binnen en buiten de school. Zij zien zich geconfronteerd met boven-schoolse managers, die van de schoolleiding onderwijskundig leiderschap vragen. En die schoolleider is er niet alleen voor de beheersmatige taken, maar ook voor de ontwikkeling en implementatie van (vernieuwende) onderwijsvisies. Het succes van de 'onderwijskundig leider' moet concreet en zichtbaar af te meten zijn. Die visie mondt bijgevolg uit in documenten, plannen, kwaliteitsindicatoren, controleprocessen, die de onderwijsgevende in zijn traditionele autonomie beperken.

Daarnaast is het overheidsbeleid zich in toenemende mate met de inhoud gaan bemoeien. Tegenover de vermindering van regelgeving waar het de financiële randvoorwaarden van het onderwijs betreft (door invoering van lumpsum), zijn er meer regels gekomen over hoe het onderwijs inhoudelijk moet worden ingericht (kerndoelen, basisvorming, profielen in het voortgezet onderwijs).

En tenslotte zijn de dominante opvattingen over wat 'goed onderwijs' is voortdurend in beweging. Mede aangestuurd door de schoolbegeleidingsdiensten en de adviesbureaus, geïnspireerd door politieke en onderwijskundige modes en vervolgens opgepakt door het management, leidt dat tot golfbewegingen. Zo is er na de grote aandacht voor het 'nieuwe' leren en ontwikkeling van competenties thans weer sprake van een herwaardering voor kennisoverdracht.

### 1.3 Een 'nieuwe schoolstrijd'?

#### 1.3.1 Een 'schoolstrijd' tussen managers en leraren?

De discussie rond de positionering van professionals in het onderwijs wordt mede ingegeven door een pleidooi voor herwaardering van het leraarschap en de bijbehorende vakinhoudelijke en onderwijskundige autonomie. Vergelijkbare discussies doen zich overigens ook voor in andere sectoren, waar evenzeer sprake is van een ingebouwde spanning tussen financieel-economisch management en vakinhoudelijke professionals (gezond-

<sup>20</sup> Zie P.W.A. Huisman & C.W. Noorlander, Aansprakelijkheid voor ondeugdelijk onderwijs, *School en Wet* 2004, nr. 4, p. 150-159.

heidszorg<sup>21</sup>, justitie, jeugdzorg). De rol van het management zou te overheersend zijn geworden; de professional zou daarom niet meer voldoende tot zijn recht komen, hetgeen ten koste zou gaan van de inhoudelijke kwaliteit.<sup>22</sup>

Het artikel *Het onderwijs verzuipt!* van Marijke en Ad Verbrugge, verschenen in *NRC Handelsblad* van juli 2006 vormde het startschot voor de oprichting van de *Vereniging Beter Onderwijs Nederland* (BON). Leerkrachten moeten volgens dit manifest lijdzaam toezien hoe ze van vakdocent tot ‘procesbegeleider’ zijn gedegradeerd; en nieuwe pedagogische concepten worden opgelegd door ‘regiomanagers’, zonder dat ze daar in gekend worden. Het manifest stelt daar tegenover dat de daadwerkelijke zeggenschap over de inhoud en inrichting van het onderwijs veel meer bij de leraren moet komen te liggen. Volgens sommigen is er dan ook sprake van een ‘nieuwe schoolstrijd’<sup>23</sup> tussen de managers en degenen die er echt toe doen: de onderwijsprofessionals. Docenten zouden ‘slaafs’ de richtlijnen van het management moeten volgen en geen enkele speelruimte meer hebben.

De Onderwijsraad constateert evenwel dat verschillende enquêtes en onderzoeken dit beeld niet onverkort bevestigen.<sup>24</sup> Zo is een aanzienlijk deel van de docenten en leraren nog steeds redelijk tevreden over de mate van zelfstandigheid en eigen verantwoordelijkheid. Natuurlijk is onmiskenbaar dat de positie van de individuele professional in de school verandert, bijvoorbeeld doordat veel meer in teams gewerkt wordt. Daarnaast heeft de schoolleiding meer dan voorheen een belangrijker stem in de afstemming en vormgeving van het onderwijs gekregen (onderwijskundig leiderschap). Dat zijn niet per definitie negatieve ontwikkelingen; voor een deel zijn ze vermoedelijk zelfs noodzakelijk.

Bovendien is de spanning tussen de verschillende bestuurlijke ‘lagen’ inherent aan een organisatie zoals de school. Dat hangt ook samen met het feit dat er altijd sprake is van een hiërarchische relatie werkgever-werknemer, en van belangen van de organisatie die de belangen van individuele docenten overstijgen.

Daarnaast moet geconstateerd worden dat de leraar die vrije ruimte eist – of in wiens naam die ruimte geclaimd wordt – helaas in de praktijk vaak niet de ideale, zelfreflecterende, zich voortdurend ontwikkelende, hoogopgeleide, excellent presterende vakdeskundige is zoals deze in de theorie wordt verondersteld. Evenmin is sprake van een sterk ontwikkeld collectief ethos, te vergelijken met dat van bijvoorbeeld de medische stand. Zo is de organisatiegraad van leraren in beroepsontwikkende zin laag, en is er een zekere passieve volgzzaamheid ten aanzien van beslissingen die door de overheid, het management of de vakbond worden genomen.

21 Zie daarover de bijdrage in deze bundel van M. Buijsen, *De autonomie van de dokter*.

22 Zie Gabriël van den Brink, Thijs Jansen en Dorien Pessers (red.), *Beroepszeer. Waarom Nederland niet goed werkt*, Amsterdam 2005.

23 Zie T. Jansen, G. de Jong en A. Klink, *De nieuwe schoolstrijd!*, Amsterdam 2006.

24 Onderwijsraad, *Leraarschap is eigenaarschap*, Den Haag 2007.

### 1.3.2 Welke juridische positie voor de leraar?

Het is evident dat de formeel-juridische context slechts een van de facetten vormt die het spanningsveld tussen management en leraren bepalen. Ook informele organisatieculturele factoren, en de vermogens en houdingen van de individuele betrokkenen bepalen dat spanningsveld, en zijn vermoedelijk van nog groter belang dan de rechtsregels ter zake.

Niettemin zullen we ons in dit preadvies voornamelijk richten op de huidige en gewenste *juridische positie* van de leraar. In welke mate kan hij een rechtens relevant beroep doen op zijn professionele autonomie? In hoeverre zouden nadere waarborgen ter bescherming van deze autonomie vormgegeven moeten worden? In hoeverre kan een zekere autonomie van de leraar samengaan met de posities van bevoegd gezag en management? In de volgende paragraaf omschrijven we deze vraag, die in dit preadvies centraal staat, wat nader.

### 1.4 Centrale vraagstelling: behoeft de professionele autonomie van de leraar juridische borging?

In dit preadvies benaderen we de juridische positie van de leraar niet primair vanuit zijn werknemerspositie, al is deze in zekere zin natuurlijk wel een relevant gegeven. Een leraar is een ambtenaar of werknemer naar burgerlijk recht, met daarbij behorende rechten en plichten. De werknemerstatus, het gegeven dat de leraar is aangesteld als ambtenaar (openbaar onderwijs) of een arbeidsovereenkomst heeft (bijzonder onderwijs) brengt uiteraard een inperking van de autonomie van de leraar met zich. Inherent aan dit werknemerschap is immers dat er sprake is van een gezagsverhouding, waarbinnen de ambtenaar/werknemer in zekere mate ondergeschikt is aan het bevoegd gezag. Deze ondergeschiktheid ligt besloten in de ambtenarenstatus – het in openbare dienst aangesteld zijn (artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet) – respectievelijk het in dienst zijn van de andere partij, de werkgever (artikel 7:610 BW).<sup>25</sup>

Het veranderde (bestuurlijke) landschap heeft op alle fronten de rechten en plichten veranderd, met name die van de schoolbesturen en de ouders/leerlingen. Het gevoel in de beroepsgroep is dat genoemde partijen ‘aan het stuur’ zitten als opdrachtgevers en onderwijsvragers, en dat de juridische positie van de onderwijsgevende daarbij te zeer op de achtergrond is geraakt.

Ons gaat het hier vooral om de reikwijdte van de professionele autonomie, de pedagogisch-organisatorische zelfstandigheid, de vrijheid van inrichting van de docent of leraar binnen de onderwijsorganisatie. Sommigen, zoals de Algemene Onderwijsbond, pleiten daartoe voor een meer expliciete juridische positie van de onderwijsprofessional, met name ten opzichte van het management, neergelegd in de vorm van een professioneel statuut.<sup>26</sup> Dit zou moeten dienen als waarborg van de professionele ruimte van de leraren als professionele groep in een onderwijsorganisatie. Ook in de literatuur wordt er

25 HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers).

26 Zie [www.onderwijsbond.nl](http://www.onderwijsbond.nl).

voor gepleit om een ‘recht op pedagogische vrijheid’ van de leraar te codificeren.<sup>27</sup> Centrale vraag in dit preadvies is dus: *in hoeverre is er een recht op professionele autonomie van de onderwijsgevende (leraar/docent), en in hoeverre zou een dergelijk recht wettelijk of anderszins moeten worden gewaarborgd?*

### 1.5 Plan van behandeling

In dit preadvies maken we onderscheid tussen de juridische positie van de onderwijsgevende in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs enerzijds en het hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderwijs anderzijds. Maar eerst gaan we in hoofdstuk 2 in op de juridische positie van de leraar in het internationale en constitutionele onderwijsrecht zonder daarbij dat onderscheid te maken. Zo komt hier niet het recht op academische vrijheid in het hoger onderwijs aan de orde; dat behandelen we pas in hoofdstuk 4.

De vragen die we in hoofdstuk 2 aan de orde stellen zijn de volgende. Geven verdragen en de Grondwet bepaalde relevante rechten aan onderwijsgevendens? Zijn er daartegenover overheidsbevoegdheden en –verantwoordelijkheden en contraire rechten die de aanspraken van de leraar inperken? En welke gelijkheidsaanspraken, voortvloeiend uit de AWGB, kunnen onderwijsgevendens doen gelden ten opzichte van het bevoegd gezag om een zekere autonomie op te kunnen eisen?

Hoofdstuk 3 gaat meer specifiek in op de juridische positie van de leraren in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs. We behandelen daarin enerzijds de pedagogisch-organisatorische autonomie van de professionals. Anderzijds komt ook aan de orde dat de onderwijsgevende moet voldoen aan standaarden, bepaald door wettelijke eisen en toezichtskaders. Tevens gaan we in op relevante jurisprudentie en uitspraken van klachtencommissies. We kunnen hieruit in zekere mate opmaken wat een redelijk handelende leraar moet doen en laten.

Hoofdstuk 4 behandelt de positie van de docent in het hoger onderwijs. Althans in het wetenschappelijk onderwijs zijn de rollen en taken van de docenten specifiek wettelijk geregeld. Bovendien kent het hoger onderwijs (het wetenschappelijk en het hoger beroepsonderwijs) een specifieke bepaling welke de vrijheid van onderzoek en onderwijs – de academische vrijheid – waarborgt.

Ten slotte, in hoofdstuk 5, beschrijven we enkele mogelijkheden van bestuurlijk-juridische positionering van de onderwijsgevende ten opzichte van andere partijen binnen de school zoals bevoegd gezag/management en de ouders. Daarna maken we een keuze uit de varianten die ons het meest aanspreken. We sluiten af met enkele stellingen.

Voor een uitgebreide beschrijving van het systeem van bekwaamheidseisen en de gevolgen daarvan voor de positie van de docent verwijzen we naar de bijdrage in deze bundel van Brekelmans en Van Es, *De Wet beroepen in het onderwijs (Wet BIO)*. Daarnaast treft u in deze bundel – mede met het oog op een aanzet tot vergelijking van rechtsposities – een beschrijving en analyse van de positie van de arts in de bijdrage van Buijsen, *De autonomie van de dokter*.

27 Zo bijvoorbeeld C.W. Noorlander, *Recht doen aan ouders en leerlingen*, Nijmegen 2005, p. 103.

## 2. De vrijheid van de leraar naar internationaal en constitutioneel recht

Dit hoofdstuk behandelt de betekenis van het internationale recht (zowel de mensenrechtenverdragen als het Europese recht) respectievelijk de Grondwet voor de waarborging van de autonomie van de leraar (paragrafen 2.1 en 2.2). Daarnaast wordt in paragraaf 2.3 ingegaan op de positie van de leraar gezien vanuit de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB).

### 2.1 De rechten van de leraar in het internationale recht

#### 2.1.1 *De rechten van de leraar als werknemer*

Leraren zijn werknemers. De voor hen relevante verdragsbepalingen betreffen voornamelijk hun arbeidsrechtelijke positie. Het gaat hierbij derhalve om bepalingen die de rechten van werknemers in het algemeen, en aldus ook van personen werkzaam in het onderwijs, waarborgen, en niet om bepalingen die specifiek van toepassing zijn op leraren. Voorbeelden zijn de artikelen 6-8 van het Internationaal Verdrag in zake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) en bepalingen zoals opgenomen in het Europees Sociaal Handvest (ESH). Artikel 10 ESH stelt bijvoorbeeld dat er passende maatregelen genomen moeten worden om werknemers de gelegenheid te geven en financieel in staat te stellen zich bij te scholen. En artikel 2 van het Aanvullend Protocol bij het ESH bepaalt dat werknemers recht hebben op informatie en overleg binnen hun onderneming (daaronder is ook de school begrepen). Hieronder valt volgens de toelichting ook het recht om tijdig te worden geraadpleegd over voorgestelde beslissingen die de belangen van werknemers aanzienlijk zouden kunnen beïnvloeden en met name over beslissingen die grote gevolgen zouden kunnen hebben voor de werkgelegenheid binnen de onderneming.

Sinds 2004 is het mogelijk schendingen van het Europees Sociaal Handvest door de verdragsstaat via een klachtenprocedure te melden bij de Raad van Europa. Deze worden beoordeeld door een deskundigencomité, dat daarover rapporteert aan het Comité van ministers van de Raad van Europa. Het Comité stelt vervolgens vast of het Handvest is nageleefd en of de betreffende staat hierop moet worden aangesproken. De juridische betekenis van het ESH en het IVESCR is voor individuele werknemers – inclusief leraren – evenwel niet groot. In het algemeen zijn de in deze verdragen vervatte rechten niet rechtstreeks werkend, bevatten zij enkel opdrachten aan wetgever en bestuur en zijn dus niet voor de rechter inroepbaar.

Europese regelgeving is eveneens voornamelijk relevant voor de onderwijsgevende in zijn hoedanigheid als werknemer. Voorbeelden zijn de gelijke behandelingsrichtlijnen en richtlijnen over de arbeidsomstandigheden. Een bekende casus in de Nederlandse rechtspraak betreft de betekenis van de 'zwangerschapsrichtlijn' (richtlijn 1992/85/EEG). Zowel in het openbaar als het bijzonder onderwijs is aan de orde geweest of docenten die tijdens de zomervakantie zwanger zijn, hun vakantiedagen nog mogen opnemen ná

hun zwangerschapsverlof. De rechter ging in dit verband na of het Rechtspositiebesluit met deze richtlijn in strijd was.<sup>28</sup>

Ook het Europese beleid concentreert zich dus enkel op de professional als werknemer. Soms wordt in de (voorbereidende) beleidsstukken niettemin ingegaan op de (gewenste) positie van de werknemer in inhoudelijke zin. Zo stelde het Europese Groenboek *Partnerschap voor een nieuwe werkorganisatie* (1997) dat er niet één enkel model bestaat van een werkorganisatie, maar dat er een opdracht ligt in 'de vervanging van hiërarchische en onbuigzame structuren door meer innovatieve en flexibelere structuren, die gebaseerd zijn op grote vakkennis, vertrouwen en een grotere participatie van de werknemers'. Specifiek op het gebied van leraren is de Europese Commissie bezig met het ontwerpen van *Common European Principles for Teacher Competences and Qualifications*.<sup>29</sup> Deze principes zijn verbonden aan de Lissabon-doelstellingen. De nadruk bij de 'teacher competences' ligt daarbij evenwel op de verdere ontwikkeling van vaardigheden, en niet zozeer op de pedagogische autonomie van de docent.

Dat het Europese recht en beleid geen bindende regels bevatten ten aanzien van de professionele autonomie van de leraar ligt overigens voor de hand. Ingevolge artikelen 149 en 150 EG-Verdrag behoort de regulering van de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel tot de uitsluitende competentie van de lidstaten, en kan de EG alleen faciliterend, niet-harmoniserend, optreden. EG-regelgeving ter waarborging van de professionele autonomie zou daarmee niet verenigbaar zijn.

### 2.1.2 *De mensenrechten van de leraar*

Aan de leraar komt mogelijk tegenover bestuur en management een beroep toe op vrijheidsrechten neergelegd in de mensenrechtenverdragen. We concentreren ons hierbij op het voor Nederland belangrijkste mensenrechtenverdrag, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM).

Ten aanzien van de gelding van EVRM-rechten zal onderscheid gemaakt moeten worden tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Instellingen voor bijzonder onderwijs kunnen niet gelden als overheidsinstanties die deze rechten als zodanig in acht hebben te nemen. De betreffende bepalingen zijn blijkens hun bewoordingen geschreven voor de verticale verhouding tussen overheid en burger (ook artikel 34 EVRM duidt daarop), en niet voor de horizontale verhouding tussen private actoren. Dat sluit overigens niet uit dat de in deze bepalingen vervatte rechten niettemin ook, hetzij direct hetzij bij wege van doorwerking in algemene privaatrechtelijke normen, in horizontale verhoudingen toepassing kunnen vinden. Maar in het algemeen zal een beroep van een leerkracht op EVRM-rechten tegenover een bijzondere onderwijsinstelling afstuiten op het beroep dat deze instelling op grondrechten kan doen, of op de tegenwerping dat de leerkracht met het sluiten van zijn arbeidsovereenkomst jegens de instelling afstand van zijn beroep op die rechten heeft gedaan. Zo oordeelde de Amsterdamse kantonrechter, dat het ont-

28 CRvB 17 mei 2001, ROR 2000-2002, nr. 14 en HR 9 augustus 2002, ROR 2000-2002, nr. 15.

29 Zie [http://ec.europa.eu/education/policies/2010/doc/principles\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/education/policies/2010/doc/principles_en.pdf).

slag van een schoolhoofd aan een katholieke school, omdat hij in de ban van Bhagwan was geraakt en daarvan middels zijn oranje kleding getuigenis aflegde, door de beugel kon. Het beroep op het EVRM wees de rechter af: dit verdrag 'staat niet in de weg aan het in zekere mate contractueel prijsgeven van de rechten, die het beoogt te beschermen.'<sup>30</sup>

Voor het openbaar onderwijs geldt een ander regime. Openbaar onderwijs moet aangemerkt worden als onderwijs dat van de overheid uitgaat, en dus de EVRM-rechten van zijn leerkrachten in acht heeft te nemen. Niet geheel duidelijk is in hoeverre deze rechten – waarbij met name gedacht kan worden aan artikel 10 EVRM (de vrijheid van meningsuiting), en mogelijk ook aan artikel 9 EVRM (de vrijheid van godsdienst) – een aanspraak op professionele autonomie zouden kunnen vestigen. In ieder geval kunnen deze rechten beperkt worden op de voet van de bijbehorende beperkingsclausules. Aangenomen mag worden dat aan de wetgevers en de besturen in het openbaar onderwijs een aanzienlijke ruimte gegund wordt om aan de leerkrachten randvoorwaarden te stellen. Die ruimte is zelfs zeer groot waar het gaat om het waarborgen van het pluriforme karakter van het openbaar onderwijs, dat de lidstaten gezien artikel 2 Protocol 1 EVRM hebben te garanderen.<sup>31</sup>

## 2.2 De rechten van de leraar op grond van de Grondwet

Ook ten aanzien van de gelding van *nationale* grondrechten jegens het onderwijspersoneel moeten we een onderscheid maken tussen het openbaar onderwijs en het bijzonder onderwijs.

Zoals in de vorige paragraaf al werd benadrukt kunnen bijzondere scholen niet aangemerkt worden als overheidsinstanties die deze rechten onverkort in acht hebben te nemen. De betreffende grondwetsbepalingen zijn geschreven met het oog op de verhouding tussen overheid en burger, en niet voor horizontale verhoudingen. Voorzover al sprake zou kunnen zijn van mogelijke toepasbaarheid van deze bepalingen zal een beroep daarop door een leerkracht meestal afstuiten op de stelling dat hij zijn grondrechten binnen de school geheel of gedeeltelijk heeft weggecontracteerd<sup>32</sup>. Daarnaast zal het beroep dat aan het bevoegd gezag op zijn eigen grondrechten (vrijheid van onderwijs, vrijheid van vereniging) toekomt veelal prevaleren.<sup>33</sup> Zo oordeelde een Commissie van beroep<sup>34</sup> dat het lidmaatschap van de Communistische Partij Nederland zodanig onverenigbaar was met

30 Kantongerecht Amsterdam 11 februari 1983, AB 1983, 277. Zie ook HR 18 juni 1971, NJ 1971, 407: een overeenkomst waarbij men zich verplicht bij onderbreken van de betreffende opleiding geen onderwijs in Mensendieck-oefeningen te verzorgen is niet in strijd met artikel 2 Protocol 1 EVRM.

31 Zie EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 235 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen); EHRM 15 februari 2001 (Dahlab); EHRM 29 juni 2007 (Folgero).

32 Commissie van Beroep Katholiek kleuter-, basis- en buitengewoon onderwijs in Zuid-Nederland 12 maart 1979, AB 1979, 347.

33 Vgl. HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides).

34 Commissie van beroep vo Besturenraad pco 30 januari 1975, AB 1975, 115. Zie ook Kantongerecht Zwolle 7 maart 1991, NJCM-Bulletin 1991, 302. Voor meer jurisprudentie zie B.P. Vermeulen, Commentaar op artikel 6 Grondwet, in Akkermans/Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Zwolle 1992, p. 136-137.

de grondslag van de christelijke school dat de betreffende godsdienstleraar zijn verplichtingen in de akte van benoeming niet was nagekomen.

Interessant is in dit verband de zaak waarin de Haagse kantonrechter de arbeidsovereenkomst met het toenmalig Kamerlid voor de Centruumpartij, Janmaat, ontbond wegens ernstig verstoring van de arbeidsverhoudingen, onder toekenning van een stevige schadevergoeding. Relevant is daarbij dat volgens de rechter niet aannemelijk was gemaakt dat Janmaat zich in zijn lessen maatschappijleer in meerdere of mindere mate schuldig had gemaakt aan partijpolitiek gekleurde uitingen.<sup>35</sup> We lezen in deze uitspraak – waarin de rechter benadrukte dat van een leerkracht als *in casu* de grootste omzichtigheid mag worden verwacht bij het geven van lessen – dan ook niet een vrijheid van die leerkracht om *in zijn onderwijs* een bepaalde politieke visie uit te dragen.

Meer in het algemeen zouden we willen betogen, dat de individuele vrijheid van onderwijs zoals neergelegd in artikel 23 lid 2 Grondwet alleen relevant is buiten het verband van bijzondere onderwijsinstellingen. Binnen deze instellingen heeft deze vrijheid te wijken op grond van de aan die instellingen toekomende onderwijsvrijheid. Zie daartoe met name artikel 23 lid 6 Grondwet, dat in de tweede volzin bepaalt dat bij de regeling van deugdelijkheidseisen/bekostigingsvoorwaarden de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd moet worden. Uit deze bepaling moet opgemaakt worden, dat de vrijheid ten aanzien van de inrichting en vormgeving van het onderwijs grondwettelijk gezien berust bij het bevoegd gezag (degene die de onderwijzers aanstelt).

Openbare onderwijsinstellingen zijn (anders dan bijzondere scholen) overheidsinstanties. Voor hen gelden de grondrechtenbepalingen onverkort. Dat was voorheen anders: aangenomen werd, dat ambtenaren – zoals leerkrachten in het openbaar onderwijs – slechts in beperkte mate een beroep op zulke bepalingen toekwam. Vroeger hadden leerkrachten die als ambtenaar in het openbaar onderwijs werkzaam waren bijvoorbeeld niet de vrijheid om ook in ander verband onderwijs te geven. Zo oordeelde de rechter in 1959 dat een gemeentebestuur bevoegd was om een lerares die bij het bestuur in dienst was te verbieden in haar vrije tijd Frans te geven.<sup>36</sup>

Uitgangspunt van de Grondwet zoals deze sinds 1983 luidt is echter, dat de grondrechten ook jegens ambtenaren onverkort in acht moeten worden genomen.<sup>37</sup> Dat betekent bijvoorbeeld, dat de ambtenaar gezien de vrijheid van onderwijs in artikel 23 lid 2 Grondwet in zijn vrije tijd les mag geven, tenzij daardoor de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst in (volstrekt) ontoelaatbare mate wordt aangetast<sup>38</sup> (een norm ontleend aan artikel 125a Ambtenarenwet). De weigering van BenW om een leraar buitengewoon verlof te verlenen om in Zuid-Afrika onderwijs te geven (toen daar nog het apartheidsregime heerste) achtte de rechter dan ook met de onderwijsvrijheid in strijd.<sup>39</sup>

35 Kantongerecht Den Haag 22 oktober 1984, NJ 1985, 286.

36 CRvB 20 oktober 1959, AB 1960, 495.

37 Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 11.

38 CRvB 16 november 1989, TAR 1990, 13 en NTOR 1990, 2 m.nt. Vermeulen en Verhey.

39 CRvB 8 augustus 1991, AB 1991, 576 m.nt. Hennekens.



Hetzelfde standpunt huldigt de rechter ook ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting als gewaarborgd in artikel 7 Grondwet. Ook ambtenaren/leerkrachten in het openbaar onderwijs komt deze vrijheid toe. Zo achtte de rechter met deze bepaling in strijd dat een leraar maatschappijleer werd ontslagen, louter om het feit dat hij lid was van de Centruumpartij en in het openbaar uitkwam voor zijn standpunten. Niet was komen vast te staan, dat de leraar door het enkele feit van het in het openbaar uitdragen van zijn politieke opvatting een goede vervulling van zijn functie dan wel de goede functioneren van de school of van de vakgroep in ontoelaatbare mate had aangetast of zou aantasten; van propaganda of indoctrinatie van leerlingen was niet gebleken.<sup>40</sup>

Bij het voorgaande dienen twee relativerende kanttekeningen geplaatst te worden. Ten eerste is het zo, dat de in artikel 23 lid 3 Grondwet neergelegde eis van neutraliteit van het openbaar onderwijs, nader in de vorm van een pluriformiteitsopdracht uitgewerkt in artikel 46 Wpo en artikelen 42 en 44 Wvo, randvoorwaarden stelt aan de uitoefening van bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting binnen de openbare school. We gaan daar in het volgende hoofdstuk nader op in (paragraaf 3.1). Daarnaast is het überhaupt de vraag of de grondrechten wel geschreven zijn voor de *interne* verhoudingen, de verhoudingen *binnen* overheidsorganisaties zoals openbare onderwijsinstellingen.<sup>41</sup> De artikelen 125a en 125b Ambtenarenwet doen vermoeden dat die rechten veeleer zijn geschreven voor uitingen door de betrokkene buiten de ambtelijke gezagsverhouding. Met andere woorden: de vrijheid van meningsuiting, van onderwijs, van godsdienst, van vereniging etc. gelden in de zin dat ambtenaren geen sancties ter zake van de uitoefening van deze vrijheden opgelegd mogen worden voor hun handelen *buiten* de ambtelijke arbeidsverhouding, tenzij daartoe een grondwettelijke beperkingsclausule met bijbehorende wettelijke beperkingsregeling voorhanden is. Maar zij zijn niet als zodanig van toepassing op het functioneren *binnen* de ambtelijke verhoudingen, en kunnen dus ook niet aangewend worden om binnen die verhoudingen een juridische basis te verschaffen aan een recht op professionele autonomie in het openbaar onderwijs.

### 2.3 De rechten van de leraar op grond van de Algemene Wet Gelijke Behandeling

Het voorgaande komt er op neer, dat uit de algemene mensenrechten- en grondrechtbepalingen niet een juridische basis voor de professionele autonomie van de leraar gedestilleerd kan worden. Thans bezien wij in hoeverre de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) daartoe een grondslag zou kunnen bieden. Deze wet beoogt aan het gelijkheidsbeginsel nadere precisering te geven – ook in private verbanden – en zou misschien een grondslag voor autonomie kunnen bieden in de zin dat deze wet onderscheid op bepaalde gronden verbiedt en aldus mogelijk de werknemer die een afwijkende positie ten opzichte van het beleid van het bevoegd gezag inneemt tegen sancties beschermt.

40 CRvB 26 mei 1987, AB 1987, 520.

41 Vgl. B.P. Vermeulen e.a., *Ovenvegingen bij een boerkaverbod*, Den Haag 2006, p. 37-40.

Uitgangspunt van de AWGB is dat onderscheid op specifieke (verdachte) gronden zoals politieke overtuiging, ras, geslacht, religie etc. op bepaalde terreinen (werk, commerciële transacties, onderwijs etc.) verboden is. Van belang in dit kader is artikel 5 lid 1 AWGB, dat verbiedt onderscheid te maken op deze gronden in het geval van – onder andere – het aangaan en beëindigen van een arbeidscontract, de aanstelling tot ambtenaar, het beëindigen van het dienstverband, alsook de vaststelling van arbeidsvoorwaarden. Uiteraard ziet deze bepaling onder meer op de leraar in het openbaar en het bijzonder onderwijs.

De AWGB maakt verschil tussen zogenoemd direct en indirect onderscheid. Direct onderscheid verwijst expliciet naar een verdacht criterium zoals ras etc. en is – daargelaten een uitdrukkelijke wettelijke uitzondering – altijd verboden. Indirect onderscheid is een vorm van verschil in behandeling waarbij het toegepaste criterium ogenschijnlijk neutraal is, maar in de praktijk met name personen die een gemeenschappelijk kenmerk zoals ras etc. delen raakt. Indirect onderscheid is niet alleen gerechtvaardigd als een specifieke wettelijke uitzondering dat bepaalt, maar ook als het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door het beoogde doel en voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk is (artikel 2 lid 1 AWGB). Een veel voorkomend voorbeeld treffen we aan in de zaken naar aanleiding van ogenschijnlijk neutrale kledingvoorschriften. Wanneer dergelijke voorschriften een bepaalde godsdienstige minderheidsgroep in het bijzonder treffen is sprake van indirect onderscheid, dat in principe verboden is maar onder omstandigheden op grond van zwaarwegende argumenten (veiligheid, orde, onderwijskundige doelen etc.) gerechtvaardigd kan worden.

De AWGB bevat een aantal specifieke uitzonderingen voor organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Zo blijft ingevolge artikel 5 lid 2 sub c AWGB de vrijheid van confessionele scholen intact om met een beroep op de grondslag vereisten te stellen aan de vervulling van een positie binnen de organisatie. Dergelijke vereisten mogen evenwel niet leiden tot een verschil in behandeling gebaseerd op het *enkele feit* van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Onderscheid op grond van het enkele feit van *godsdiens*t of *levensovertuiging* is echter wel toegestaan. De ratio van deze bepaling is gelegen in de vrijheid van godsdiens

t en onderwijs, op grond waarvan het aan confessionele organisaties toegestaan moet blijven om hun personeelsbestand samen te stellen op basis van criteria voortvloeiende uit hun religieuze of levensbeschouwelijke richting.

Artikel 5 lid 2 sub c AWGB brengt met zich dat (wederom) onderscheid gemaakt moet worden tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs. Openbaar onderwijs is – neutraal-pluriform – overheids

onderwijs en dient met eerbiediging van ieders godsdiens

t of levensovertuiging bij de wet geregeld te worden (artikel 23 lid 3 Grondwet). Een en ander is nader neergelegd in onder meer artikel 46 Wpo en artikel 42 Wvo. Enerzijds brengt dit met zich dat een leerkracht in principe niet vanwege zijn godsdiens

tige of levensbeschouwelijke overtuiging geweerd mag worden. Anderzijds zal hij zijn functie dienen te vervullen in overeenstemming met de grondslag en het doel van de school: verwacht mag dan ook worden dat hij zijn functie conform de doelstelling en de grondslag van het openbaar onderwijs zal verrichten.

De afgelopen jaren heeft de Commissie Gelijke Behandeling (CGB), welke toeziet op de naleving van de AWGB, ter zake een aantal relevante oordelen gegeven. Zo is volgens de Commissie het dragen van een hoofddoek in de klas door een (moslim-)lerares niet per definitie in strijd met het (levensbeschouwelijk neutrale) karakter van het openbaar onderwijs. Van het personeel van openbare scholen mag weliswaar een open instelling tegenover de verschillende levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden worden geëist. 'Echter het feit dat verzoekster een bepaalde godsdienst belijdt en door het dragen van een hoofddoek uit, sluit niet uit dat zij een open instelling heeft en in staat is onderwijs te geven in overeenstemming met het karakter van de school als openbare onderwijsinstelling.'<sup>42</sup> Derhalve vormt de afwijzing van een leerkracht enkel vanwege haar hoofddoek verboden direct onderscheid.

Anders ligt een en ander als de leerkracht zijn geloofsovertuiging al te actief naar buiten brengt en daarbij de terughoudendheid, die gezien het neutrale karakter van het openbaar onderwijs vereist is, niet in acht neemt. Zo accepteerde de Commissie de beëindiging van een stage met een activistische moslim-staigiare die in strijd met dit karakter aan leerlingen onvoldoende ruimte liet om zich over geloofskwesties een eigen oordeel te vormen. Aanvaard werd dat sprake was van indirect onderscheid dat evenwel objectief gerechtvaardigd was.<sup>43</sup>

Een zaak die recent veel publiciteit veroorzaakt heeft betreft een moslimdocente die sinds haar terugkeer van een vakantie in Marokko op religieuze gronden weigerde de hand te schudden van haar mannelijke collega's. Het schoolbestuur heeft haar vervolgens geschorst en ontslagen omdat haar handelwijze in strijd was met de gedragscodes waar de openbare school van uitgaat. De Commissie oordeelde dat bij het ontslag sprake was van door de AWGB verboden indirect onderscheid, nu de docente bereid was haar mannelijke collega's op een andere wijze, met een vriendelijke hoofdknik, te begroeten.<sup>44</sup> Het schoolbestuur volgde dit oordeel niet op, volhardde in de schorsing en het ontslag, en heeft voor de rechter in eerste aanleg gelijk gekregen. De verstoring van de verhoudingen die de vrouw met haar optreden veroorzaakte rechtvaardigde de handelwijze van het bestuur.<sup>45</sup> Een principiële uitspraak heeft de rechtbank hiermee overigens niet willen doen. Zo is in het midden gelaten of de weigering om mannen een hand te geven in het algemeen grond voor ontslag kan opleveren zonder in strijd te komen met de AWGB of de vrijheid van godsdienst.

Voor een bijzondere onderwijsinstelling geldt – anders dan voor het openbaar onderwijs – dat zij vrij is om eisen te stellen aan de vervulling van een functie, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Die eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit of hetero- of homoseksuele gerichtheid<sup>46</sup> of burgerlijke staat (maar wel op grond van het enkele feit van godsdienst of levensovertuiging).

42 CGB 9 februari 1999, oordeel 99-18; in dezelfde lijn CGB 22 december 1999, AB 2000, 72 m.nt. Vermeulen.

43 CGB 16 augustus 2007, oordeel 2007-153.

44 Cgb 7 november 2006, oordelen 2006-220 en 2006-221.

45 Rb. Utrecht 31 augustus 2007, AB 2007, 307 m.nt. Groen en Vermeulen.

46 CGB 29 april 1999, AB 2000, 71 m.nt. Vermeulen; CGB 15 juni 2007, oordeel 2007-100.

In lijn met het *Maimonides*-arrest laat de AWGB bijzondere scholen die uitgaan van een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag dus de vrijheid om criteria te hanteren die zijn afgeleid van hun religieuze ‘missie’ bij hun beslissing welke leerkrachten zij aannemen, mits deze criteria op een consistente wijze worden toegepast.<sup>47</sup> Dat betekent, dat als dergelijke instellingen hun werknemers niet consequent op basis van de grondslag selecteren en beoordelen, zij zich niet kunnen beroepen op de uitzonderingsbepalingen van de AWGB. Wanneer zij incidenteel wel op basis van de grondslag selecteren, handelen ze in strijd met de AWGB. In de praktijk houdt dit in dat de meerderheid van de confessionele instellingen, die immers niet stringent aan de grondslag vasthouden, zich in het algemeen niet op de uitzonderingsbepalingen kunnen beroepen, en volledig gebonden zijn aan de non-discriminatiernormen van de AWGB.<sup>48</sup>

We benadrukken, dat de AWGB het bevoegd gezag in het openbaar en bijzonder onderwijs daarentegen de ruimte laat om aan leerkrachten neutrale voorschriften en randvoorwaarden op te leggen. En ook als deze voorschriften en randvoorwaarden juist een specifieke, door een der in de AWGB genoemde gronden te karakteriseren groep raakt zullen zij veelal gerechtvaardigd kunnen worden. Zo zal een beleidslijn op grond waarvan het verboden is om een chador of burqa (gezichtsbedekkende sluier) te dragen op grond van didactische en orde-argumenten in het algemeen gerechtvaardigd kunnen worden.<sup>49</sup>

Meer in het algemeen nemen we aan, dat de AWGB niet in de weg zal staan aan sancties opgelegd aan een leerkracht die in strijd met de beleidslijnen van het bevoegd gezag en de schoolleiding ruimte claimt om op grond van zijn eigen levensbeschouwelijke, politieke of pedagogisch-inhoudelijke visie onderwijs te geven. Eerstens nemen wij dat aan, omdat een dergelijke visie veelal niet te herleiden zal zijn tot een der AWGB-gronden. Zo zal de visie van de leerkracht dat een al te leerlingvraag-gestuurd of competentie-gericht onderwijs ondeugdelijk is, niet tot een van die gronden terug te voeren zijn. Maar zelfs als de opvattingen van de leerkracht wel tot een AWGB-grond te herleiden zijn, dan zullen de hem beperkende beleidslijnen van bevoegd gezag/schoolleiding in neutrale termen gegoten zijn – eisen van open communicatie, didactische visie, pedagogische filosofie, aanvaardbare uitwerking van kerndoelen/eindexamentermen, financieel-economische randvoorwaarden – en zullen deze beleidslijnen hooguit indirect onderscheid opleveren dat evenwel in het algemeen voldoende objectief gerechtvaardigd zal zijn. Een enkel voorbeeld: een leerkracht in het voortgezet of hoger onderwijs die meent op grond van zijn geloofsovertuiging geen enkele of hooguit eenzijdige aandacht te moeten besteden aan de evolutietheorie zal ongetwijfeld met recht tegengeworpen worden dat deze theorie nu eenmaal behoort tot het kernbestand van de natuurwetenschappen, en dat de op hem rustende verplichting om deze theorie zonder vooringenomenheid uiteen te zetten objectief gerechtvaardigd is.

47 CGB 4 december 2001, ROR 2000-2002, 48 m.nt. Noorlander.

48 Zie CGB 18 augustus 2003, oordeel 2003-114. Vgl. daarover P.W.A. Huisman, AWGB doorbreekt bestuursbenoeming, *School en Wét* 2004, nr. 2, p. 76 e.v.

49 Vgl. CGB 20 maart 2003, AB 2003, 233 m.nt. Vermeulen.

### 3. Het recht op professionele autonomie in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs

Dit hoofdstuk behandelt de juridische positie van de leraar in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs; daarbij richten we ons vooral op het primair en voortgezet onderwijs.

Na het schetsen van enkele uitgangspunten ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen leraar en bevoegd gezag (paragraaf 3.1) gaan we in op bepalingen in de cao's en de medezeggenschapsregelingen voor zover die de invloed van de leraar op de inhoud en vormgeving van het onderwijs betreffen (paragraaf 3.2). Vervolgens komen de bekwaamheidseisen en het toezicht van de overheid aan bod (paragraaf 3.3). Tot slot beschrijven we de pedagogisch-didactische ruimte van de leraar ten opzichte van de leerlingen en ouders, en ten opzichte van het bevoegd gezag (paragraaf 3.4).

#### 3.1 Uitgangspunten

##### 3.1.1 Tweevoudige rechtsbetrekking

De leraar heeft een tweevoudige positie en rechtsbetrekking: inherent aan zijn positie is een *duplex ordo*. Enerzijds is hij ambtenaar/werknemer, opdrachtnemer, gebonden aan de bekwaamheidseisen van de wetgever, de missie van de school, de instructies van zijn werkgever. Anderzijds is hij vakinhoudelijk deskundige en beschikt hij *qualitate qua* over een aan hem toekomende autonomie<sup>50</sup>. Weliswaar wordt die autonomie slechts in een enkel geval expliciet door de onderwijsregelgeving geattribueerd.<sup>51</sup> Maar daarnaast is veelvuldig sprake van impliciete bevoegdheidstoedeling: de leraar bepaalt het tempo in de groep; stuurt een leerling weg; beslist welke leerlingen overgaan naar de volgende klas.

Dat er weinig expliciete wettelijke regelingen zijn inzake de pedagogisch-organisatorische zelfstandigheid van de leraar in de onderwijswetgeving voor het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs ligt ook wel voor de hand. De omvang van die zelfstandigheid raakt immers voor zover het bijzonder onderwijs betreft rechtstreeks aan de vrijheid van richting en inrichting, waar de wetgever nu juist zeer terughoudend moet zijn. En voorzover het het openbaar primair en voortgezet onderwijs betreft gaat het om een terrein waarin de gemeentelijke autonomie van oudsher een dominante rol speelt. De juridische positie van de beroepsbeoefenaar wordt in deze sectoren dan ook voornamelijk in *extern-regulerende* zin geregeld, beredeneerd vanuit het perspectief van het toezicht door de overheid op de bekwaamheid en zedelijkheid van hen die onderwijs geven (artikel 23 lid 2 Grondwet). Hoe de positie van de individuele leraar binnen de school *intern-faciliterend* is gepositioneerd is in beginsel géén zorg van de overheid. Bepalingen terzake betreffen voornamelijk de leraar in zijn hoedanigheid van werknemer (via

50 Zie Onderwijsraad, *Leraarschap is eigenaarschap*, Den Haag 2007, en Noorlander, a.w., p. 106.

51 Vgl. artikelen 39 lid 4 en 42 Wpo jo. artikel 3 lid 1 en 2 Inrichtingsbesluit Wvo; artikelen 29 lid 2 Wvo jo. artikelen 3 en 41 Eindexamenbesluit vwo-havo-mavo-vbo.

het BW, het ambtenarenrecht en CAO's) en als subject van medezeggenschapsregelingen, en niet de leraar in zijn hoedanigheid van professional.

### 3.1.2 *Gebondenheid aan de normatieve richting van de school*

Wederom moet onderscheid gemaakt worden tussen de positie van de leraar in het openbaar onderwijs (als ambtenaar) en de werknemer in het bijzonder onderwijs (werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst). Dat onderscheid is niet alleen van belang als het gaat om de inhoudelijke regels en de rechtsbescherming, maar ook bij de bepaling van de omvang van de pedagogische autonomie.

Ten aanzien van de onderwijsgevende/ambtenaar in het *openbaar onderwijs* geldt dat hij onderwijs moet geven met eerbiediging van ieders godsdienst en levensovertuiging (artikel 23 lid 3 Grondwet). De Lager Onderwijswet 1920 (Lo-wet) bevatte met het oog hierop enkele specifieke regelingen inzake de leraar die zich schuldig maakte aan ideologisch 'plichtsverzuim'. Zo bepaalde artikel 9 lid 3 Lo-wet dat op 'voordracht van burgemeester en wethouders of van de inspecteur Gedeputeerde Staten [kunnen] verklaren, dat de onderwijzer, die bij het geven van onderwijs leringen verspreidt, strijdig met de goede zeden of aansporende tot ongehoorzaamheid aan de wetten des lands, zijn bevoegdheid tot het geven van onderwijs verloren heeft'. Verder stond er krachtens artikel 42 Lo-wet straf op overtreding van de bepaling dat de leraar op de openbare school ieders geloofs- of levensovertuiging moest eerbiedigen. Voorts bevatte artikel 43 van diezelfde wet de bepaling waarin ouders bezwaar konden aantekenen tegen gebruikte leerboeken: burgemeester en wethouders konden aldus de onderwijzer verbieden een afgekeurd leerboek te gebruiken. Ging de onderwijzer daar toch mee door, dan kon hij worden ontslagen door de gemeenteraad (artikel 43 lid 4 Lo-wet). De levensbeschouwelijke neutraliteit van de onderwijzer op de openbare school was dus onder de Lo-wet strikt gewaarborgd.<sup>52</sup>

De huidige wetgeving bevat eveneens een aantal bepalingen inzake de waarborging van het karakter van het *openbaar onderwijs*. Het openbaar onderwijs draagt volgens artikel 46 Wpo en artikel 42 Wvo bij aan de ontwikkeling van leerlingen met aandacht voor de godsdienstige, levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden zoals die leven in de Nederlandse samenleving; en dit onderwijs moet – uiteraard, zie artikel 23 lid 3 Grondwet – nog immer gegeven worden met eerbiediging van ieders godsdienst of levensbeschouwing. Een overblijfsel van het vroegere 'strengere' regime vormt artikel 44 lid 2 Wvo, dat de regering de mogelijkheid biedt om de leerkracht die niet aan de eerbiedigingseis voldoet in zijn bevoegdheid om onderwijs aan een openbare school te geven te schorsen.

In essentie komen deze bepalingen er op neer, dat het openbaar onderwijs en de daarin werkzame docenten een levensbeschouwelijk-pluriform aanbod mogen doen, maar moeten voorkomen zich met een specifieke richting te identificeren. In het kader van de (overigens mislukte) poging tot herziening van het grondwetsartikel inzake het onderwijs stelde de regering in dit verband: 'Zolang de informatie aan de leerling aangaande

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld KB 24 december 1948, AB 1948, 266 (Bijbelse verhalen).

de verscheidenheid in levensovertuigingen een objectief karakter heeft, is het mogelijk dat de verantwoordelijkheid daarvoor bij de overheid berust. Anders zou het worden, indien die informatie mede tot doel zou hebben de eigen levensovertuiging uit te dragen en op de leerling over te brengen. Dan zou die informatie een verkondigend karakter krijgen; die taak is niet in overeenstemming te brengen met die van de in deze kwestie neutrale overheid'.<sup>53</sup>

Ten aanzien van het *bijzonder onderwijs* geldt een ander uitgangspunt. Dit onderwijs is niet aan het neutraliteitsbeginsel gebonden. Blijkens artikel 23 lid 6 Grondwet is het bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs dan ook in vergaande mate vrij in zijn personeelsbeleid ('de aanstelling der onderwijzers') en de regulering van het te geven onderwijs ('de keuze der leermiddelen'). Daarbij zijn niet alleen richtingsaspecten, maar ook inrichtingsaspecten in het geding. Wil het bevoegd gezag zijn vrijheid ten aanzien van de pedagogisch-didactische inrichting waar kunnen maken, dan moeten ten aanzien van de inzichten en kwaliteiten van de leerkrachten eisen ter zake gesteld kunnen worden. De benoemingsvrijheid en meer in het algemeen het personeelsbeleid inclusief de aansturing van docenten vormt dan ook een van de essentiële aspecten van de vrijheid van inrichting.<sup>54</sup>

### 3.1.3 Gezagsrelatie en zorgplichten

Uiteraard is de leraar niet enkel gebonden door de normatieve grondslag – de neutraliteit of godsdienstige/levensbeschouwelijke (in)richting – van zijn instelling. Ook daarbuiten is sprake van begrenzingen die uit zijn arbeidsverhouding en zijn ambt of vak – het goed leraarschap – voortvloeien.

Zo bepaalt artikel 125ter Ambtenarenwet dat de ambtenaar – dus ook de leraar in het openbaar onderwijs – verplicht is zich als 'goed ambtenaar', *in casu* dus als 'goed leraar' te gedragen. Deze norm is nader geconcretiseerd in de relevante CAO's, zoals bijvoorbeeld in artikel 4.15 lid 2 CAO Primair Onderwijs 2006–2008: 'Plichtsverzuim omvat zowel het overtreden van enig voorschrift als het doen of nalaten van iets dat een werknemer bij een goede uitoefening van zijn functie in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen.'

Voor de leraar in het bijzonder onderwijs geldt een vergelijkbare verplichting tot 'goed leraarschap', voortvloeiend uit de algemene regel dat de leraar zich als een goed werknemer moeten gedragen (artikel 7:611BW). De werknemer/leraar is daarbij verplicht zich te houden aan de voorschriften 'omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven' (artikel 7:660 BW).

<sup>53</sup> Kamerstukken II 1975/76, 13 874, nr. 10, p. 4.

<sup>54</sup> B.P. Vermeulen, *De Tijdelijke Wet Arbeidsbemiddeling Onderrwijs (TWAOW)*, Zwolle 1994, p. 44.

Binnen zekere marges is het dus aan het bevoegd gezag om te bepalen welke vereisten voortvloeien uit de verplichting om een goed leraar te zijn. Leraren zijn derhalve onderworpen aan het toezicht door het bevoegd gezag. In sommige gevallen kan dat zelfs gebeuren door fysiek toezicht, letterlijk doordat de directeur aanwezig is in de lessen. Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen stelde dat een dergelijke maatregel geen inbreuk maakte op de onderwijsvrijheid van de leerkracht.<sup>55</sup>

Tegelijkertijd rust op werkgever/schoolbestuur een zorgplicht in de zin van het vereiste van goed werkgeverschap (artikel 125ter Ambtenarenwet, artikel 7:611 BW). Expliciteringen van de op de werkgever rustende zorgplichten zijn onder meer te vinden de Arbowet, het Arbeidsomstandighedenbesluit 1997 en de Arbeidsomstandighedenregeling. Zo bepaalt artikel 3 Arbowet dat de 'inrichting van de arbeidsplaatsen, de werkmethode en de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen alsmede de arbeidsinhoud zoveel als redelijkerwijs kan worden geveerd aan de persoonlijke eigenschappen van werknemers [worden] aangepast' en dat 'monotone en tempogebonden arbeid [...] zoveel als redelijkerwijs kan worden geveerd, vermeden dan wel, indien dat niet mogelijk is, [wordt] beperkt'. De werkgever dient dan ook binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid een personeelsbeleid te voeren dat is gericht op voorkoming en – indien dat niet mogelijk is – beperking van psychosociale arbeidsbelasting. Voorts moet de werkgever zorgdragen 'voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de bij de werkgever werkzame personen, waarbij hij rekening houdt met de bekwaamheden van de werknemers'. Bijvoorbeeld de verplichtingen tot het voorkomen van RSI, seksuele intimidatie<sup>56</sup> en pesten vloeien uit de zorgplicht van de werkgever voort.

Schending van die zorgplicht van de werkgever kan tot schadeplechtigheid leiden. De leraar kan zich daartoe – ook buiten expliciete wettelijke voorschriften (zoals bijvoorbeeld artikel 7:658 BW of de arbowetgeving) – baseren op een op de goed werkgeversplicht gegronde aansprakelijkheid. Zo overwoog de Centrale Raad van Beroep: 'voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoonde dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoonde dat de schade in belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar'<sup>57</sup>.

Ook psychische schade door stress of *burn out* kunnen grond zijn voor schadevergoedingsplichtigheid. Wel geldt hiervoor een (zware) stelplicht: er moet een aantoonbaar

55 Hof van Justitie Nederlandse Antillen 22 maart 1983, Jurisprudentie Onderwijswetten 4464.

56 Hof Den Bosch 25 november 2003, LJN: AN9561.

57 CRvB 5 juli 2007, LJN: BA9583.



causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade. Zo overweegt het Haagse Hof<sup>58</sup>: 'stress kan door vele omstandigheden ontstaan en is sterk individueel bepaald. Onder gelijke omstandigheden zal de ene persoon geen stressklachten krijgen en de andere wel. Voorts kan stress ook worden veroorzaakt door persoonlijke omstandigheden en kan bijvoorbeeld een minder goede lichamelijke conditie maken dat iemand minder goed bestand is dan normaal tegen de eisen die zijn werkzaamheden aan hem stellen, zodat de werkdruk als te zwaar – als stress – wordt ervaren. Dat betekent dat de werknemer, die stelt dat hij door zijn werk stressklachten heeft gekregen, feiten en omstandigheden met betrekking tot zijn werksituatie zal moeten stellen op grond waarvan kan worden aangenomen dat, c.q. in hoeverre, zijn klachten door zijn werk en niet door iets anders zijn ontstaan. Immers, wanneer sprake is van een volstrekt normale werksituatie en een werknemer niettemin niet tegen de werkdruk bestand is, kan niet gezegd worden dat zijn stress door zijn werkzaamheden is veroorzaakt. Ook kan in een dergelijke situatie van de werkgever niet worden verwacht dat hij maatregelen neemt ter voorkoming van stress. Maatregelen zijn pas dan geïndiceerd, wanneer voor de werkgever duidelijk is (gemaakt) dat een bepaalde (wijziging in de) werksituatie het risico van stressklachten met zich brengt'.

#### 3.1.4 *Vrijheid van pedagogische inrichting*

De pedagogisch-organisatorische autonomie van de docent is verbonden met – en wordt begrensd door – de vrijheid van inrichting van de onderwijsinstelling. Drop<sup>59</sup> onderscheidt de vrijheid van inrichting in drie betekenissen: ten eerste de vrijheid in ruime zin (betrekking hebbend op de organisatie van het onderwijs), ten tweede in beperkte zin (betrekking hebbend op de interne organisatie van de school) en tot slot op micro-niveau (de pedagogisch-didactische relatie tussen docent en leerling in het onderwijsproces). Met name de laatste twee niveau's zijn van belang bij de bepaling van de autonomie van de docent.

Wij merken in dit verband op, dat de vrijheid van pedagogisch-didactische inrichting voor zover zulks de organisatie van het onderwijs betreft het duale onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs transcendeert. Ook het openbaar onderwijs heeft binnen marges immers een zekere vrijheid van inrichting. Met het oog op het mogelijk maken van pedagogische experimenten werd bij de grondwetsherziening van 1917 niet meer bepaald, dat *de inrichting van het openbaar onderwijs* bij wet geregeld diende te worden, maar werd volstaan met de bepaling (thans artikel 23 lid 3 Grondwet) dat *het openbaar onderwijs* bij wet geregeld diende te worden. Ten tijde van de totstandkoming van de Mammoetwet is hierover uitgebreider gedebatteerd. Minister Cals stelde dat ook in het openbaar onderwijs rekening moet worden gehouden met de wensen van ouders. Het kiezen van de methode van onderwijs en de daarbij behorende leermiddelen zijn dan ook ter beslissing van het bevoegd gezag van de openbare school, en niet aan de werkgever of rijksoverheid.<sup>60</sup> Zo kunnen er openbare montessori- of jenaplanscholen zijn.

58 Hof Den Haag 27 april 2007, LJN: BA6359.

59 H. Drop, *Vrijheid van inrichting. Vogelvrij?*, in: T. Elzenga, *Onderwijsrecht: actueler dan ooit*, Deventer 1987, p. 16.

60 Drop, a.w, p. 15.

Volgens Drop is het derhalve mogelijk dat openbare scholen daarom van leraren mogen vragen de gekozen 'methodische richting' te onderschrijven, zolang dat bij de benoeming maar duidelijk is gemaakt.<sup>61</sup>

Op de andere aspecten van de vrijheid van inrichting (organisatie van de school en organisatie van de relatie leraar-leerling), gaan we verderop nader in.

### 3.1.5 *Het schoolplan als ankerpunt voor de onderlinge verhoudingen*

Het scharnierpunt van de regeling van de verhoudingen tussen partijen binnen de school is in het primair en voortgezet onderwijs het schoolplan (artikel 12 Wpo en artikel 24 Wvo). Voorheen bepaalde de Wet op het basisonderwijs (artikel 13 lid 1 WBO) dat het bevoegd gezag *op voorstel van het onderwijzend personeel* het schoolwerkplan opstelde. Het onderwijzend personeel had dus in zekere mate het voortouw bij het bepalen van de uitvoering van het onderwijs. Als het schoolwerkplan was vastgesteld betekende dat echter wel, dat de leraar daaraan onverkort gebonden was: 'Zodra dit plan definitief is, moet een leraar aan de uitvoering daarvan meewerken. Is hem dit op grond van zijn bezwaren onmogelijk, dan blijft hem niets anders over dan ontslag te nemen en te proberen een andere betrekking te vinden.'<sup>62</sup>

Thans is de rol van de leraren ter zake evenwel wat minder geprononceerd. Het schoolplan wordt door het bevoegd gezag vastgesteld, na instemming van de medezeggenschapsraad (artikel 16 Wpo; in dezelfde zin artikel 24c Wvo). De uitgangspunten van het schoolplan of de opleidingen vormen de basisafspraken binnen de school en instelling. Op de medezeggenschap van het onderwijspersoneel op het gebied van de onderwijsinhoud van de school gaan we hieronder verder in.

## 3.2 **Zeggenschap en medezeggenschap als werknemer**

De bepalingen die de medezeggenschap en de arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel regelen kennen enkele voorschriften die direct of indirect iets zeggen over de verhoudingen tussen de werkgever en de werknemer als het gaat om de inhoudelijke ruimte van de onderwijsgevende. Zij betreffen de randcondities en het overleg bij wijziging van de taakinhoud of wijziging in de onderwijskundige (in)richting van de school.

### 3.2.1 *CAO-rechten*

CAO's bevatten bepalingen over de regels van de organisatie en de inhoud van de taak van de leraar: daarover moet overleg worden gevoerd. Zo staat bijvoorbeeld in de CAO voor het voortgezet onderwijs dat de werkgever over onderdelen van de concrete taakinhoud en over wijziging daarvan overleg heeft met de werknemer. De werkzaamheden moeten redelijkerwijs aan de werknemer kunnen worden opgedragen (artikel 12.2 CAO VO 2006-2007). En in de CAO voor het primair onderwijs (2006-2008) staat in artikel 2.6 dat in het taakbeleid rekening wordt gehouden met de belastbaarheid en

61 Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle 1985, p. 298.

62 Kamerstukken II 1979/80, 14 428, nr. 12, p. 33.

ervaring van beginnende werknemers, senioren en minder-arbeidsgeschikten. Voor het overige bevatten de CAO's geen directe aanspraken als het gaat om de omvang van de instructies en de sturing op de uitvoering van werkzaamheden.

### 3.2.2 *Medezeggenschap*

Op grond van de Wet medezeggenschap op scholen (Wms) heeft de medezeggenschapsraad instemmingsrecht over zaken zoals de verandering van de onderwijskundige doelstellingen van de school (artikel 10 sub a Wms) en vaststelling of wijziging van het schoolplan/leerplan (artikel 10 sub b Wms). Ten aanzien van 'de deelneming of beëindiging van deelneming aan een onderwijskundig project of experiment, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake' heeft de raad adviesrecht (artikel 11 sub e Wms), maar heeft de personeelsgeleding instemmingsrecht voor zover het gaat om de regeling van de gevolgen die zulks voor hen heeft (artikel 12 lid 1 sub a Wms). Ook de vaststelling of wijziging van de taakverdeling respectievelijk de taakbelasting binnen het personeel moet instemming hebben van de personeelsgeleding (artikel 12 lid 1 sub h Wms); en datzelfde geldt voor vaststelling of wijziging van een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van het personeel (artikel 12 lid 1 sub n Wms).

### 3.2.3 *Onderwijsinhoudelijke bevoegdheden*

In sommige specifieke wetten en besluiten zijn ook regelingen opgenomen met het oog op het waarborgen van de betrokkenheid van docenten. De leraar moet bijvoorbeeld betrokken worden bij belangrijke beslissingen ten aanzien van leerlingen in het geval van afwijkingen van het onderwijsprogramma. Zo stelt artikel 19 lid 4 van het Inrichtingsbesluit Wvo dat de commissie die het bevoegd gezag hierover adviseert 'de zienswijze van de leraar of leraren, belast met het betrokken onderwijs' bij haar oordeel betreft. Daarnaast staat in sommige besluiten dat de beoordeling expliciet is voorbehouden aan de docent. Zo wordt volgens artikel 26 Eindexamenbesluit MHNO de 'praktische oefening van de kandidaten voor de afdeling kinderverzorging/jeugdverzorging [...] beoordeeld door de leraar van de school, die belast is met de praktijkbegeleiding na overleg met degene, onder wiens leiding de praktische oefening heeft plaatsgevonden'. Voordat het bevoegd gezag tot verwijdering van een leerling besluit dient de betrokken groepsleraar gehoord te worden (artikel 40 lid 5 Wpo). Het onderwijskundig rapport van de directeur ten behoeve van het vervolgonderwijs (artikel 42 Wpo) wordt slechts opgesteld na overleg met het onderwijzend personeel. En rectoren/directieleden/leraren respectievelijk de examinator/leraar van de school hebben een eigenstandige beoordelingsbevoegdheid ter zake van het eindexamen krachtens artikel 29 lid 2 Wvo en artikel 41 lid 1 Eindexamenbesluit wvo-havo-mavo-vmbo.

## 3.3 **Bekwaamheids- en zedelijkheidseisen ten aanzien van leraren; toezicht door de inspectie**

Het bevoegd gezag is verplicht om schooltoezicht toe te staan, en (enkel) docenten te benoemen die voldoen aan wettelijk voorgeschreven bekwaamheids- en zedelijkheidseisen (artikel 23 lid 2 Grondwet). Deze eisen gelden op het moment dat een school

onderdeel is van het stelsel van onderwijsvoorzieningen, of de instelling nu bekostigd of niet-bekostigd is.<sup>63</sup>

### 3.3.1 *Zedelijkheidseisen*

De in artikel 23 lid 2 Grondwet neergelegde mogelijkheid om bij wet zedelijkheidseisen te stellen is uitgewerkt in het vereiste dat de leerkracht beschikt over een zogenaamde ‘verklaring omtrent het gedrag’ (artikel 3 Wpo; artikel 33 lid 1 sub a Wvo). Ingevolge artikel 28 Wet Justitiële en strafvorderlijke gegevens is dit een verklaring die aangeeft dat uit een onderzoek ingesteld met betrekking tot het gedrag van de betrokken persoon, gelet op het risico voor de samenleving in verband met het doel waarvoor de afgifte is gevraagd en na afweging van het belang van betrokkene, niet is gebleken van bezwaren tegen die persoon.

Recent rees de vraag of (voormalige) zedendelinquenten in bepaalde gevallen voor een verklaring omtrent het gedrag in aanmerking komen en alsdan voor de klas kunnen komen te staan. De minister van Justitie<sup>64</sup> stelde zich op het standpunt dat voor functies in het onderwijs vooral de vraag is of een toekomstige herhaling van het plegen van een zedendelict in algemene zin aan een behoorlijke uitoefening van een functie in het onderwijs in de weg staat, omdat daarbij een risico voor de samenleving ontstaat. In het algemeen was daarvan sprake, zodat in principe geen verklaring zal worden gegeven. Niettemin was het – aldus de minister – in bepaalde gevallen toch mogelijk dat zo iemand na verloop van tijd voor een verklaring in aanmerking komt en weer voor de klas kan staan. Een beroepsverbod – ontzetting uit het ambt – zoals door sommige kamerleden gewild, is slechts mogelijk bij zeer zware straffen (artikel 28 Sr) of bij tucht-rechtelijke uitspraak (het onderwijs kent evenwel niet een dergelijk tuchtrechtelijke mogelijkheid).

### 3.3.2 *Bekwaamheidseisen: wettelijke professionele standaard*<sup>65</sup>

Ingevolge artikel 23 lid 2 Grondwet kunnen wettelijke regels gesteld worden ten aanzien van de bekwaamheid van de onderwijsgeevenden. De Wet Beroepen in het Onderwijs (Wet Bio)<sup>66</sup> – welke onder meer de Wpo, de Wvo en de Web wijzigt – bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur bekwaamheidseisen worden vastgesteld voor onderwijsgeevenden. Het getuigschrift blijft centraal staan, en is een voorwaarde om benoemd te kunnen worden. De leraar voldoet aan de bekwaamheidseisen als hij over het getuigschrift beschikt. Wel zal de school na zijn benoeming te zamen met hem moeten bepalen hoe de bekwaamheidseisen worden onderhouden. Dit wordt opgenomen in het bekwaamheidsdossier.

Volgens artikel 32a lid 4 Wpo, artikel 36 lid 4 Wvo en artikel 4.2.3 lid 3 Web zijn bekwaamheidseisen gericht op het handelen in het onderwijsleerproces, het algemeen

63 Mentink en Vermeulen, a.w, p. 83.

64 Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 40.

65 Zie voor een uitgebreider bespreking de bijdrage van Brekelmans en Van Es in deze bundel. Bron van deze paragraaf is daarnaast het advies van de Onderwijsraad, *Leraarschap is eigenaarschap*, Den Haag 2007, par. 2.2.

66 Wet van 30 juni 2004, Staatsblad 2004, 344; inwerkingtreding 1 augustus 2006.

professioneel handelen en het werken binnen een onderwijsorganisatie. Zij omvatten in elk geval eisen ten aanzien van de pedagogisch-didactische kennis, inzicht en vaardigheden en vakbekwaamheid. Ingevolge artikel 32a lid 6 Wpo, artikel 36 lid 7 Wvo en artikel 4.2.3 lid 5 Web krijgt 'een beroepsorganisatie die [de minister] vanuit het oogpunt van beroeps-kwaliteit representatief acht voor onderwijspersoneel als bedoeld in deze wet, de gelegenheid hem een voorstel te doen voor de [...] voorgeschreven bekwaamheidseisen'. De Stichting Beroepsbekwaamheid Leraren (SBL) vervult in de praktijk deze rol.

Aan bevoegd gezag en werknemer samen is de verantwoordelijkheid om afspraken te maken over het noodzakelijke onderhoud van de bekwaamheid en over de daaraan te verbinden gevolgen als die afspraken niet worden nagekomen. Sancties voor individuele leraren kent de onderwijswetgeving niet. Het 'aanpakken' van individuele leraren is een zaak van rechtspositie en arbeidsvoorwaarden, en speelt dus tussen bevoegd gezag en betrokkene. 'Denkbaar is dat in de arbeidsovereenkomst/aanstellingsakte wordt neergelegd dat betrokkene zijn bekwaamheid moet onderhouden en dat het verzaken van die plicht kan leiden tot disciplinaire maatregelen of zelfs ontslag', aldus de minister.<sup>67</sup>

Bij Amvb zijn de eisen nader uitgewerkt. Deze Amvb, het Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel<sup>68</sup> (Bbo) geeft verschillende voorbeelden van eisen die bijdragen aan de opbouw van een 'professionele standaard'. De bekwaamheidseisen gaan gelden als:

- intredevoorwaarde voor het beroep;
- referentiepunt voor het onderhouden van bekwaamheid (een taak van leraren samen);
- referentiepunt voor de noodzakelijke scholing van zij-instromers.

Aan deze minimumvoorwaarden zal de leraar dus moeten voldoen. Het gaat daarbij om zowel vaardigheden als kennis. Zie bij voorbeeld artikel 2.4 Bbo: de leraar primair onderwijs 'geeft de kinderen leiding maar laat hun ook verantwoordelijkheid en geeft hun een eigen inbreng', en 'is op een praktisch niveau op de hoogte van communicatietheorieën, groepsdynamica en interculturele communicatie en kent in het bijzonder de implicaties daarvan voor zijn eigen doen en laten'. Artikel 2.5 Bbo stelt dat de leraar problemen signaleert en 'belemmeringen in de sociaal-emotionele en morele ontwikkeling van kinderen, en – eventueel samen met collega's – een passend plan van aanpak of benadering opstelt.' Artikel 2.6 Bbo geeft aan dat de leraar een plan ontwerpt en 'op basis daarvan leeractiviteiten of speel- en leeractiviteiten aanbiedt die voor de kinderen uitvoerbaar zijn en hen aanzetten tot zelfwerkzaamheid'. De horizontale verantwoordingsplicht van de leraar krijgt onder meer gestalte in artikel 2.9 Bbo: 'Hij verantwoordt zijn professionele opvattingen en werkwijze met betrekking tot een kind aan ouders en andere belanghebbenden en past in gezamenlijk overleg zonodig zijn werk met dat kind aan'.

De verschillende eisen uit het besluit worden blijkens de toelichting weer verder uitgewerkt in competentie-eisen en indicatoren. Een voorbeeld van een indicator bij artikel 2.5 Bbo (pedagogisch handelen) luidt: '[De leraar] kan van elk kind in zijn groep

67 Kamerstukken II 2001/02, 28 088, nr. 5, p. 43.

68 Staatsblad 2005, 460.

beschrijven hoe het zich ontwikkelt op fysiek, sociaal-emotioneel en moreel gebied en hoe hij die ontwikkeling probeert te bevorderen. Hij signaleert onmiddellijk als er ontwikkelings- of gedragsproblemen zijn, hij kan beoordelen of en hoe hij die zelf kan aanpakken en weet waar hij eventueel hulp kan vinden in en buiten de school’.

Volgens de toelichting dragen deze omschrijvingen ‘bij aan de mogelijkheid van doeltreffend toezicht en handhaving, maar zijn daarvoor niet strikt noodzakelijk.[...] De indicatoren zijn evenmin voorschriften, maar kunnen wel helpen bij het vormen van een oordeel over de vraag of de leraar aan de eisen voldoet. De indicatoren zijn uitputtend noch dwingend, maar richtinggevend van aard. Uiteindelijk zal de instantie die oordeelt (de hoger onderwijsinstelling bij het afgeven van het getuigschrift; de NVAO bij het oordelen over basiskwaliteit; de inspectie bij het oordeel over het presteren van de school) zelf zijn oordeel moeten onderbouwen’.

Feitelijk vormen deze competentie-eisen en indicatoren daarmee het toezichtkader voor beoordelende instanties en werken ze als beleidsregels of ‘pseudo-deugdelijkheidseisen’. Wat zijn precies de bevoegdheden en sanctiemogelijkheden van de onderwijsinspectie, ook waar het gaat om controle van afspraken tussen sociale partners en overheid, en tussen sociale partners onderling bij de waarborging van de kwaliteit van de leraar en een integraal personeelsbeleid, zo vroeg de CDA-fractie tijdens de behandeling van het wetsvoorstel. De minister antwoordde dat het op de eerste plaats de instelling zelf is die kwaliteitsmaatregelen neemt, eventueel met ondersteuning door de minister. De inspectie onderzoekt de naleving van de deugdelijkheidseisen, maar onderzoekt ook ‘andere aspecten van kwaliteit. De eigen kwaliteitszorg van de instelling is voor het inspectietoezicht het eerste aangrijpingspunt [...]. Zij bekijkt dus of het eigen oordeel van de instelling – over de mate waarin de eigen kwaliteitsdoelstellingen zijn gehaald – klopt en hoe hoog de instelling de lat voor haarzelf heeft gelegd.’<sup>69</sup> Het aangrijpingspunt voor de inspectie is in dit verband de kwaliteit van de school, en niet het (individueel) presteren van de leraren. De inspectie heeft uiteraard ook geen bevoegdheden als het gaat om het overleg tussen sociale partners.

Vanuit rechtstatelijk en grondwettelijk oogpunt zijn evenwel vragen te stellen bij dit op basis van het Bbo ontwikkelde kader. Dit kader heeft geen wettelijke basis, maar fungeert *de facto* als stelsel van deugdelijkheidseisen; daarenboven is het wel erg gedetailleerd en verfijnd. Bovendien worden ook via de ‘achterdeur’ eisen gesteld aan professionals op grond van de Wot (Wet op het onderwijstoezicht). Die eisen zijn vastgesteld in de toezichts- en waarderingskaders van de inspectie.

### 3.3.3 *Toezicht door de inspectie; de Wot op het onderwijstoezicht*

Ingevolge artikel 23 lid 2 Grondwet kunnen scholen aan onderwijstoezicht onderworpen worden. Dit toezicht, voor primair, voortgezet en beroepsonderwijs uitgeoefend door de inspectie, ziet onder meer op de kwaliteit van het personeel. In het waarderingskader behorend bij het inspectie-toezichtskader voor het primair onderwijs<sup>70</sup> zijn kwaliteits-

<sup>69</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 088, nr. 5, p. 44.

<sup>70</sup> Zie [www.onderwijsinspectie.nl](http://www.onderwijsinspectie.nl).

eisen voor onderwijsgevend personeel opgenomen. Deze eisen gelden weliswaar niet rechtstreeks ten aanzien van het onderwijsgevend personeel, daar het kwaliteitseisen (overige aspecten van kwaliteit in de inspectieterminologie) zijn die aan het bevoegd gezag worden gesteld. Niettemin kunnen ze een sturende rol vervullen bij de invulling van wat heeft te gelden als de 'bekwame onderwijsgevende'. Het waarderingskader bevat dus eisen aan de wijze waarop de docent of leraar zijn lessen inricht, en derhalve wat 'goed onderwijs geven' inhoudt. Ook al is er bij niet naleving van dit kader geen bevestigingssanctie mogelijk, in de praktijk zullen deze criteria, net als de indicatoren opgesteld naar aanleiding van de bekwaamheidseisen, als pseudodeugdelijkheidseisen gelden en als leidraad door het management worden gehanteerd.

De Onderwijsraad heeft eerder op dit probleem gewezen in het advies over de *Nota Variëteit en Waarborg*<sup>71</sup>: er gaat een praktische normering uit van het waarderingskader, mede door de openbaarheid van inspectiegegevens. Verder werd door de raad gewezen op het machtscheidingsprobleem. De inspectie heeft aldus een dubbele taak: zij stelt de toezichtskaders op en controleert vervolgens op de naleving van die kaders.

De door de inspectie gegeven invulling van 'goed leraarschap' gaat nogal ver. Een voorbeeld betreft het vereiste van goed 'time management' door de leraar in het primair onderwijs. Ter zake wordt gesteld: 'Daarnaast hebben leraren de onderwijstijd evenwichtig verdeeld over de verschillende leer- en vormingsgebieden, zodat zowel de wettelijk verplichte kerndoelen als de eigen keuzes van de school voldoende aandacht krijgen. De gegeven lessen geven blijk van een goed en efficiënt klassenmanagement, waarbij binnen de onderwijstijd ook aandacht wordt besteed aan het doel van de activiteiten, er weinig tijd verloren gaat aan organisatorische aspecten, er nauwelijks tijd verloren gaat door ordeverstoringen en leerlingen niet onnodig lang hoeven te wachten op instructie en/of het kunnen uitvoeren van opdrachten.'

Het didactisch handelen van de leraar is aan vergelijkbare waarderingscriteria onderworpen. De inspectie omschrijft bijvoorbeeld wat een 'duidelijke uitleg' inhoudt: 'Een duidelijke uitleg is doelmatig en beknopt. Ze bevat een terugblik op eerdere lessen, plaatst de leerstof in een betekenisvolle context, actualiseert voorkennis, verloopt in kleine stappen en bevat voldoende herhaling. De leraren vatten de uitleg regelmatig samen en bieden de leerlingen de gelegenheid vragen te stellen. De leraren geven expliciet onderwijs in strategieën voor denken en leren.'

Het gebruik van denk- en leerstrategieën neemt tijdens de onderwijsactiviteiten een herkenbare plaats in. In interactie met de leerlingen stelt de leraar oplossingsstrategieën of manieren van aanpak aan de orde, vergelijkt en structureert deze en bevordert het bewust toepassen daarvan in andere situaties. Voorts stimuleert de leraar het hanteren van controle-activiteiten door leerlingen, zorgt hij voor interactieve instructie- en werkvormen, laat hij de leerlingen hardop denken en leert hun denkstrategieën aan.'

Ook het waarderingskader in het voortgezet onderwijs gaat in op het didactisch handelen van de docent. Zo stelt het Waarderingskader VO 2006 dat 'de leerlingen worden aangesproken en gestimuleerd door het pedagogisch handelen van de leraar' en dat 'de

71 Onderwijsraad, Den Haag 2000.

leraren een taakgerichte werksfeer realiseren'. Het didactisch handelen van de leraren 'ondersteunt het leren van de leerlingen en ze geven de leerlingen zicht op doel, nut en samenhang van de lesactiviteiten'. En ook hier gelden er indicatoren zoals duidelijke uitleg en het afstemmen van didactisch handelen op verschillen in ontwikkeling tussen leerlingen.

Toegegeven moet worden dat de in de wetgeving neergelegde open normen voor onduidelijkheid en discussie kunnen zorgen, en een nadere invulling daarvan middels beleidsregels zinvol of zelfs noodzakelijk kan zijn. Wanneer bijvoorbeeld slechts de eis van 'stimulerend didactisch handelen' zou gelden, zou de concrete invulling aan de onderwijsorganisatie worden gelaten en de beoordeling of aan die eis voldaan zou zijn primair door de individuele opvattingen van de betreffende inspecteur bepaald worden. Vergelijkbaarheid en waarborgen van minimale kwaliteit staan dan mogelijk op de tocht. Tevens ontstaat er het risico van willekeur: wat door de ene inspecteur zou worden gepercipieerd als 'goed leraarschap', zou voor een andere inspecteur niet voldoende kunnen zijn. Anderzijds lijkt een 'pedagogisch-didactische' inkapseling van twee kanten – door de onderwijswetgevers enerzijds en de toezichthoudende inspectie anderzijds – wat te veel van het goede. Verondersteld mag toch worden dat het primair de wettelijke bekwaamheidseisen en niet de inspectiekaders zijn die de centrale criteria dienen te bevatten voor de beoordeling van leraren en het bevoegd gezag.

### 3.3.4 *Bekwaamheidseisen en toezicht ten aanzien van het godsdienstonderwijs*

Een boeiend onderwerp betreft het toezicht op het godsdienstonderwijs. Tot 2002 was er sprake van een volstrekt 'vrije ruimte'. Voor het godsdienstonderwijs golden geen bekwaamheids-/bevoegdheidseisen; en de inspectie zag voor zichzelf geen rol.<sup>72</sup> Toen echter verschenen berichten rond radicalisering op bepaalde islamitische scholen, waarna door de inspectie en de BVD/AIVD onderzoek werd verricht.<sup>73</sup> In het parlement discussieerde men vervolgens over de vraag in hoeverre de inspectie gerechtigd was toezicht uit te oefenen op godsdienstlessen. Omdat er op het vlak van het godsdienstonderwijs geen kerndoelen, eindtermen of centrale eindexamenprogramma's zijn die richting geven ligt het volgens de regering voor de hand te bepalen dat het gaat 'om de leerinhoud zoals vastgesteld of goedgekeurd door het schoolbestuur of de organisaties waarvan dit onderwijs uitgaat: kerkgenootschappen, genootschappen op levensbeschouwelijke grondslag e.d. Zo wordt spanning met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, of met de vrijheid van richting, voorkomen.'<sup>74</sup> De vraag is natuurlijk hoe in concreto een dergelijke toetsing moet/zal plaatsvinden.

De uitkomst van het debat was, dat het toezicht zich ook kan uitstrekken over de godsdienstlessen, maar dat de inspectie zich daarbij wel moet onthouden van een oordeel over de inhoud van de godsdienstlessen<sup>75</sup>, voor zover deze niet in strijd zijn met wette-

72 Mentink en Vermeulen, a.w., p. 85.

73 Kamerstukken II 2003/04, 29 200 VIII, nr. 5.

74 Kamerstukken I 2003/04, 28 088, C, p. 16.

75 Bijlage bij Kamerstukken II 2002/03, 28 600 VIII, nr. 123.



lijke bepalingen zoals het 'haatzaai-artikel' (137d Wetboek van Strafrecht)<sup>76</sup> en overigens voldoen aan de kerndoelen zoals sociale integratie en burgerschap (artikel 8, derde lid Wpo). De inspectie gaat bij een concrete aanleiding te werk door te bezien of de basiswaarden (basale, minimale en breed onderschreven waarden die de democratische rechtsstaat schragen) worden nageleefd<sup>77</sup>. Daartoe kan observatie in lessen plaatsvinden en kunnen ter zake gesprekken gevoerd worden met leerlingen, ouders en personeel. Ook onderzoek naar en analyse van materiaal, leermiddelen, computers en het intranet van de school kan aanwijzingen opleveren. Omdat schriftelijk werk van leerlingen een beeld geeft van de wijze waarop de leerstof over een langere periode is aangeboden en verwerkt, wordt ook dit bij het onderzoek betrokken.

Met het oog op de wettelijke eis inzake bevordering van actief burgerschap en integratie vindt de inspectie het van belang dat de schoolleiding planmatig te werk gaat voor wat betreft de opbouw en afstemming over vakken en jaren.<sup>78</sup> Dat geldt ook voor het formuleren van de doelen aan de hand waarvan de lesinhouden worden bepaald, de resultaten kunnen worden vastgesteld en de schoolleiding kan toezien op de inhoud van het onderwijs. Het is verder naar het oordeel van de inspectie van belang, dat de taken en verantwoordelijkheden van docenten bij de uitwerking en vormgeving van de visie voor de onderwijspraktijk goed door het bevoegd gezag worden vastgelegd. Met andere woorden, het bevoegd gezag moet strikt de hand houden aan het eigen interne toezicht ten aanzien van uitlatingen van docenten in de klas.

Een andere ontwikkeling die de autonomie van de godsdienstleraar aangaat is het amendement-Kraneveldt-c.s.<sup>79</sup>, aangenomen bij de totstandkoming van de Wet beroepen in het onderwijs. Door dit amendement is de Wet Bio in beginsel ook van toepassing op de godsdienstleraren en de leraren levensbeschouwelijk vormingsonderwijs.<sup>80</sup> Deze leerkrachten hoeven weliswaar niet aan de generieke bekwaamheidseisen die voor de leerkracht in het primair en voortgezet onderwijs gelden te voldoen, maar moeten wel aan de voor dit specifieke vakgebied nog vast te stellen bekwaamheidseisen voldoen. Deze gaan ook gelden voor het godsdienstonderwijs aan openbare scholen. Aan artikel 51 Wpo en artikel 46 Wvo is dan ook toegevoegd dat het bevoegd gezag van deze scholen erop toe ziet dat dit onderwijs uitsluitend wordt gegeven door een leraar die blijkens een daartoe strekkende verklaring van de aanwijzende instantie voldoet aan de speci-

76 Het eerste lid van artikel 137d Sr luidt: 'Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie'.

77 Zie de Inspectie van het onderwijs, *Rapport van een incidenteel onderzoek naar het Islamitisch College Amsterdam*, Utrecht 2007.

78 Inspectie van het onderwijs, a.w., p. 33: 'Deze constatering is te meer van belang vanwege de verschillende interpretaties van de godsdienstige uitgangspunten van de school die ook onder het personeel mogelijk zijn'.

79 Kamerstukken II 2003/04, 28 088, nr. 34.

80 Zie het advies van de Onderwijsraad *Dienstverband, godsdienst en openbare school*, Den Haag 2006.

fieke bekwaamheidseisen die voor het geven van dat onderwijs zijn vastgesteld, en zijn bekwaamheid onderhoudt.

De regering achtte het dan ook mogelijk om bekwaamheidseisen vast te stellen (inhoudend dat de docent de leerinhoud van zijn vak beheerst), terwijl de staat tegelijkertijd ver zou blijven van de inhoud van godsdienst en levensovertuiging. 'De regering vreest niet voor onverbindendverklaring van de AMvB door de rechter wegens strijd met de Grondwet: de AMvB zal die terughoudendheid immers zonder meer moeten belichamen, anders kan zij niet tot stand komen'.<sup>81</sup>

Het is op dit moment nog niet duidelijk welke bekwaamheidseisen aan godsdienst-docenten zullen worden gesteld en in welke mate er toezicht zal zijn op het godsdienst-onderwijs. Voorstellen daartoe zijn in voorbereiding.<sup>82</sup>

### 3.4 De juridische ruimte van de leraar in relatie tot ouders en leerlingen

Bij de beschrijving en analyse van de onderwijskundige ruimte die de leraar heeft zijn er ten minste twee relaties te onderscheiden. Enerzijds gaat het daarbij om de vraag in hoe verre hij – meestal gerepresenteerd door het bevoegd gezag – in de *externe* relatie ten opzichte van ouders en leerlingen een beroep kan doen op zijn professionele autonomie. Deze kwestie behandelen we in paragraaf 3.4. Anderzijds gaat het om de vraag in hoeverre hem in de *interne* relatie ten opzichte van het bevoegd gezag en het management een beroep op die autonomie toekomt. Deze vraag komt aan de orde in paragraaf 3.5.

#### 3.4.1 De vrijheid van de leraar bij het nemen van pedagogische beslissingen

In de rechtspraktijk vormt de vrijheid van de leraar bij het nemen van pedagogische beslissingen – veelal krachtens mandaat genomen namens het bevoegd gezag – in relatie tot leerlingen/ouders een belangrijk, hoewel niet vaak uitdrukkelijk genoemd, uitgangspunt. Dit uitgangspunt blijkt met name uit de grote mate van terughoudendheid bij de rechterlijke toetsing van dergelijke beslissingen. Zo wordt bijvoorbeeld de beslissing tot plaatsing in een bepaalde klas of met betrekking tot het overslaan van een klas slechts onderworpen aan een toets van redelijkheid en zorgvuldige procedure.<sup>83</sup> Daarenboven worden lichtere pedagogische sancties (zoals de plaatsing in een andere klas of overplaatsing naar een andere dependance) in het openbaar onderwijs opgevat als interne maatregelen die geen besluit in de zin van de Awb vormen<sup>84</sup>; aldus zijn dergelijke sancties ook in het openbaar onderwijs onttrokken aan toetsing door de bestuursrechter, en kunnen zij slechts bij de civiele rechter aangekaart worden.

De civiele rechter toetst overigens net als de bestuursrechter in principe marginaal. Dat betekent dat hij weliswaar bekijkt of de procedure zorgvuldig is verlopen, maar de inhoud-

81 Kamerstukken I 2003/04, 28 088, C, p. 14-15.

82 Een en ander hangt samen met de financiering. Zo zijn veel gemeenten gestopt met het subsidiëren van leraren godsdienst of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs. De minister wil vooralsnog niet overgaan tot rijksbekostiging: Aanhangel Handelingen II 2006/07, 2292 (antwoorden op kamervragen van Van Dijk c.s.).

83 VzRb. Amsterdam 29 juli 1999, AB 2000, 104 m.nt. Vermeulen.

84 ABRvS 11 december 2002, AB 2003, 76 m.nt. Vermeulen, ook besproken door Huisman in *School en Wet* 2003, nr. 3, p. 101.

delijke beslissing overigens uiterst terughoudend zal toetsen. Zo zal het advies over een vervolgopleiding, bijvoorbeeld bij de overgang van primair naar voortgezet onderwijs (artikel 42 Wpo), primair gezien worden als een zaak van de onderwijsgevenden en de directeur. De inschatting van een leerkracht/directeur of een leerling vwo aan kan is in principe dus belangrijker dan een eventuele 'contra-expertise' waaruit een hogere CITO-score blijkt.<sup>85</sup>

Docenten beschikken daarnaast ook over een redelijke bandbreedte bij het handhaven van de orde in hun klas. Maar natuurlijk moeten ze daarbij niet over de schreef gaan. Zo is het opsluiten van leerlingen in hun klaslokaal (omdat de leraar vindt dat er eerst opgeruimd moet worden) volgens de rechter niet toelaatbaar, en vormde dat *in casu* reden voor ontslag.<sup>86</sup> De rechter overwoog dat in dit geval de docent zijn bevoegdheid had overschreden. Hij had een dergelijke maatregel alleen kunnen nemen na toestemming van het bevoegd gezag; maar zelfs dan zou hij de plicht hebben om verdere escalatie tegen te gaan. Volgens de rechter had de betreffende leraar zijn problemen met de moeilijke klas dan ook eerst met het team moeten bespreken. Hij vond 'de visie van de school dat [de leraar] hier niet op een opvoedkundig verantwoorde en dus niet op een professionele wijze is opgetreden, dan ook niet onjuist of onredelijk'.

#### 3.4.2 *Marginale rechterlijke toetsing van beoordelingsbeslissingen*

Ten aanzien van onderwijs-inhoudelijke oordelen is het nog duidelijker dat de rechter niet op de stoel van de leraar moet gaan zitten. Zie bijvoorbeeld artikel 8:4e Awb: er staat bij de bestuursrechter geen beroep open tegen beoordelingsbeslissingen omtrent het kennen en kunnen van leerlingen/studenten. In de praktijk komt dit er op neer, dat de bestuursrechter – en daaraan voorafgaand de eventuele administratiefrechtelijke beroepsinstantie – beoordelingsbeslissingen alleen procedureel-marginaal, en niet ook materieel-inhoudelijk zal hebben te toetsen. Een dergelijke beslissing wordt geacht niet met artikel 6 EVRM in strijd te zijn: 'De beperking heeft ten doel het oordeel waarop de beperking betrekking heeft, over te laten aan personen en instanties die daartoe de vereiste deskundigheid bezitten'.<sup>87</sup> Een kenbare motivering van de beoordeling is dan ook in het algemeen voldoende. Zo was volgens de voorzieningenrechter te Leeuwarden voldoende dat de student de beschikking had gehad over alle vragen die op het tentamen gesteld zijn, de puntentoekening per vraag en het antwoordmodel. De examinator kwam ter zake voor het overige beoordelingsruimte toe, en zijn beoordeling kon door een andere instantie zoals de rechter slechts marginaal getoetst worden.<sup>88</sup>

De leraar beschikt uiteraard ook wanneer de civiele rechter heeft te oordelen over een ruime beoordelingsruimte.<sup>89</sup> Zo bepaalde de Utrechtse rechtbank in nogal prozaïsche

85 Rb. Amsterdam 13 april 2007, LJN: BA4253.

86 Rb. Zutphen (sector kanton) 21 december 2006, LJN: AZ5100.

87 ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen.

88 VzRb. Leeuwarden 23 december 2005, LJN: AU9582.

89 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Amsterdam 29 september 1994, KG 1994, 366; Pres. Rb. Arnhem 3 september 1998, KG 1998, 281. Vgl. B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Den Haag 2000, p. 167-168.

bewoordingen dat het te ver ging 'om van de school te verlangen dat zij vooraf aan de examenkandidaten gedetailleerd kenbaar maakt hoeveel punten de kandidaat krijgt indien hij het werkstuk op een bepaalde manier maakt, bijvoorbeeld hoeveel punten hij krijgt als het rooster van de barbecue niet op de barbecue blijft liggen maar naar beneden zakt'.<sup>90</sup> Een zekere, niet in schriftelijke richtlijnen vastgelegde, beoordelingsvrijheid moet dus aan de docent worden gelaten, *a fortiori* wanneer het de beoordeling van praktische vaardigheden betreft.

Soms komt de rechter overigens toch tot de slotsom dat de beoordeling door de docent niet voldoet aan de redelijkheidsmaatstaf. In een zaak voor de rechtbank Roermond ging het om de beoordeling van een herexamen economie, dat onderdeel uitmaakte van het centraal examen.<sup>91</sup> De voorzieningenrechter kwam tot zijn beslissing door zelf inhoudelijk een marginale (?) toetsing uit te voeren aan de hand van de beschikbare antwoordsleutel, en beslist dat de school het herexamen ter beoordeling voor diende te leggen aan de inspectie.

### 3.4.3 Marginale toetsing door klachtencommissies

Net als de rechter zijn ook klachtencommissies terughoudend bij hun beoordeling van didactische en pedagogisch-inhoudelijke beslissingen van leraren.<sup>92</sup> Zo worden overgangsbesluiten in het algemeen alleen procedureel getoetst. Soms ziet een klachtencommissie daarin een gebrek, zodat zij adviseert een besluit terug te draaien. Een voorbeeld is een zaak waarin een mentor geen goede begeleiding had gegeven. De mentor had tijdens een docentenvergadering niets gezegd over de moeilijkheden van een bepaalde leerlinge, terwijl in zo een geval een revisievergadering voor de hand gelegen.<sup>93</sup>

De oordelen van klachtencommissies gaan slechts zelden over de inhoudelijke (on)professionaliteit van de leraar. Veeleer betreft het miscommunicatie tussen leraren en ouders/leerlingen. In sommige gevallen adviseert de klachtencommissie dan aan het bevoegd gezag om maatregelen te nemen c.q. de communicatie tussen leraar en ouders weer op gang te brengen.

De *vakinhoudelijke* keuzes van docenten worden door de Landelijke Klachtencommissie voor het openbaar en algemeen toegankelijk onderwijs (LKC) echter niet beoordeeld.<sup>94</sup> Soms beoordeelt de LKC wel het al dan niet professioneel lesgeven van een docent, bijvoorbeeld de didactische aanpak van de lesstof. Zo overwoog de LKC ten aanzien van een situatie, waarin in afwijking van het overigens op school heersende regime zeer zelfstandig moest worden gewerkt, dat zij niet kon overzien 'in hoeverre de schoolleiding de leerlingen heeft geïnformeerd over de draagwijdte van het zelfstandig werken. Het is de Commissie gebleken dat de docent niet goed uit de voeten kon met de wijze van lesgeven die van hem in deze klas verwacht werd. Hij wilde meer dan het lespro-

90 VzRb. Utrecht 5 september 2006, LJN:AY7400.

91 VzRb. Roermond 5 september 2005, LJN:AU1994. Zie uitgebreid W. Lindeboom, Eindexamens in kort geding, *School en Wet* 2005, nr. 6, p. 7 e.v.

92 P.W.A. Huisman, Rechten van leerlingen, ouders en studenten, een stand van zaken, in D. Mentink en J.M.M. van de Ven, *NTOR-Jaarboek* 2002-2004, Den Haag 2004, p. 53.

93 LKC 14 september 2001, uitspraaknr. 01.096.

94 Zie bijvoorbeeld LKC 15 juni 2006, uitspraaknr. 06.022-032.

gramma toeliet.' Het onvoldoende communicatief vermogen, in de zin dat de docent 'dit niet als een correcte leerwijze over het voetlicht heeft weten te brengen', vindt de Commissie getuigen van onprofessioneel lesgeven en zij acht daarom in zoverre de klacht gegrond. Het bevoegd gezag wordt geadviseerd 'zich nadrukkelijk te beraden over de rol die van de kant van de school is gespeeld of achterwege is gebleven in het functioneren van de docent, zowel met betrekking tot het zelfstandig werken van de desbetreffende klas en de consequenties voor het lesgeven daarvan'.<sup>95</sup>

Bezwaren betreffende de wijze van lesgeven door een docent worden door de Katholieke klachtencommissie in het algemeen niet beschouwd als klachten tegen een concrete gedraging als bedoeld in de klachtenregeling. De commissie stelt alsdan niet bevoegd te zijn om zich uit te spreken over de vakbekwaamheid van een docent.<sup>96</sup> Klachten over vermeende incompetentie van docenten zijn dan ook zelden gegrond; de maatstaf van 'de redelijk handelende docent', die slechts terughoudend beoordeeld mag worden, is hier de – marginale – toetsingsnorm.<sup>97</sup>

#### 3.4.4 *Indringende rechterlijke toetsing bij ongelukken*<sup>98</sup>

De terughoudende toetsing van het optreden van leraren en docerend personeel is evenwel niet aan de orde wanneer er gewonden of – nog erger – doden vallen. In zulke gevallen zal, mede door de bijzondere zorgplicht die leraren hebben ten aanzien van hun leerlingen, de beoordelingsmaatstaf ten aanzien van hun optreden jegens die leerlingen juist vanwege hun toezichhoudende taak behoorlijk streng zijn.<sup>99</sup>

Het is moeilijk om in algemene zin aan te geven wanneer docenten/het bevoegd gezag aansprakelijk zijn. Naast de specifieke zorgplicht, die een aanzienlijke mate van zorgvuldigheid vereist, kunnen de omstandigheden van het geval en het gedrag van de leerling en andere actoren een verzachtende rol spelen. Anderen, waaronder de leerling zelf, kunnen namelijk ook een eigen verantwoordelijkheid of zorgplicht hebben. Voorzienbaarheid en vermijdbaarheid van ongelukken en ongevallen zijn daarbij belangrijke aspecten. De mate van voorzienbaarheid van het intreden van een bepaald schadeveroorzakend gevolg, mede gezien de soort leerlingen waar het om gaat, is dus bepalend voor de van docenten naar maatstaven van zorgvuldigheid te vergen interventie.<sup>100</sup> Om wat voor jongeren gaat het? Gaat het om jonge of oudere kinderen? Jongens of meisjes? Betreft het binnen- of buitenschoolse situaties? Zulke omstandigheden kunnen een relevante rol spelen.

95 LKC 29 november 2000, uitspraaknr. 00.036-00.037.

96 A. Cluitmans-Souren, Klachtenopvang op het niveau van de school en de behandeling van klachten door de klachtencommissie voor het katholiek onderwijs, *School en Wet* 2002, nr. 5.

97 Klachtencommissie voor het katholiek onderwijs 28 november 2003, nr. 02/03 Z58.

98 Zie voor deze materie ook P.W.A. Huisman, Aansprakelijkheid voor veiligheid en welzijn van leerlingen, in F. van Beugen (red.), *Juridisch Jaarboek Onderwijsrecht* 2007, Den Haag 2007, p. 173-179.

99 Het BW kende tot 1992 zelfs een expliciete bepaling in de vorm van artikel 1403 (oud) BW: 'De schoolonderwijzers en werkmeesters zijn verantwoordelijk voor de schade door hunne leerlingen en knechts veroorzaakt, gedurende den tijd dat dezelve onder hun toezigt staan'.

100 Rb. Arnhem 10 december 2003, LJN:AO0543, *School en Wet* 2004, nr. 2, p. 95-98

Voorop staat dat de met een toezichtstaak belaste leerkracht niet alleen verantwoordelijk is voor de veiligheid van de op het schoolplein aanwezige (spelende) leerlingen, maar dat op die leerkracht ook een algemene zorgplicht rust om derden te beschermen tegen schadelijke gevolgen van gedragingen van diezelfde (spelende) leerlingen. Dat vergt van die leerkracht dat deze een adequate inschatting maakt van de aard en de omvang van de risico's verbonden aan (spel)activiteiten van de kinderen op het schoolplein, en de daarop afgestemde maatregelen neemt die van een goed surveillant mogen worden verwacht ter voorkoming van nadeel.

Scholen en personeel moeten er dan ook van uitgaan dat kinderen roekeloos kunnen zijn, niet alle gevaren kunnen doorzien en zich niet gedragen naar inzichten die bij volwassenen voorondersteld mogen worden.<sup>101</sup>

Maar ook na het ongeluk kan verantwoordelijkheid ontstaan. Wanneer personeel dan vervolgens onoordeelkundig handelt (iemand verkeerd vervoert, of op onjuiste wijze EHBO toepast) kan dat een element zijn dat meeweegt bij de aansprakelijkheidsbeoordeling.<sup>102</sup>

Zeker wanneer er *voorzienbaar* gevaar dreigt, bijvoorbeeld doordat met explosieve stoffen gewerkt wordt (het scheikundelokaal!), mag van de school verwacht worden dat er preventieve maatregelen getroffen zijn. Wanneer een leerling, geïnspireerd door een eerdere proef, zelf aan het experimenteren gaat met (gestolen) stoffen en op het schoolplein brokken maakt, kan de school mede-aansprakelijk zijn. Een gedeelte van de schade (vergoeding) zal overigens vermoedelijk voor rekening van de leerling blijven.<sup>103</sup>

Zelfs kan een school voor *toekomstige* schade aansprakelijk worden gesteld. Een voorbeeld is het geval waarin een leerling meehelpt bij het opruimen van asbest. Wanneer een leraar deze slechts toerust met handschoenen kan de school rekenen op aansprakelijkheid voor toekomstige schade. Dit betekent dat bij naderhand optredende ziekte die mogelijk asbest-gerelateerd is een omkering van de bewijslast plaatsvindt: behoudens tegenbewijs zal de school dan aansprakelijk gehouden worden.<sup>104</sup>

Een ongeluk is vaak het resultaat van een complex proces van gebeurtenissen en betreft verschillende verantwoordelijkheden. Het enkele feit dat het ongeval binnen de sfeer van de school heeft plaatsgevonden impliceert nog niet dat de school haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden. Die bijzondere zorgplicht impliceert ook niet dat steeds op elk kind direct toezicht moet worden gehouden op een zodanige wijze, dat elke onregelmatigheid altijd terstond wordt opgemerkt en kan worden gecorrigeerd. Relevant is met name de mate waarin de toezichthoudende leerkrachten het ongeluk in de gegeven omstandigheden door concrete acties redelijkerwijs hadden kunnen vermijden. Was het bijvoorbeeld mogelijk geweest om voor een buitendeur te gaan staan, zodat kinderen niet de straat op konden rennen? Het gaat er dus om of de school door het nalaten of juist toepassen van bepaalde maatregelen het risico op ongelukken of ongevallen in aan-

101 De standaarduitspraak is het 'Duiken in ondiep water'-arrest van de Hoge Raad van 14 januari 1972, NJ 1972, 145.

102 HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736.

103 Hof Den Bosch 15 april 1992, NJ 1994, 760.

104 Rb. Arnhem 2 september 1999, *School en Wet* 1999, nr. 9 m.nt. Kanters.

merkelijke mate heeft verhoogd.<sup>105</sup> Is het bijvoorbeeld relevant dat een gymnastiekdocent een slechtzienende leerling probeert te verleiden tot het maken van een koprol, door hem frisdrank te beloven? De Hoge Raad vond van wel, mede op basis van een deskundigenoordeel dat een ‘onderwijsprofessional in de gegeven omstandigheid [een dergelijke aanwijzing] nooit had mogen geven’.<sup>106</sup>

### 3.5 De juridische ruimte van de leraar in relatie tot het bevoegd gezag

*3.5.1 Aanwijzingen van het bevoegd gezag in het kader van de onderwijskundige inrichting*  
In hoeverre heeft de leraar de bevoegdheid om ‘nee’ te zeggen tegen onderwijskundige veranderingen binnen de organisatie, en tegen aanwijzingen ter zake door het bevoegd gezag? Kan hij met een beroep op zijn ‘professionele geweten’ en zijn eigen op vakdeskundigheid en competenties gestoelde verantwoordelijkheid beroep doen op een bepaalde professionele autonomie? Uit enkele uitspraken blijkt dat die ruimte – mede in het licht van de gezagsrelatie met de werkgever – vrij beperkt is. We bespreken enkele casus.

Zo is bijvoorbeeld het niet navolgen van wijzigingen in het schoolplan een reden voor ontslag. In een procedure voor een Commissie van Beroep<sup>107</sup> betwistte een leraar ongeschikt te zijn voor zijn functie en stelde dat de werkgever niet had aangegeven waarin hij als leerkracht tekortschoot. De werkgever had daartegen aangevoerd dat de werknemer zich niet kon vinden in de door de school ingevoerde onderwijsmethode en in strijd met het schoolplan en de teamafspraken klassikaal bleef lesgeven. Om deze reden was de werknemer overgeplaatst naar een andere school, doch ook daar functioneerde hij naar het oordeel van het bevoegd gezag onvoldoende. Volgens de Commissie was het inderdaad aannemelijk geworden dat de werknemer onvoldoende was meegegroeid in het vernieuwingstraject van de school, onder meer in de zin dat hij – ondanks interne en externe begeleiding – op een klassikale wijze bleef lesgeven – althans de lesstof niet conform de teamafspraken aanbood aan de leerlingen. Voorts was het de Commissie aannemelijk geworden dat de overplaatsing van de werknemer naar een andere school niet tot verbetering van het functioneren van de werknemer heeft geleid. Zij concludeerde dan ook dat de werkgever in redelijkheid had kunnen beslissen de werknemer op grond van gebleken ongeschiktheid te ontslaan.

In een zaak voor de Centrale Raad van Beroep<sup>108</sup> ging het om een docent die de ingevoerde onderwijskundige veranderingen niet kon bijhouden (men ging van een kennisgerichte naar een competentiegerichte leeromgeving) en daarom werd ontslagen: hij had onvoldoende vermogen tot samenwerking getoond. De Raad vond het ontslag op basis van ongeschiktheid terecht.

Bij een hogeschool werd een onderwijsvernieuwing doorgevoerd. De betreffende docent werd – met behoud van salaris – teruggezet in de functie van tutor. De docent wilde zich niet langer beschikbaar houden voor de opgedragen arbeid omdat hij de gebruikte

105 Rb. Leeuwarden 29 november 2006, LJN:AZ3149.

106 HR 17 januari 2007, LJN:AZ0129.

107 Commissie van Beroep Islamitische Scholen 10 december 2005, nr. 102989.

108 CRvB 5 november 1987, TAR 1988, 10.

boeken professioneel onder de maat vond, en zelfs van een dusdanig laag niveau dat hij daarvoor niet de verantwoordelijkheid wilde nemen. De rechter oordeelde dat een commissie de betreffende keuze voor onderwijsvernieuwing had gemaakt. Dat een 'individuele docent zich daarin niet kan vinden kan naar het oordeel van de kantonrechter niet met zich brengen dat om die reden de opgedragen werkzaamheden niet passend zijn'.<sup>109</sup>

Bij een ervaren docent Frans (reeds dertig jaar werkzaam in het onderwijs) was geconstateerd dat de eindexamenresultaten significant afweken van de schoolonderzoeken; de communicatie binnen de sectie verliep bovendien moeizaam. Aan de docent werd door de schoolleiding een aantal aanwijzingen gegeven: hij moest een huiswerkplicht aan de leerlingen opleggen, zijn proefwerken moesten tevoren met de leiding worden overlegd en hij diende er voor te waken dat de schoolonderzoeken niet te veel afweken van het Centraal Examen. De rechter in eerste instantie vond die laatste eis niet redelijk; hoe kun je als docent instaan voor de eindexamenresultaten van individuele leerlingen? De Centrale Raad van Beroep vond evenwel dat de aanwijzingen aan de leraar gegeven het belang van een betere afstemming van het onderwijs binnen de sectie en het zo goed mogelijk verzekerd zijn van een voldoende niveau van de leerlingen de redelijkheids-toetsing konden doorstaan, gezien de 'ontstane situatie'.<sup>110</sup>

De hiervoor geschetste uitspraken zien op verschillen van mening ten aanzien van inhoud en didactiek, waarbij de leraar telkens het pleit verloor. Anders ligt dit wanneer het bevoegd gezag hem aanspreekt op het niet voldoen aan procedurevoorschriften: dat hoeft immers niet te betekenen dat de leraar niet goed functioneert. Zo was er een docent die onderwijstechnisch goed presteerde, maar er in administratieve zin (invulling van lesroosters, tekenen van absentielijsten etc.) nogal een puinhoop van maakte. De Centrale Raad vond een ongeschiktheidsverklaring in het onderhavige geval te ver gaan.<sup>111</sup>

Ten slotte: het bevoegd gezag zal eerst met de dwarsliggende of onvoldoende functionerende leraar in gesprek moeten gaan. Een voorbeeld betreft een docent die een pikante tekening op het bord had gezet, en aan de hand daarvan zijn les bouwkunde gaf. Een leerling filmde dit met zijn mobiele telefoon en zette dat op internet. Het bevoegd gezag besloot daarop tot ontslag (volgens de directie omdat dit het zoveelste incident was). De voorlopige voorziening van de voorzitter van de Commissie van beroep stelde dat het de werkgever 'uiteraard vrij staat om invloed uit te oefenen op de wijze waarop de lessen worden verzorgd. Indien de werkgever ongelukkig is met de wijze, waarop A de onderhavige situatie heeft aangepakt, is de werkgever daarom gerechtigd daarover met hem in discussie te gaan en aanwijzingen te geven over hoe binnen de school met dergelijke situaties dient te worden omgegaan. Niet gebleken is dat een dergelijke situatie eerder onderwerp van gesprek is geweest tussen de werkgever en A, hetgeen tot de conclusie zou kunnen leiden dat A weigert zich te voegen naar het pedagogische en

109 Rb. Almelo 4 september 2007, LJN: BB3343.

110 CRvB 10 februari 1994, TAR 1994, 80.

111 CRvB 9 juni 1994, TAR 1994, 173.



didactische beleid van de instelling. Nu dat niet het geval is, vormt ook dit voorval naar het voorlopig oordeel van de Voorzitter geen dringende reden voor ontslag als bedoeld in de artikelen 7:677, lid 1 BW en H-50 onder c CAOBVE'.<sup>112</sup>

### 3.5.2 Ruimte bij beoordelingsbeslissingen

De ruimte van de leraar bij het nemen van beslissingen in het kader van examens e.d. is groot. Een opmerkelijke uitspraak betreft een geval waarbij de docent was berispt omdat hij zijn leerlingen tijdens de lessen de beschikking zou hebben gegeven over een vijftigtal examenvragen met bijbehorende antwoorden, waarbij hij instructies zou hebben gegeven over welke vragen tijdens het (her)examen zouden worden gebruikt. De docent stelde dat hij de vragen en antwoorden slechts gaf vanuit pedagogisch-didactisch oogpunt, omdat 'het een zeer moeilijk vak betreft en het lesboek te theoretisch is'. De Commissie van Beroep<sup>113</sup> oordeelde dat onvoldoende vast was komen te staan dat de werknemer de leerlingen vooraf had medegedeeld welke vragen op het examen gesteld zouden worden. 'Wel lijkt aannemelijk dat de leerlingen uit de behandelde lesstof hebben kunnen afleiden welke vragen hoogstwaarschijnlijk op het examen gesteld zouden worden. Een zodanige handelwijze is op zichzelf genomen niet ongeoorloofd. Zo er al aspecten van afkeuring zijn aan te wijzen en zo deze handelwijze al is aan te merken als plichtsverzuim, is de Commissie van oordeel dat deze handelwijze [...] onvoldoende plichtsverzuim oplevert om de opgelegde berisping te rechtvaardigen [...] temeer nu er binnen de instelling geen voorschriften dan wel richtlijnen voorhanden zijn over op welke wijze de lessen en de toetsen [...] dienen te worden gegeven. [...] De Commissie neemt bij dat oordeel in aanmerking dat het gemiddelde eindcijfer voor het vak GSB onvoldoende was (5.0 en 5.3), A het vak GSB voor de eerste maal in de huidige opzet doceerde, hij meende in het belang van de instelling en de leerlingen te handelen, hij ruime ervaring heeft met het doceren van aanverwante vakken, er slechts één lesboek beschikbaar is dat veel te theoretisch blijkt te zijn en hij inmiddels weer conform de wens van de werkgever aan de hand van het lesboek werkzaam is. Daarenboven is de Commissie gebleken dat de examencommissie ervoor heeft gekozen om het examen niet ongeldig te verklaren en dat de werkgever de onderhavige kwestie ook niet heeft voorgelegd aan het Kwaliteitscentrum Examinering'.

Deze conclusie sluit aan bij de toetsings- en beoordelingsvrijheid die door de rechter wordt geëerbiedigd als het gaat om procedures aangespannen door leerlingen/ouders (3.4.3). Zolang er geen contra-indicaties zijn (overtreding van richtlijnen, expliciete uitspraken van examencommissies, inspectie e.d., schending van procedurele zorgvuldigheidsnormen) moet er vanuit worden gegaan dat de docent juist heeft gehandeld.

### 3.5.3 Zorgvuldigheidstoets bij het nemen van disciplinaire maatregelen

Bij het geven instructies, het nemen van maatregelen of het ontslaan van de docent wegen functionele ongeschiktheid moet het bevoegd gezag uiteraard zorgvuldigheid in acht nemen. Een ultieme instructie is natuurlijk een dienstbevel. Een voorbeeld. In de jaren zeventig speelde een zaak op de Universiteit van Amsterdam waarbij zes docenten

<sup>112</sup> Commissie van Beroep BVE SGO 19 april 2007, zaak nr. 103464.

<sup>113</sup> Commissie van Beroep BVE SGO 22 februari 2005, zaak nr. 102685.

van de subfaculteit politieke en sociale wetenschappen weigerden nog langer onderwijs te geven uit vrees voor verlies van persoonlijke en professionele integriteit. De subfaculteitsraad had besloten om tegen de wens van de wetenschappelijke staf in de vakgroepen een bepaalde afstudeerrichting te doen verzorgen. Het College van Bestuur deed een voorstel tot bemiddeling, maar gaf tegelijkertijd een dienstbevel om het onderwijs te hervatten. De Centrale Raad van Beroep vond dat er sprake was van een onzorgvuldige voorbereiding en beslissing. Het College van Bestuur had te laat ingegrepen, met onnodige escalatie tot gevolg.<sup>114</sup> Ons inziens ligt het voor de hand dat ook in de andere onderwijssectoren aldus geoordeeld zal worden.

De ambtenarenrechter toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de betrokken ambtenaar niet aan de door de werkgever redelijkerwijs te stellen eisen en verwachtingen heeft voldaan. Het niet kunnen maken van een boekhoudkundige opgave kan een reden zijn om iemand ontslag te verlenen op grond van onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de vervulling van zijn betrekking.<sup>115</sup> Een dergelijke lijn geldt ook in het bijzonder onderwijs. De Commissies van Beroep eisen dan wel, dat ondubbelzinnig duidelijk moet zijn dat er geen verbetering meer mogelijk is.<sup>116</sup> Klachten van studenten of collega's moeten gemotiveerd ondersteund worden door feitenmateriaal, voordat iemand ongeschikt wordt geacht voor een functie als leraar.<sup>117</sup>

---

114 CRvB 12 juni 1974, AB 1974, 230.

115 Vgl. CRvB 26 april 2007, LJN: BA4514.

116 Commissie van beroep Katholiek onderwijs, Zuid Nederland, primair onderwijs 17 maart 2000; Commissie van beroep BVE SGO 13 april 2006, zaak nr. 103148.

117 Commissie van beroep voor het protestants-christelijk voortgezet en hoger beroepsonderwijs 24 januari 1985, zaak 85/02, en idem 16 januari 1997, zaak 97/01.

#### 4. Het recht op professionele autonomie in het hoger onderwijs<sup>118</sup>

De positie van de professional in het hoger onderwijs is wezenlijk verschillend van die van de leraar in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs. In het wetenschappelijk onderwijs en in mindere mate ook in het hoger beroepsonderwijs wordt de professionele zelfstandigheid expliciet gegarandeerd. Bovendien wordt die autonomie – met name binnen de universiteit – daarnaast gewaarborgd door de organisatorische structuur van de instelling, en door toedeling van specifieke bevoegdheden aan de professional.

In dit hoofdstuk bespreken we achtereenvolgens de reikwijdte van de vrijheid van wetenschap zoals gewaarborgd in artikel 15 IVESCR (paragraaf 4.1), de relevantie van de academische vrijheid neergelegd in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (paragraaf 4.2) en de betekenis van de bestuurlijke organisatie van het hoger onderwijs voor de professionele autonomie (paragraaf 4.3).

##### 4.1 De vrijheid van wetenschap in artikel 15 IVESCR<sup>119</sup>

De professionele autonomie van de docent in het hoger onderwijs vindt ten eerste een ankerpunt in artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR). Deze bepaling luidt als volgt:

- ‘1. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder:
  - a. deel te nemen aan het culturele leven;
  - b. de voordelen te genieten van de wetenschappelijke vooruitgang en de toepassing daarvan;
  - c. de voordelen te genieten van de bescherming van de geestelijke en stoffelijke belangen voortvloeiende uit door hem verricht wetenschappelijk werk of uit een literair of artistiek werk waarvan hij de schepper is.
2. De door de Staten die partij zijn bij dit Verdrag te nemen maatregelen om tot de volledige verwezenlijking van dit recht te komen houden mede in die, welke noodzakelijk zijn voor het behoud, de ontwikkeling en de verbreiding van wetenschap en cultuur.
3. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag verbinden zich de vrijheid te eerbiedigen die onontbeerlijk is voor het verrichten van wetenschappelijk onderzoek en scheppend werk.
4. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen de voordelen die de stimulering en ontwikkeling van internationale contacten en van internationale samenwerking op wetenschappelijk en cultureel gebied met zich brengen’.

Op indirecte wijze geeft deze bepaling mogelijk waarborgen die voor een eigenstandige positie van de docent in het hoger onderwijs van belang zijn. Zij is evenwel primair gericht op het garanderen van de vrijheid van het wetenschappelijk *onderzoek*. Allereerst is relevant het derde lid van deze bepaling, dat de individuele vrijheid tot het verrichten

<sup>118</sup> Zie hierover P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van wetenschap. Juridische beschouwingen over wetenschapsbeleid en hoger onderwijs*, Zwolle 1993; J.J.W.M. Rietveld, *De vrijheid van de docent*, NTOR 2006, p. 67-78.

<sup>119</sup> Zie over deze bepaling uitgebreid Zoontjens, a.w., p. 15 e.v.

van zulk onderzoek beschermt tegen overheidsingrijpen. Als connexe aanspraak vestigt het tweede lid een zekere aanspraak op actief overheidsoptreden, in de vorm van maatregelen die mede gericht zijn op onder meer de ‘verbreiding van wetenschap’. Onder dat laatste valt ook te begrijpen het creëren van voorzieningen waarbinnen en waardoor de resultaten van wetenschap gecommuniceerd kunnen worden, onder meer via het onderwijs daarover.

Maar al met al vestigen deze bepalingen niet een duidelijke subjectieve aanspraak op professionele autonomie voor de docent in het hoger onderwijs. Daarenboven zijn zij toch primair gericht op de vrijheid van wetenschapsbeoefening, dus op vrijheid van de onderzoeker.<sup>120</sup> Scherper omlinjende aanspraken op autonomie van de docent zijn te vinden in de Nederlandse onderwijswetgeving. Daar gaan de volgende paragrafen over.

#### 4.2 De academische vrijheid in artikel 1.6 WHW<sup>121</sup>

De professionele autonomie van de docent in het hoger onderwijs is expliciet in de onderwijswetgeving gewaarborgd. Voor het universitair onderwijs geldt dit al lang. Zo luidde artikel 6 Wet op het wetenschappelijk onderwijs (WWO): ‘Aan de instellingen van wetenschappelijk onderwijs wordt de academische vrijheid in acht genomen’.<sup>122</sup> De huidige waarborg is neergelegd in artikel 1.6 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW), luidend: ‘Aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen’. Aldus is dit principe thans niet thans meer alleen van toepassing op universiteiten, maar ook op hogescholen.

Volgens de Memorie van toelichting bij artikel 6 WWO (de voorganger van artikel 1.6 WHW) is de academische vrijheid een recht dat nauw samenhangt met de vrijheid van meningsuiting en meningsvorming, gericht zowel op de individuele positie van de docenten en onderzoekers alsook op die van de studenten. De kern van dit recht, aldus die toelichting, is de vrijheid de eigen wetenschappelijke inzichten te volgen en daarbij niet afhankelijk te zijn van politieke, filosofische of wetenschapstheoretische inzichten.<sup>123</sup>

Deze academische vrijheid – de vrijheid om naar eigen wetenschappelijke inzichten te handelen – omvat drie deelvrijheden.

- (1) Zo is er de vrijheid van de *onderzoeker* tot het beoefenen van de wetenschap, de vrijheid ‘om zelf het onderzoeksthema te initiëren en bij het verrichten van onderzoek eigen inzichten te volgen’.<sup>124</sup>
- (2) Daarnaast is er de vrijheid van de *student* tot het ontvangen van onderwijs, daaronder begrepen de vrijheid om niet geïndoctrineerd te worden, dus de vrijheid ‘om niet

120 J.M.M. van der Ven, De academische vrijheid: kreet of begrip?, *Nederlands Juristenblad* 1980, p. 633; C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders*, Nijmegen 2005, p. 101.

121 Zie Van der Ven, a.w., p. 628-637, en Zoontjens, a.w., p. 80 e.v. en 186 e.v. over de voorganger van deze bepaling in de Wet op het wetenschappelijk onderwijs (artikel 6 WWO).

122 Daarvoor gold het reeds als ongeschreven rechtsbeginsel, aldus Kamerstukken II 1990/91, 21073, nr. 17, p. 39.

123 Kamerstukken II 1980/81, 16 802, nr. 3, p. 49. In dezelfde zin de toelichting bij artikel 1.6 Whw, zie Kamerstukken II 1990/91, 21 703, nr. 17, p. 39.

124 Kamerstukken II 1980/81, 16 802, nr. 3, p. 50.

gedwongen te worden bepaalde wetenschappelijke opvattingen aan te hangen of te verkondigen'.<sup>125</sup>

- (3) Ten slotte omvat dit recht de (voor ons onderwerp belangrijkste) vrijheid van de *docent*, de vrijheid 'om op zijn vakgebied die wetenschappelijke opvattingen te verkondigen die naar zijn mening de juiste zijn en vervolgens op zijn bevoegdheid inhoud en methode van het door hem te geven onderwijs te bepalen'.<sup>126</sup>

Het beginsel van de in het hoger onderwijs geldende academische vrijheid is uitdrukking van een structuur die wezenlijk verschilt van die welke geldt in de in hoofdstuk 3 behandelde sectoren van het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs. In het hoger onderwijs staat wat betreft het primaire proces de individuele vrijheid van de docent (alsmede van de student en de onderzoeker) voorop, niet die van het bevoegd gezag (school- of instellingsbestuur) welke in die andere sectoren als dominante vrijheidsdrager wordt aangemerkt. De rechtspositie van de docent is in het hoger onderwijs dan ook beduidend sterker, in de zin dat hij in beginsel alles kan zeggen en doen tegenover zijn werkgever, zolang het gezegde en geschrevene maar voortspuit uit of overeenstemt met academische inzichten.<sup>127</sup>

Met het individuele recht op academische vrijheid correspondeert ook een zorgplicht aan de kant van de instelling, een opdracht aan de bestuursorganen om voor die vrijheid zorg te dragen. Dat verband is adequaat verwoord in de beantwoording van recente kamervragen. Daarin wordt gesteld:

'Academische vrijheid is een wezenskenmerk van de universiteit. Het rechtsbeginsel van academische vrijheid – opgenomen in artikel 1.6 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek – brengt de principiële vrijheid tot uitdrukking die voor de beoefening van wetenschappelijk onderwijs en onderzoek moet zijn gegarandeerd [P. Zootjens, *Vrijheid van wetenschap*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, pag. 189]. De academische vrijheid is aan individuele personen toegekend, maar is tevens een opdracht aan de instelling. Blijkens de toelichting op de WHW is de academische vrijheid te kenschetsen als een recht dat ten nauwste samenhangt met de vrijheid van meningsvorming en meningsuiting en dat specifiek gericht is op de positie van de individuele docenten, onderzoekers en studenten. Zij hebben de vrijheid bij het geven van onderwijs, het verrichten van onderzoek, respectievelijk het ontvangen van onderwijs hun eigen wetenschappelijke inzichten te volgen en daarbij niet afhankelijk te zijn van bepaalde politieke, filosofische of wetenschapstheoretische opvattingen.<sup>128</sup> [...] Het instellingsbestuur heeft als taak zorg te dragen voor de academische vrijheid. Het is bij uitstek aan de instellingen en het personeel van de instellingen om de academische vrijheid te borgen. Daarmee is de bepaling omtrent academische vrijheid in feite een zorgplicht *avant la lettre*, een zorgplicht zoals bedoeld in het recent ingediende wetsvoorstel<sup>129</sup> [bedoeld wordt het voorstel inzake een Wet op het hoger onderwijs en onderzoek].

125 Kamerstukken II 1980/81, 16 802, nr. 3, p. 49.

126 Kamerstukken II 1980/81, 16 802, nr. 3, p. 49.

127 P.J.J. Zootjens, *Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Tekstuitgave*, Den Haag 2006, p. 12.

128 Kamerstukken II 1990/91, 21 073, nr. 17, p. 39; Kamerstukken II 2005/06, 30 588, nr. 3, p. 145.

129 Aanhangsel Handelingen II 2005/06, nr. 2063.

De vrijheid van de individuele docent is ook in het hoger onderwijs uiteraard niet onbegrensd. Zo zal deze moeten worden uitgeoefend binnen het onderwijsprogramma zoals facultair is vastgesteld.<sup>130</sup> In het (ingetrokken) voorstel voor een Wet op het hoger onderwijs en onderzoek (Whoo) werd in dit verband dan ook terecht gesteld: 'De academische vrijheid blijft een toetssteen voor zowel universiteiten als hogescholen. De vrijheid in het geven van onderwijs geeft de docent de vrijheid om op zijn vakgebied die wetenschappelijke opvattingen te verkondigen, die naar zijn mening de juiste zijn, en geeft hem de bevoegdheid om inhoud en methode van het door hem te geven onderwijs te bepalen. Dit recht is niet onbeperkt. De docent werkt in het kader van het [...] onderwijs- en examenreglement en zijn onderwijs dient er ook op gericht te zijn om op didactisch verantwoorde wijze studenten verder te brengen in de opleiding.'<sup>131</sup>

Niet uitgesloten is, dat de docent ook anders dan door algemene regelingen zoals het onderwijs- en examenreglement in zijn vrijheid beperkt kan worden. Een interessante casus betreft het geval waarin de Utrechtse hoogleraar prof. dr. P.W. van der Horst op last van de rector magnificus<sup>132</sup> enkele passages uit zijn afscheidsrede moest schrappen omdat die passages 'bevolkingsgroepen tegen elkaar zouden opzetten'.<sup>133</sup> Van der Horst zwichtte, onder protest. Een en ander zorgde binnen de academische wereld voor nogal wat commotie.

In zijn hiervoor al geciteerde antwoord op de door Wilders ter zake gestelde kamervragen hield de staatssecretaris van OCenW zich evenwel op de vlakte. Hij zag geen reden om in de affaire een standpunt in te nemen, noch om te interveniëren middels een bekostigingssanctie. De staatssecretaris betoogde: 'Voor de borging van de academische vrijheid is niet in eerste instantie een rol voor de overheid weggelegd, maar deze ligt in eerste instantie bij de academische gemeenschap. En dat blijkt in de praktijk ook het geval te zijn: de beslissing van de rector van de universiteit heeft volop tot discussie geleid, zowel in de publieke media en in de academische wereld. Eén van de discussiepunten daarbij is of een afscheidsrede geheel wetenschappelijk moet zijn onderbouwd of ook persoonlijke meningen mag bevatten. Voor beide visies zijn voor- en tegenstanders. Waarborging of handhaving van academische vrijheid leent zich niet zozeer voor het toepassen van een overheidssanctie. Veel geëigender is het wetenschappelijke en publieke debat.'<sup>134</sup>

Het terughoudende antwoord van de staatssecretaris is begrijpelijk. De overheid kan in een conflict als het onderhavige moeilijk een handhavende rol spelen. Dat zou een inhoudelijk-normatieve standpuntbepaling vereisen, waar zij juist zo ver mogelijk vandaan zou moeten blijven.

Dit terughoudende standpunt wordt ook weerspiegeld in het gegeven, dat de wetgever ten aanzien van het personeel in het hoger onderwijs – anders dan in de andere secto-

<sup>130</sup> Zoontjens 1993, a.w., p. 81.

<sup>131</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 588, nr. 3, p. 44.

<sup>132</sup> Ons is overigens niet duidelijk op welke bevoegdheid de rector zich *in casu* kon baseren: mogelijk vloeide deze voort uit de arbeidsverhouding tussen de universiteit en de hoogleraar.

<sup>133</sup> *Reformatorisch Dagblad* 16 juni 2006.

<sup>134</sup> Aanhangsel Handelingen II 2005/06, nr. 2063.

ren, zie paragraaf 3.3.2 – geen bekwaamheidseisen heeft gesteld. Vooronderstelling is, dat de formulering en handhaving van dergelijke eisen moet geschieden door de instanties en personen binnen de betreffende hoger onderwijs-instelling.<sup>135</sup>

Al met al is het wel de vraag of de academische vrijheid als een individueel vrijheidsrecht van wezenlijke betekenis is, en of niet veeleer sprake is van een abstract ideaal of een globale instructienorm, die pas door nadere regelingen en in de concrete praktijk op de werkvloer handen en voeten krijgt.<sup>136</sup> Wij vermoeden dat dit inderdaad het geval is, en dat de bestuurlijk-organisatorische waarborgen die we in de volgende paragraaf bespreken in dat verband een (veel meer) dominante rol spelen.

#### 4.3 De bestuurlijke organisatie als waarborg voor de professionele autonomie

Vermoedelijk de sterkste waarborg voor de professionele autonomie van de docent in het hoger onderwijs is niet zozeer gelegen in individuele rechten zoals de vrijheid van wetenschapsbeoefening (artikel 15 IVESCR) en de academische vrijheid (artikel 1.6 Whw), als wel in bestuurlijk-organisatorische, op machtsverdeling gebaseerde voorzieningen. Of, misschien preciezer: de rechtspositie van de individuele docent in het hoger onderwijs krijgt juist ‘body’ door een bepaalde wijze van inrichting van de bestuurlijke omgeving. Zijn *subjectieve* rechten worden ondersteund door *objectieve* structuurprincipes.<sup>137</sup>

De organisatie en bevoegdheidsverdeling binnen het hoger onderwijs – met name binnen de universiteit – is mede ingegeven door het uitgangspunt van de professionele autonomie van de docenten. Universiteiten worden gekenmerkt door een *federale bestuursstructuur*<sup>138</sup>, in de kern gebaseerd op een ‘driekringen-leer’. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen:

- (1) de instelling, het centraal-federale overkoepelende geheel – gerepresenteerd door het College van bestuur;
- (2) de faculteiten – gerepresenteerd door de faculteitsbesturen/decanen – en de afdelingen, de organisatorische decentrale verbanden van docenten en onderzoekers die werkzaam zijn op het terrein van de betreffende (sub)discipline;
- (3) de individuele docent/onderzoeker of groep van docenten/onderzoekers.

In deze ‘drie kringen’-structuur hebben de decentrale ‘lagen’ eigen geattribueerde bevoegdheden, in wier inhoudelijke kern het centrale bestuur niet mag treden.

<sup>135</sup> Artikel 5a.8. lid 3 sub e Whw noemt de kwaliteit van het personeel als een criterium in het kader van de accreditatie; dit criterium vormt evenwel geen basis voor de NVAO om bekwaamheidseisen aan het hoger onderwijs op te leggen.

<sup>136</sup> Vgl. CRvB 15 februari 2007, TAR 2007, 86,. Deze casus ziet op de bezwaren van een hoogleraar die is verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam tegen overheveling naar het Erasmus Medisch Centrum (een academisch ziekenhuis), onder meer omdat daarbinnen zijn academische vrijheid minder goed gewaarborgd zou zijn – zie de noot van A.P. den Exter in TAR 2007, p. 295-296. De Centrale Raad van Beroep vernietigt het besluit wegens strijd met de wet, zonder dat aan de academische vrijheid een woord gewijd wordt.

<sup>137</sup> Zoontjens 1993, a.w., p. 82-83.

<sup>138</sup> Zoontjens 2006, a.w., p. 12-13; Rietveld, a.w., p. 72-73.

We lichten dit schema nader toe.<sup>139</sup>

(1) Binnen de universitaire organisatie is het (federale) College van bestuur belast met het bestuur van de universiteit *in haar geheel* (artikel 9.2 lid 1 Whw). Daartoe beschikt het College onder meer over de bevoegdheid om op bepaalde terreinen (algemene) richtlijnen aan de faculteiten (decanen) uit te vaardigen (artikel 9.5 Whw). Die bevoegdheid is echter begrensd. Zo werd ter zake in de Memorie van toelichting bij deze bepaling gesteld: 'Vooral met het oog op de academische vrijheid van onderwijs en onderzoek verdient de bevoegdheid van het college van bestuur tot het geven van richtlijnen enige nuancering. De faculteit heeft een eigen verantwoordelijkheid wat betreft de inhoud en de vormgeving van het onderwijs en het onderzoek. Met name door de autonomie ten aanzien van de inhoud kan de vrijheid van onderwijs en onderzoek tot zijn recht komen en wordt inhoud gegeven aan de opdracht van artikel 1.6 van de WHW, dat aan de instellingen de academische vrijheid in acht wordt genomen. Richtlijnen zijn hier niet aan de orde. Ook wat betreft de vormgeving van het onderwijs en het onderzoek ligt het zwaartepunt bij de faculteit'.<sup>140</sup>

(2) De (decentrale) faculteiten nemen naast het College een zelfstandige positie in: het onderwijs wordt gegeven en het onderzoek wordt verricht *in de faculteiten*, aldus artikel 9.12 lid 1 Whw. Zij hebben 'eigen bij wet toegekende bevoegdheden ten aanzien van de inhoud van onderwijs en wetenschapsbeoefening. Hierin komt de autonomie van de faculteit[en] tot uitdrukking'.<sup>141</sup> Die eigenstandige positie wordt gerepresenteerd in de persoon van een enkelhoofdig (de decaan) of in een meerhoofdig faculteitsbestuur (artikel 9.12 leden 1 en 2 Whw). De decaan/het faculteitsbestuur heeft dienovereenkomstig eigen, niet aan het College van bestuur ontleende bevoegdheden ten aanzien van het in de faculteit te geven en verrichten onderwijs en onderzoek (artikel 9.14 lid 1 Whw). Daarin is onder meer begrepen het vaststellen van het onderwijs- en examenreglement (artikel 9.15 lid 1a Whw), hetgeen aan advisering door de desbetreffende facultaire opleidingscommissie (artikel 9.18 Whw) en instemming van het facultaire medezeggenschapsorgaan (artikel 9.38 Whw) onderworpen is.

(3) Tenslotte is de positie van de individuele professional gewaarborgd. Dat geldt ten eerste voor de hoogleraar: deze is 'bij uitstek' verantwoordelijk voor de ontwikkeling van het hem toegewezen wetenschapsgebied en voor de inhoud van het te geven onderwijs op dat gebied (artikel 9.19 lid 2 Whw). Dat geldt ten tweede voor de individuele docent-examinator. Aan hem komt de exclusieve bevoegdheid toe om tentamens af te nemen<sup>142</sup> (artikel 7.12 lid 3 Whw). Die bevoegdheid is gebaseerd op zijn – mede in artikel 1.6 Whw gewaarborgde – professionele autonomie. Keerzijde van die autonomie is de terughoudend-marginale beoordeling die het College van beroep voor de examens (de interne beroepsinstantie) en in het voetspoor daarvan vervolgens de rechter hebben te verrichten: zij beoordelen slechts of de door de professionals (de examinatoren) gegeven beslissingen al dan niet in strijd zijn 'met het recht'. Zij kunnen dan ook – mede

139 Zie ter zake ook de Onderwijsraad, *Waardering voor hoger onderwijs*, Den Haag 2005, p. 21-22.

140 Kamerstukken II 1995/96, 24 646, nr. 3, p. 16.

141 Kamerstukken II 1995/96, 24 646, nr. 3, p. 16.

142 ABRvS 26 mei 2000, AB 2000, 365.



gezien artikel 8:4 sub e Awb – niet een eigen oordeel geven over het kennen en kunnen van de student (artikel 7.61 leden 2 en 6 Whw).<sup>143</sup>

Daarenboven is de positie van de professional gewaarborgd doordat in de relevante bestuurlijke gremia een vooraanstaande positie is ingeruimd voor de vakinhoudelijke specialisten (hoogleraren), wier taak het onder meer is zijn belangen te vertegenwoordigen. Van het College van bestuur maakt de rector magnificus – een hoogleraar – deel uit (artikel 9.3 lid 1 Whw). In het faculteitsbestuur is de positie van de decaan (hoogleraar) dominant (artikelen 9.12-9.15 Whw). En het college voor promoties, bestaande uit hoogleraren (artikel 9.10 Whw) is leidend bij de procedure tot verlening van de doctorsgraad op grond van een promotie (artikel 7.18 Whw).

Opvallend is, dat in het hoger beroepsonderwijs – waar de rechtsnorm van de academische vrijheid (artikel 1.6 Whw) toch ook geldt – een vergelijkbare regeling geheel ontbreekt. In het hoger beroepsonderwijs zijn alle bestuursbevoegdheden in beginsel toebedeeld aan het centrale niveau: de rechtspersoon of het college van bestuur (artikelen 10.2, 10.3 en 10.9 Whw). Bevoegdheden kunnen worden gedelegeerd aan een door het instellingsbestuur ingesteld college van bestuur (artikel 10.3 lid 1 Whw), en ge(sub)delegeerd aan een faculteitsbestuur of andere organisatorische eenheid (artikel 10.3 lid 2 Whw). Deze structuur is dus wezenlijk anders dan die in de universiteit. In het hoger beroepsonderwijs zijn er geen bevoegdheden door de wet *geattribueerd* aan decentrale facultaire bestuursorganen (er hoeven zelfs geen faculteiten te zijn, zie artikel 10.3a Whw<sup>144</sup>) maar is er enkel sprake van een mogelijkheid tot *delegatie*. Waar de universiteit wordt gekenmerkt door een federale structuur, daar wordt een hogeschool gekenmerkt door een centralistische eenheidsstructuur: alle gezag berust in principe bij het centrale gezag, de rechtspersoon of het college van bestuur. Dit centrale gezag kan uiteraard bevoegdheden delegeren of mandateren, maar de delegatie of het mandaat ook weer intrekken.

Bovendien ontbreekt in het hoger beroepsonderwijs een bepaling als equivalent van de taaktoedeling aan de hoogleraar (artikel 9.19 lid 2 Whw). En ook andere in het universitaire onderwijs geldende waarborgen voor de autonomie van de professional, zoals de verplichte aanwezigheid van een professional in het centrale bestuursorgaan (vgl. artikel 9.3 lid 1 Whw: in het college van bestuur zit de rector magnificus) en in decentrale bestuursorganen (artikelen 9.12 en 9.14 Whw: de decaan) ontbreken.

In de kern wordt de bestuurlijke organisatie van het hoger beroepsonderwijs dus nog steeds gekenmerkt door een structuur vergelijkbaar met die in het voortgezet onderwijs (waar het hoger beroepsonderwijs overigens historisch uit afkomstig is), waarin alle juri-

143 ABRvS 25 juli 2001, AB 2002, 347 en ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348, beide m.nt. Vermeulen. De affaire-Heertje, waarin het College van beroep voor de examens de tentamenbeoordeling door de hoogleraar inhoudelijk overdeed en hem verplichtte alsnog een voldoende te geven – welke beschikking naderhand via de kort geding-rechter werd geëffectueerd – vormt een zeldzame (en onjuiste) afwijking van deze vaste jurisprudentie-lijn. Zie hieromtrent A. Heertje, R.J.G.M. Widdershoven, J. Vischjager, *Het cijfer van de rechter*, Alphen aan den Rijn 1991, waarin alle relevante stukken en uitspraken zijn opgenomen.

144 Luidend: 'Het instellingsbestuur kan [cursivering onzerzijds] bij bestuursreglement een of meer faculteiten of andere organisatorische eenheden instellen.'

dische bevoegdheden gelokaliseerd zijn in een centraal bevoegd gezag, en waarbij de (meeste) bevoegdheden op 'lager niveau' slechts krachtens delegatie of mandaat uitgeoefend kunnen worden.

Bezien vanuit het perspectief van de academische vrijheid was het wetsvoorstel inzake een Wet op het hoger onderwijs en onderzoek (Whoo)<sup>145</sup>, dat beoogde de Whw te vervangen, nogal teleurstellend. In dat wetsvoorstel werden de federale bestuursstructuur en de eigenstandige bevoegdheden van de universitaire professionals – waarborgen voor die vrijheid – geschrapt, en kwamen alle bevoegdheden bij het college van bestuur te liggen. In essentie zou dit voorstel er op neer komen, dat de eenheidsstructuur van het hoger beroepsonderwijs ook naar het universitair onderwijs zou worden getransponeerd en zelfs versterkt zou worden, ten koste van de academische vrijheid.<sup>146</sup> In ieder geval bezien vanuit het belang van de professionele autonomie kan de intrekking van het wetsvoorstel<sup>147</sup> dan ook toegejuicht worden.

---

145 Kamerstukken II 2005/06, 30 588, nr. 2.

146 Zie de kritiek hierop in het advies van de Onderwijsraad over het wetsvoorstel, *Waardering voor hoger onderwijs*, Den Haag 2005.

147 Kamerstukken II 2006/07, 30 588, nr. 9.

## 5. Juridische borging van de positie van de professional in het onderwijs

Dit laatste hoofdstuk bespreekt de mogelijkheden die er zijn om de pedagogisch-didactische ruimte van de onderwijsprofessional juridisch te waarborgen. Verschillende varianten zijn daarbij denkbaar: invoering van een *opting out* variant, de mogelijkheid van een coöperatie, het formuleren van vrijheidsgaranties bij wet, statuut of overeenkomst, het leggen van toezicht in eigen hand via een beroepsgroepvereniging.

Aan het slot wegen we de verschillende opties af. Een model waarbij de positie van de onderwijsgevende wordt gewogen in de context van de rechten van andere betrokkenen in het onderwijs lijkt de beste papieren te hebben.

We besluiten ons betoog met enkele stellingen.

### 5.1 Inleiding

#### 5.1.1 Een gemengd beeld

Overzien we de resultaten van onze inventarisatie in de vorige hoofdstukken, dan rijst een gemengd beeld op. Ten eerste zijn er in termen van de mate van professionele autonomie duidelijke verschillen tussen de onderscheiden sectoren. Ten tweede is de mate van autonomie afhankelijk van de aard van de relatie.

Laten we eerst het verschil tussen de sectoren bezien. In het hoger onderwijs is de autonomie van de professional aanzienlijk, en beduidend sterker gewaarborgd dan in de andere sectoren (hoofdstuk 4). Zo is er de expliciete waarborg van de academische vrijheid (artikel 1.6 Whw), welke zowel voor het universitair onderwijs als voor het hoger beroepsonderwijs geldt. Deze vrijheid krijgt in het universitair onderwijs bovendien nader gestalte in de vorm van een federale bestuursstructuur, waarbinnen aan de individuele professional zelfstandige bevoegdheden worden toebedeeld, en waarin ook de verplichte vertegenwoordiging door hoogleraren in bestuurlijke gremia bepaalde waarborgen biedt. De docent in het hoger beroepsonderwijs ontbeert dergelijke waarborgen in termen van bestuurlijke organisatie en bevoegdhedentoedeling. Wij achten het echter zeer wel mogelijk dat op termijn deze garanties ook voor het hoger beroepsonderwijs ingevoerd zullen worden.

Het hoger onderwijs beschikt ook anderszins over grotere professionele autonomie, in de zin dat er geen wettelijke bekwaamheidseisen gelden, en de eindtermen door de professionals zelf geformuleerd worden. Tenslotte is de positie van de docent ten opzichte van de student sterk, in de zin dat zijn beoordelingsbeslissingen door beroepscolleges en rechtelijke instanties in het algemeen zeer terughoudend getoetst worden.

Op de sectoren van het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs is een ander regime van toepassing, dat de professional minder ruimte garandeert (hoofdstuk 3). Ten eerste gelden hier wettelijke bekwaamheidseisen, en worden de eindtermen door de overheid geformuleerd. Een en ander hangt samen met het gegeven, dat het hier groten-deels om leerplichtig onderwijs gaat. Dat er wettelijke bekwaamheidseisen (thans zelfs voor de godsdienstdocent) en eindtermen geformuleerd worden achten wij – met het onderwijsveld zelf – overigens niet zeer problematisch; hooguit kan het zijn dat de door

de inspectie geformuleerde pseudo-deugdelijkheidseisen als te knellend ervaren gaan worden.

Verder is er voor deze sectoren geen uitdrukkelijke wettelijke bepaling geformuleerd waarin de pedagogische autonomie van de leraar gewaarborgd wordt. Die autonomie is in de *externe* relatie tot leerlingen/ouders overigens – net als in het hoger onderwijs – aanzienlijk. Pedagogische beslissingen (beoordelingen, sancties e.d.) worden in juridische procedures terughoudend getoetst. Anders ligt dit in schadevergoedingszaken wegens ongelukken e.d.: in deze zaken toetst de rechter streng aan zorgvuldigheidseisen. Dat lijkt ons echter geen beperking van de professionele autonomie te vormen.

In de *interne* relatie ten opzichte van het bevoegd gezag is de positie van de leraar in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs evenwel kwetsbaar. In formeel-juridische zin berusten alle bevoegdheden bij het school- of instellingbestuur, op enkele beoordelingsbevoegdheden na. Dat betekent, dat door het bestuur genomen pedagogisch-organisatorische beslissingen in principe door de leerkrachten moeten worden uitgevoerd. Zo zal het niet meewerken aan onderwijskundige vernieuwingen veelal een ontslaggrond opleveren.

De leraar kan zich in de interne relatie ten opzichte van het bevoegd gezag niet beroepen op fundamentele rechten als grondslag voor een aanspraak op professionele autonomie (hoofdstuk 2). Grondrechten en mensenrechten werken slechts in beperkte mate door in onderwijsinstellingen. Voor zover al in de uitingsrechten een claim op onderwijskundige vrijheid te destilleren zou zijn, prevaleren in het algemeen de aanspraken van het bevoegd gezag op organisatorische en denominatieve inrichtingsvrijheid. Ook de AWGB biedt geen soelaas. Deze wet beschermt tegen discriminatie, niet tegen beperkingen van pedagogische autonomie.

Het is dan ook vooral hier dat zich de behoefte aan vastlegging van garanties voor de professionele zelfstandigheid van de leraar doet gevoelen. De interne besluitvorming ter zake van onderwijskundige, –inhoudelijk en –organisatorische aangelegenheden raakt die zelfstandigheid, en kan deze in de kern aantasten. Het is hier dat de spanning tussen enerzijds bestuur/management – dat veelal verweten wordt zich te zeer te laten leiden door financiële overwegingen of ongefundeerde pedagogische visies – en anderzijds de leraar – die vaak afgeschilderd wordt als star, conservatief, ouderwets<sup>148</sup> – het sterkst oploopt. Het zijn de conflicten in deze sfeer die de onvrede bij het onderwijspersoneel het sterkst voeden.

We zullen ons in de rest van dit hoofdstuk dan ook concentreren op de vraag in hoeverre de positie van de professional op dit terrein versterkt kan worden. Dat dat zinvol kan zijn vloeit voort uit het gegeven, dat een professional voldoende vrijheid en ruimte moet hebben om zijn eigen visie te ontwikkelen, zijn eigen idealen te ontplooiën en zijn eigen invulling te geven aan het onderwijs. Pas dan kan er sprake zijn van de creativiteit en bezieling, noodzakelijk om tot echte kwaliteit te komen. Die kwaliteit kan niet door het bevoegd gezag afgedwongen worden door het stellen van voorschriften en

---

148 Zie het in de aanvang van hoofdstuk 1 geciteerde krantenbericht.

andere externe prikkels. Zij komt voort uit het interne ethos en de ambities van de beroepsbeoefenaar, zijn actieve betrokkenheid bij het onderwijs.<sup>149</sup>

### 5.1.2 Mogelijke varianten

Wanneer gekozen wordt voor het nader vastleggen van wederzijdse posities zijn er ons inziens globaal vijf mogelijkheden te onderscheiden:<sup>150</sup>

- *opting out, de school als 'eigen bedrijf'*: de docenten maken zich los van het oorspronkelijke bestuur en houden zelf de school in stand;
- *wettelijke regeling*: de wet legt vast wie welke verantwoordelijkheden en bevoegdheden heeft. Onderwijsgeveenden hebben een specifieke wettelijk geregelde positie en autonomie. De regeling in de Whw ten aanzien van het universitair onderwijs strekt hiertoe als voorbeeld;
- *professioneel statuut*: een regeling van sociale partners waarbij de rechten van het docententeam op pedagogische autonomie vastgelegd worden;
- *overeenkomst*: een afspraak op individueel niveau, eventueel aangehecht bij de akte van benoeming of aanstelling, waarin de wederzijdse rechten en plichten zijn opgenomen;
- *vermindering overheidstoezicht door zelfregulering*: in deze variant neemt de eigen beroepsvereniging het voortouw in de regulering van de beroepsvereisten én de naleving van de beroepscodes.

Elke van deze opties komt kort aan bod. In paragraaf 5.7 maken we vervolgens een keuze welke van deze opties ons inziens de voorkeur heeft/hebben.

## 5.2 Opting out, lerencoöperatie, lerarenmaatschap

### 5.2.1 Opting out; 'teacher buy out'<sup>151</sup>

De Onderwijsraad heeft in het advies *Wat scholen vermogen* (2002), herhaald in zijn advies *Variëteit in schaal* (2005), voorgesteld om interne en externe verzelfstandiging van groepen docenten, onder zekere condities, mogelijk te maken. Daarmee zou tegemoet gekomen worden aan de wens van de beroepsbeoefenaars om een eigen onderwijsconcept te ontwikkelen. Met het oog daarop zou ook een zekere opening moeten worden geboden voor een perspectief waarbij de leraar als ondernemer optreedt.

De raad onderscheidde daarbij verschillende varianten, in gradaties van organisatorische zelfstandigheid. Bij 'lichte' varianten van 'opting out' – *interne* verzelfstandiging – neemt een school of een groep leraren het initiatief tot de ontwikkeling van een eigen onderwijskundig en/of organisatorisch concept en biedt het bestuur de school respectievelijk de groep leraren daartoe expliciet ruimte. Kenmerkend voor deze variant zijn het tijdelijke karakter en het gegeven dat de bestuurlijke vormgeving niet verandert: de school blijft deel uitmaken van het bestaande bestuurlijke verband.

149 Onderwijsraad, *Waardering voor hoger onderwijs*, Den Haag 2005, p. 20.

150 Vgl. Onderwijsraad, *Leraarschap is eigenaarschap*, met name paragraaf 3.6.

151 Naar analogie van de 'management buy out', waarbij de directie de aandelen van het bedrijf koopt en daarmee eigenaar wordt.

De meest vergaande variant – die we hier bespreken – is een blijvende *externe* verzelfstandiging. Hierbij wordt de bestaande bestuurlijke relatie met het schoolbestuur verbroken, en wordt een bestuurlijke relatie aangegaan met een nieuw bestuur, gedomineerd door de leraren. Aan de toelaatbaarheid van deze variant zijn randvoorwaarden verbonden, zoals draagvlak bij de zittende leraren, ouders en deelnemers, mede tot uitdrukking komend in de instemming van de geledingen in de medezeggenschapsraad.

Rietveld stelt in dat verband dat de docent juridisch ‘volwassen’ moet worden, en zijn ondergeschiktheidspositie doorbroken moet worden.<sup>152</sup> De na te streven ‘soevereiniteit in eigen kring’ zou moeten betekenen dat ‘docenten principieel autonoom zijn en per school een kring vormen die ten aanzien van het te geven onderwijs ‘soverein’ is’. Deze benadering plaatst de docent in een directe relatie tot de overheid en suggereert dat scholen in beginsel door de docenten zelf in stand worden gehouden. In dit model valt het bevoegd gezag als ‘interface’ weg, en wordt de weg vrijgemaakt om artikel 23 lid 2 Grondwet als rechtstreekse grondslag te erkennen voor de principiële autonomie van de docent, aldus Rietveld. Een groot voordeel is volgens hem (naast de vergroting van de autonomie van de docent) de dereguleringswinst: wettelijke bepalingen met betrekking tot het bevoegd gezag ‘en andere partijen’ kunnen vervallen. Docenten geven zelf aan hoe ze samenwerken. Ook ten aanzien van de onderwijskundige inrichting geldt in het model van Rietveld het primaat van de docent. De te formuleren vervangende minimumeisen, die veelal de gedaante zouden kunnen krijgen van ‘algemene beginselen van onderwijskwaliteit’, kunnen minder omvatten en globaler zijn dan de talloze thans geldende wettelijke deugdelijkheidseisen. Twee rechtsfiguren (ook door Rietveld genoemd) zouden bij uitstek gebruikt kunnen worden; de lerencoöperatie en de lerarenmaatschap.<sup>153</sup>

### 5.2.2 *Lerencoöperatie*

Een coöperatie is volgens artikel 2:53 BW ‘een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging, die zich blijkens de statuten ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten met hen in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen’.

Leden van een coöperatie kunnen verschillende rollen en hoedanigheden hebben. De leden zijn lid in verenigingsrechtelijke zin en eveneens leverancier of afnemer van de coöperatie. Daarnaast fungeren zij ook vaak als medefinancier. Soms zijn ze leverancier of afnemer, maar het kan ook gaan om de hoedanigheden lid-werknemer, -consument, -geldnemer of -verzekerde.<sup>154</sup>

Doelstelling van een lerencoöperatie is het organiseren van ruimte voor professionals, betrokkenheid van onderop en pedagogisch ondernemerschap.<sup>155</sup> Leraren kunnen zich

152 J.J.W.M. Rietveld, Emancipatie van de docent als sleutel tot deregulering, *School en Wet* 2006, nr. 1.

153 Zie ook Onderwijsraad, *Leraarschap is eigenaarschap*, par. 3.3.

154 R.C.J. Galle, *Handboek voor bestuurders en managers van verenigingen. De coöperatieve vereniging*, Tilburg 2003, p. 599-617.

155 E.H.E.E. Silvius, Pedagogisch ondernemerschap in de meest letterlijke zin van het woord. Over coöperaties van leraren in het onderwijs, *NTOR* 2005, nr. 2.

in principe rond diverse taken verenigen. Het gezamenlijke doel kan zijn het ‘van onderop’ besturen van een school, het verantwoordelijk zijn voor het onderwijsbeleid en voor de invulling van het onderwijs, het organiseren van de eigen professionele ontwikkeling of het ontwikkelen en vermarkten van nieuw lesmateriaal. De lerencoöperatie kan volgens sommigen<sup>156</sup> een wenkend perspectief bieden aan de beroepsgroep van leraren, omdat deze organisatievorm de leraren aanspreekt op hun professionaliteit, hen de uitdaging van het ondernemerschap biedt en hen ‘bevrijdt’ van de nog steeds groeiende bureaucratie en bestuurlijke interne en externe aansturing.

Een voorbeeld vormt de Vrije School in Utrecht, waarvan de bestuurlijke organisatie als volgt beschreven wordt.<sup>157</sup>

In deze lerencoöperatie zijn alle medewerkers van de school (ook de conciërge) lid van de coöperatie en daarmee (mede)eigenaar van de school. Zij bepalen – en zijn verantwoordelijk voor – het beleid van de school. In de algemene ledenvergadering wordt het beleid vastgesteld. Iedereen kan deelnemen aan de ALV. Deelname is niet verplicht. De schoolleider, die aangesteld is door de leraren, heeft beslissingsbevoegdheid op uitvoeringsniveau. De schoolleider en de facilitair medewerker vormen samen het bestuur (is het feitelijk bevoegd gezag). Het bestuur is verantwoordelijk voor de uitvoering van het vastgestelde beleid en bereidt het vast te stellen beleid voor (bereidt ook de ALV voor samen met de voorzitter van de ALV). Het bestuur is ook verantwoordelijk voor aanname en ontslag van personeel in dienst van de coöperatie. Het benoemen van personeel in vaste dienst heeft tevens de goedkeuring van de ALV nodig, omdat een vast dienstverband lidmaatschap van de coöperatie inhoudt en daar beslist de ALV over. De feitelijke aanname en ontslag zijn een taak van de schoolleider. Verder heeft de school een Raad van Toezicht, die adviserende bevoegdheden heeft en zonodig kan bemiddelen in geschillen.

### 5.2.3 *Lerarenmaatschap*

Het model van de lerencoöperatie wordt vaak vergeleken met dat van de maatschap, een organisatievorm die bij vrije beroepen gebruikelijk is. Een aantal jaren geleden is er dan ook een gedachte-experiment ontwikkeld waarin onder andere het vormen van maatschappen van leraren centraal stond.<sup>158</sup>

Wij vragen ons evenwel af of deze variant nog relevant is. Deze rechtsvorm – de maatschap – zal vermoedelijk geschrapt worden.<sup>159</sup> Het betreffende wetsvoorstel geeft de ‘openbare vennootschap’ als mogelijke alternatieve rechtsvorm. In die rechtsfiguur zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk (artikel 7:813 (nieuw) BW), of de vennootschap nu rechtspersoonlijkheid heeft of niet. Zulks vormt een behoorlijke verzwarende van de aansprakelijkheid, en zal vermoedelijk reden zijn om niet voor deze rechtsvorm te kiezen. Wij laten deze variant derhalve verder onbesproken.

156 S.J. Steen, Geef de leraar zijn beroep terug, *NTOR* 2004, nr. 2 en Onderwijsraad, *Leraarschap is eigenaarschap*, Den Haag 2007 (met name de modellen geschetst in par. 3.3).

157 Zie voor deze beschrijving I. Van der Neut, B. van Wolput, Q. Kools, *Positionering van docenten. Studie in opdracht van de Onderwijsraad*, Den Haag 2007 (te raadplegen op [www.onderwijsraad.nl](http://www.onderwijsraad.nl)).

158 A.H.G. Rinnooy Kan, R.J. in ‘t Veld en F. de Vijlder, *Bij de les!*, Amsterdam 2000.

159 Zie het wetsvoorstel personenvennootschappen, Kamerstukken 28 746.

### 5.3 Wettelijke regeling

In paragrafen 4.2 en 4.3 is een schets gegeven van de betekenis van de academische vrijheid en de bijbehorende bestuursstructuur in het hoger onderwijs. Artikel 1.6 Whw ('Aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen') waarborgt een zekere autonomie voor de docent in het hoger onderwijs. Daarnaast heeft deze waarborg althans voor het wetenschappelijk onderwijs nader handen en voeten gekregen in een bestuursstructuur die garanties bevat met het oog op de autonomie van de professional.

Sommige schrijvers bepleiten het opnemen van vergelijkbare waarborgen voor de andere onderwijssectoren. Zo stelt Pauwels dat de intellectuele vrijheid van de leraar moet kunnen gelden als rechtsbasis voor zijn recht op professionele autonomie.<sup>160</sup> Noorlander meent dat de interactie tussen leerling en leraar centraal dient te staan, en dat daaruit een speciale rol voor de leraar voortvloeit die gebaat is bij een zekere mate van onafhankelijkheid ten opzichte van de 'buitenwereld'.<sup>161</sup> Rietveld ten slotte pleit expliciet voor het transponeren van de in het hoger onderwijs geldende norm van de academische vrijheid naar de andere sectoren van het onderwijs.<sup>162</sup>

Uiteraard is het mogelijk om een norm analoog aan artikel 1.6 Whw in de andere onderwijswetten op te nemen. Te denken valt aan een bepaling luidend: 'Het bevoegd gezag neemt de onderwijskundige vrijheid in acht'. De vraag rijst dan wel, wat de betekenis van zo een norm is; en of niet de daadwerkelijke effectuering ervan staat en valt bij een daarop toegesneden bestuurlijke organisatie.

### 5.4 Collectieve afspraken in een professioneel statuut<sup>163</sup>

Een andere instrument om de professionele autonomie vast te leggen vormt een zgn. *professioneel statuut*, een door de sociale partners op te stellen beroepscode welke met het oog op het waarborgen van pedagogisch-organisatorische ruimte voor leraren de uitgangspunten formuleert die in het beleid van de onderwijsinstellingen in acht genomen moeten worden.<sup>164</sup> Een dergelijk statuut zou opgenomen kunnen worden in de CAO's, en vervolgens op school(bestuurs)niveau nader uitgewerkt dienen te worden.<sup>165</sup> De Algemene Onderwijsbond (AOB) heeft met het oog hierop een model van een Professioneel Statuut opgesteld.<sup>166</sup> Dit (model) Professioneel Statuut beoogt, met name door middel van toedeling van bevoegdheden/verantwoordelijkheden en procedurele waarborgen, een betere balans ten gunste van de professional te realiseren. Enkele relevante bepalingen uit dit (model) Professioneel Statuut luiden als volgt.

160 S. Pauwels, Hoe vrij of onvrij zijn leraren? Professionele autonomie en professionele paradox, in: P. Boekholt e.a. (red.), *Tweehonderd jaar onderwijs en de zorg van de staat*, Assen 2002, p. 280 e.v.

161 Noorlander, a.w., p. 102-103.

162 J.J.W.M. Rietveld, De vrijheid van de docent, *NTOR* 2006, p. 78.

163 Zie over deze materie ook de bijdrage van Brekelmans en Van Es in deze bundel.

164 Ten onrechte suggereert de Preambule van het AOB-model van een Professioneel Statuut dat een dergelijk statuut uitwerking geeft aan een – blijkbaar thans reeds bestaande – wettelijke zorgplicht voor professionele autonomie en professionele ruimte op alle onderwijsinstellingen. Een dergelijke zorgplicht geldt evenwel tot op heden alleen in het hoger onderwijs (artikel 1.6 Whw).

165 Zie hiertoe <http://aob.nl>.



Artikel 2 De autonomie in relatie tot de werkstructuur

- a. Leraren vormen een professionele gemeenschap.
- b. Professionaliteit zit altijd in de gezamenlijke opvattingen, waarden en standaards (de bekwaamheids-eisen van de wet BIO) van de beroepsgroep.
- c. Professionals stellen zich in een team collegiaal op; onderwijs geven is in hoge mate teamwerk.
- d. De verantwoordelijkheid voor het onderwijsproces, waaronder in ieder geval wordt begrepen de keuze van de leerstofinhouden, lesmethodes, werkwijzen, groeperingsvormen, ligt bij de professionele leerkracht samen met het team binnen de wettelijk vastgestelde eisen van toetsing en examinering.

Artikel 3 Besluitvorming/ taakbeleid/ verantwoordelijkheid

- a. De belangrijkste beleidsbepalende onderwijsdocumenten worden niet eerder vastgesteld in een onderwijsinstelling dan nadat de leraren zich daarover hebben uitgesproken.
- b. Leraren worden betrokken bij het taakbeleid en de personele samenstelling en aanvulling van hun werkeenheid/team.
- c. Leraren dragen de eindverantwoordelijkheid van het werk dat verricht wordt door lio's, stagiairs, onderwijsinstructeurs of klassenassistenten.

Artikel 6 De condities waaronder een docent moet werken

- a. De werkplek, de materiële, personele en ruimtelijke faciliteiten, het kunnen raadplegen van vakliteratuur en vakgenoten dient in overeenstemming te zijn met wat het beroep van leraar vraagt.
- b. Het peil van de voorzieningen voor onderwijsmedewerkers en leerlingen/studenten moet verbonden zijn met de kwaliteitseisen die aan het onderwijs gesteld kunnen worden.
- c. De organisatie van de school moet het professioneel werken ondersteunen.
- d. Bij klachten over het onderwijsproces wordt de groep leraren een oordeel gevraagd.
- e. Bij conflicten (over bejegeningaspecten) met leerlingen/studenten, met ouders, krijgt de docent voldoende ondersteuning. Ingediende klachten worden zo snel mogelijk aan de betreffende leraar overhandigd.
- f. De leraar is naast professional ook werknemer: hij/zij zal zich gedragen als een goed werknemer en is verplicht zich te houden aan de aanwijzingen door het management van de organisatie, met het oog op een effectieve en efficiënte schoolorganisatie.

Interessant is daarnaast dat het (model) Professioneel Statuut de aanbeveling doet om te komen tot een vertegenwoordiging van de professionele gemeenschap in de vorm van een senaat, een onderwijscommissie of een adviesraad (artikel 1); en een geschillenregeling aanduidt voor conflicten over (de omvang van) het professionele domein (artikel 8).

## 5.5 Afspraken bij overeenkomst/convenant

Mogelijk zou de overeenkomst / het convenant een nuttige bijdrage kunnen leveren bij het waarborgen van de autonomie van de professional. Huisman bepleit een grotere rol voor dit instrument in het onderwijsrecht en -beleid.<sup>167</sup> De huidige governance-discussie in het onderwijs is volgens hem ontaard in een machtsspel tussen besturen(organisa-

166 Zie [www.onderwijsbond.nl](http://www.onderwijsbond.nl)

167 P.W.A. Huisman, De overeenkomst als modern instrument van ordening in het onderwijs, *NTOR* 2006, nr. 1.

ties) enerzijds en professionals/ouders anderzijds, waarbij de politiek nu eens de ene, dan weer de andere partij van wettelijke instrumenten voorziet. De overheid treedt aldus niet echt terug, maar blijft zich bemoeien met bestuur en inhoud van het onderwijs. Daarentegen kan de overeenkomst/het convenant partijen op een zo decentraal mogelijk niveau bij elkaar brengen en leren na te denken over gezamenlijke oplossingen. In het concrete geval zou het kunnen gaan om een overeenkomst/convenant – bijvoorbeeld als aanvulling op de arbeidsovereenkomst of de akte van aanstelling – waarbij wederzijdse rechten en plichten van de werkgever en werknemer, van bevoegd gezag en onderwijsgevende worden benoemd. Een dergelijk(e) overeenkomst/convenant zou dan met name de afspraken ten aanzien van het functioneren van de onderwijsgevende en de bijdrage ter zake van de werkgever moeten betreffen.<sup>168</sup> Door de werkgever zou in dat kader verplichte en permanente scholing kunnen worden verlangd.<sup>169</sup> De wetgever staat dit model voor ogen als het gaat om het onderhouden van de bekwaamheidseisen; de afspraken daarover zouden in de arbeidsovereenkomst vastgelegd kunnen worden, aldus de minister.<sup>170</sup>

### 5.6 Vermindering van het overheidstoezicht, versterking beroepsgroep

Een laatste mogelijkheid is tenslotte de beroepsgroep ruimte te geven om te sturen op de bekwaamheidseisen en toezicht te houden op het functioneren van leraren. De Onderwijsraad stelt dat de beroepsstandaarden nu te versnipperd tot stand komen via te veel verschillende partijen: wetgevers (formele wetgever, regering), de Stichting Beroepsbekwaamheid Leraren (SBL), de inspectie, en voor een – beperkt – gedeelte via hun uitspraken ook klachtencommissies en rechters.<sup>171</sup>

Beroepsverenigingen van leraren zouden volgens de Onderwijsraad, in navolging van de verenigingen voor advocaten en medici, bepaalde bevoegdheden moeten hebben om de kwaliteit van de beroepsgroep op peil te houden. Het zou daarbij moeten gaan om de beoordeling of een leraar al dan niet aan de door de beroepsgroep opgestelde professionele ‘standaard’ voldoet.<sup>172</sup> Doorredenerend zou dan als sluitstuk beroepstuchtrecht en een door de beroepsgroep te bewaken register van bevoegde leraren in te voeren zijn.<sup>173</sup> Tuchtrechtspraak en register kunnen onderwijsgevendens duidelijkheid verschaffen over de grenzen van hun professionele verantwoordelijkheden. Ook kunnen aldus ‘zwarte schapen’ (bijvoorbeeld veroordeelde zedendelinquenten) uitgesloten worden van het beroep.

168 Zie ook het Onderwijsraadadvies *Leraarschap is eigenaarschap*, Den Haag 2007.

169 Een permanente beroepsopleiding is uiteraard niet in strijd met het verbod op dwangarbeid, ABRvS 24 april 2002, LJN: AE1814. Het ging hier om de beroepsopleiding voor advocaten.

170 Kamerstukken II 2001/02, 28 088, nr. 5, p. 43.

171 *Leraarschap is eigenaarschap*.

172 Vgl. het systeem in Schotland. Daar is de General Teaching Council for Scotland actief in het ontwikkelen en bewaken van de professionele standaard. De Council houdt ook een register bij en kan eventueel leraren schrappen uit het register.

173 In andere sectoren, zoals de jeugdzorg, voltrekt zich ook een dergelijke ontwikkeling.

Het wettelijk geregelde tuchtrecht voor de beoefenaren van de zogenaamde vertrouwensberoepen (arts, advocaat, notaris) heeft een eigen karakter tegenover het privaatrechtelijk verenigingstuchtrecht enerzijds en het economisch en militair tuchtrecht anderzijds.<sup>174</sup> Bij het privaatrechtelijk verenigingstuchtrecht staan de particuliere belangen van de vereniging als organisatie van een bepaalde, op basis van vrijwilligheid tot stand gekomen groep centraal; het tuchtrecht heeft daarbij ten doel de vereniging te beschermen tegen inbreuken door de leden op het verenigingsbelang. Openbare belangen zijn hierbij doorgaans niet betrokken. In het economisch en militair tuchtrecht ontbreekt daarentegen het privaatrechtelijk element vrijwel geheel, en domineert het publiekrechtelijke karakter.

Het tuchtrecht voor de vertrouwensberoepen ligt tussen deze beide soorten tuchtrecht in. Het openbaar belang bij de goede uitoefening van deze beroepen komt tot uitdrukking in de publiekrechtelijke toelatingsregels, die beogen te waarborgen dat de beoefenaars van deze beroepen tenminste voldoen aan geobjectiveerde minimumstandaarden van kennis en deskundigheid. Voor de uitoefening van het beroep zelf schieten in het algemeen de geldende strafrechtelijke voorschriften immers tekort. Daarom is de wetgever overgegaan tot een wettelijke regeling van het tuchtrecht voor de vertrouwensberoepen, waarbij het openbaar belang bij een goede beroepsuitoefening daarvan centraal staat.

De leraar zou op één lijn kunnen worden gesteld met andere vertrouwensberoepen zoals artsen en advocaten. Dit zou dan betekenen, dat eventuele tuchtrechtspraak op een zelfde wijze van toepassing zou kunnen zijn; in het onderwijs zijn immers nu ook minimumstandaarden van kennis en kunde van toepassing. Het openbare belang van goede beroepsuitoefening zou de wetgever kunnen aangrijpen om ook hier tuchtrechtelijke regelingen in te voeren.

Deze gedachtegang is in lijn met de opvatting van Brekelmans en Van Es<sup>175</sup>, die van mening zijn dat de beoordeling inzake het wel of niet voldoen aan competenties niet in de handen van de werkgever moet worden gelegd, maar in handen van de leraren/collega-professionals. Bij een geschil moet het de beroepsgroep zijn die een beslissing kan nemen. De beroepsvereniging zou aldus ook als geschillencommissie of mediator kunnen optreden in conflicten tussen bevoegd gezag en leraren.

## 5.7 Beoordeling van de verschillende alternatieven

Welke van de bovengenoemde alternatieven zijn nu zinvol, uitvoerbaar en juridisch aanvaardbaar? We lopen ze achtereenvolgens langs.

### 5.7.1 De lerarencoöperatie: te riskant?

Biedt de (totale) *opting out* – de lerarencoöperatie – nu een model dat serieus in overweging moet worden genomen? Wij verwachten dat slechts een zeer beperkt aantal leraren een dergelijke stap zal willen en durven zetten. Er zijn daarenboven ook lichtere (hierna

174 *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht*, rapport van de werkgroep tuchtrecht, Den Haag 2006, p. 10.

175 F.H.J.G. Brekelmans, M. van Es, Een wet voor de werkgever of voor de leraar? *School en Wet* 2007, nr. 2, p. 12.

te bespreken) varianten waarin de professionele autonomie evenzeer gewaarborgd kan worden – minder riskante varianten, waarin de nadruk ligt op een grotere greep van de leraren op de onderwijsinhoud en de didactiek, terwijl de organisatiestructuur intact blijft.

Lerencoöperaties bieden natuurlijk de mogelijkheid belangen op een evenwichtige en gestructureerde manier op elkaar af te stemmen. In de ledenvergadering kunnen besluiten worden genomen, waarbij niet alleen de belangen van het personeel, maar ook van ouders en leerlingen en wellicht andere betrokkenen rondom de school betrokken kunnen worden. Er zijn evenwel ook nadelen. Er kan bijvoorbeeld veel overlegtijd mee gemoeid zijn, dat ten koste gaat van het primair proces. En niet alle belanghebbenden zullen willen overleggen of participeren.

Bovendien kleven aan de coöperatie mogelijk juridische problemen. Zo kan het wettelijk vereiste van het ‘voorzien in een stoffelijke behoefte van haar leden’ (artikel 2:53 lid 1 BW) op gespannen voet staan met het vereiste van het opereren ‘zonder winstoogmerk’ in artikel 55 Wpo/artikel 49 Wvo). Verder moet nagedacht worden over de verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid van de lerencoöperatie ten aanzien van de kwaliteit van het onderwijs. Kan deze verantwoordelijkheid bijvoorbeeld bij (coöperatie)overeenkomst worden overgedragen aan de leraren? Wat te doen als de inspectie constateert dat de kwaliteit van het onderwijs onder de maat is, moet dan de overeenkomst tussen de lerencoöperatie en de school ontbonden worden? Kunnen de individuele leraren als coöperatielid worden aangesproken voor wanprestatie? De mogelijke juridische risico's zullen deze vorm waarschijnlijk nogal onaantrekkelijk maken.

#### 5.7.2 *Een wettelijke regeling: niet passende juridisering en isolering?*

Het lijkt op voorhand geen slecht idee om een wettelijke norm analoog aan artikel 1.6 Whw in de andere onderwijswetten op te nemen. Te denken valt aan een bepaling luidend: ‘Het bevoegd gezag neemt de onderwijskundige vrijheid in acht’. De vraag rijst dan wel, wat de praktische betekenis van zo een norm is. Het komt ons voor, dat de daadwerkelijke effectiviteit van het door de norm beschermde principe in het universitaire onderwijs aanzienlijk is vanwege de op de academische vrijheid toegesneden bestuurlijke organisatie, in de vorm van een federale bestuursstructuur in combinatie met toedeling van eigenstandige bevoegdheden aan de professional (paragraaf 4.3).

Het is ons inziens zeker niet onmogelijk een vergelijkbare structuur in te voeren in hoger beroepsonderwijs. De vraag is evenwel, of invoering van een federale structuur en wettelijke attributie van bevoegdheden van docenten ook in de andere onderwijssectoren mogelijk en zinvol is. Vermoedelijk is dat niet het geval. Allereerst is er in die sectoren veelal sprake van een bescheiden schaalgrootte die een gelaagde structuur vergelijkbaar met die van een universiteit niet rechtvaardigt. Vervolgens is het zo, dat de kerndoele, eindexamenmaatstaven, eindtermen e.d. in het primair, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs anders dan in het hoger onderwijs niet door de aan de instelling werkzame professionals geformuleerd worden, maar door de centrale overheid. Tenslotte is relevant, dat in ieder geval in het primair en voortgezet onderwijs de vrijheid van richting en inrichting – veel sterker dan in de andere sectoren – een dominante rol spe-

len en de wetgever verplichten tot grote terughoudendheid ten aanzien van de interne organisatie van de instelling.

Het in algemeen-abstracte wettelijke bepalingen vastleggen van autonome bevoegdheden van de leraren in het primair, voortgezet en beroepsonderwijs staat daarenboven op gespannen voet met de wens tot minder regulering en meer maatwerk op schoolniveau. Een meer principieel bezwaar tegen de formulering van een wettelijk gewaarborgde, afgescheiden positie van de leraar is de isolerende en juridiserende werking daarvan. De suggestie is, dat de leraar een autonome eenling met individuele rechten is. Een dergelijke suggestie staat haaks op de vaststelling, dat het onderwijsproces in vergaande mate een collectieve aangelegenheid en verantwoordelijkheid is. Zij is ook niet goed te verenigen met de ideale situatie waarin een onderwijsinstelling een gemeenschap vormt, niet een optelsom van onafhankelijke individuen.<sup>176</sup> Met andere woorden, de leraar maakt onderdeel uit van een complex netwerk. Het is problematisch hem middels het toekennen van een autonome sfeer een positie toe te kennen los van dat netwerk.

#### 5.7.3 *Professioneel statuut: juridisering, medezeggenschapsdoublure?*

Betere papieren heeft ons inziens het professioneel statuut. Een statuut kan gezien worden als een vorm van zelfregulering, waarmee mogelijk een zekere demarcatie van verantwoordelijkheden bewerkstelligd kan worden die de professionele autonomie beschermt. In de praktijk zal het element van zelfregulering evenwel beperkt zijn. Verwacht mag worden dat het professioneel statuut in de vorm van een model opgesteld zal worden door de landelijke organisaties (vakbonden en werkgeversorganisaties). Bovendien komt een professioneel statuut toch – net als overheidsregulering – neer op een vorm van juridisering die lastig in te passen is in het in de vorige paragraaf naar voren gebrachte gemeenschapsideaal. Voorzover het professioneel statuut neerkomt op procedurele inspraakrechten van een vertegenwoordiging van de professionals (senaat, onderwijscommissie, adviesraad)<sup>177</sup> is er bovendien het risico van overlap van medezeggenschapsregimes: een dergelijke vertegenwoordiging komt dan al snel in het vaarwater van de medezeggenschapsraad.

#### 5.7.4 *Overeenkomst: minder democratisch en niet realistisch?*

Het voordeel van overeenkomsten boven een (wettelijk) vastgelegd statuut en een door sociale partners opgesteld professioneel statuut, is dat (individuele) partijen jegens elkaar expliciet hun wensen kenbaar kunnen en moeten maken, moeten onderhandelen en verantwoordelijkheid moeten nemen. Met andere woorden: het is een *activerend* instrument dat dwingt tot participatie. Beroepsbeoefenaars (al dan niet in teamverband) worden daarmee meer eigenaar van het onderwijsproces, hetgeen dan evenwel tegelijkertijd een verantwoordelijkheid vestigt ten aanzien van dit 'eigendom'.

<sup>176</sup> Zie nader paragraaf 5.8. We wijzen er op dat deze gemeenschapsgedachte ook aan het universitair onderwijs niet vreemd is. Daarin is – ondanks de stevige posities van de individuele hoogleraar en examinator – het gevoel sterk dat de faculteit of de opleiding een eenheid vormt, welke het resultaat is van collectieve inspanningen. De decaan is bij uitstek de symbolisering van die eenheid en collectiviteit.

<sup>177</sup> Hetgeen het AOB-model voorstelt, zie paragraaf 5.4.

Vanzelfsprekend zijn er ook nadelen aan verbonden. Wetten (en ook een statuut/reglement op landelijk of bestuursniveau) hebben een algemeen karakter en gelden dus voor ieder die onder het bereik van de regels valt. Contracten binden slechts de partij met wie een contract is aangegaan. De sturingsmogelijkheden en de democratische controle zijn als gevolg daarvan minder. De vaststelling en de handhaving zijn mede afhankelijk van de toestemming van de wederpartij binnen de school en niet het resultaat van een min of meer democratisch besluitvormingsproces dat voor alle betrokkenen binnen de school gaat gelden. Ten slotte is het überhaupt de vraag of dergelijke overeenkomsten tot stand zullen komen. Vooronderstelling is een grote mate van inzet van de zijde van individuele leraren of groepjes van leraren om de door hen gewenste pedagogisch-didactische autonomie aldus af te dwingen en vast te doen leggen. Maar in het algemeen zal die inzet en bereidheid er pas zijn als er juist omtrent de omvang van die autonomie een conflict is ontstaan.

#### 5.7.5 *Beroepsvereniging en tuchtrect: juridisering en strijdig met de Grondwet?*

Artikel 23 lid 2 Grondwet veronderstelt dat de overheid een verantwoordelijkheid heeft als het gaat om het toezicht op de kwaliteit van de leraren in het primair en voortgezet onderwijs, en de met het oog op die kwaliteit te stellen minimumeisen. Natuurlijk laat de letter van de grondwetsbepaling de lezing toe, dat het onderzoek naar de bekwaamheid van de onderwijsgeevenden (klaarblijkelijk aan de hand van door de wetgever te stellen eisen) slechts aan de orde is voor bij de wet aangewezen vormen van onderwijs, en dat het de wetgever vrijstaat het primair en voortgezet onderwijs niet meer 'aan te wijzen' als vormen van onderwijs waar die onderzoeks- en reguleringsplicht voor geldt. Maar het is moeilijk voorstelbaar dat de grondwetgever werkelijk de mogelijkheid voor ogen heeft gehad dat de overheid geen wettelijke kwaliteitseisen aan de leerkrachten in het leerplichtig onderwijs zou stellen. Een norm als de tweede volzin van artikel 23 lid 6 Grondwet veronderstelt juist dat de overheid ter zake wettelijke deugdelijkheidseisen stelt – maar daarbij alleen wel de vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs moet eerbiedigen. De beroepsstandaarden ten aanzien van het ambt van leraar in het primair en voortgezet onderwijs kunnen naar ons bescheiden oordeel dan ook niet volledig bepaald worden door de beroepsgroep zelf zijn, maar moeten ten minste ten dele worden vastgesteld in wettelijke kaders (zoals de huidige Bio-wet). De beroepsvereniging zal dus slechts kunnen opereren binnen een door de wetgever gegeven kader.

Ten aanzien van deze sectoren dient de overheid (inspectie) tevens een toezichthoudende rol te behouden: artikel 23 lid 2 Grondwet laat ons inziens niet toe dat die rol geheel opgegeven wordt. Een stelsel waarin professionals alleen door professionals beoordeeld worden kan bovendien leiden tot afscherming van de buitenwereld (inclusief ouders en leerlingen) en monopolisering.<sup>178</sup>

<sup>178</sup> F. Mertens, Bewijzen van goede dienstverlening, commentaar op een WRR-rapport, *NTOR* 2005, nr. 2, p. 63-78.

Wij vragen ons daarbij tevens af, of tuchtrecht in het onderwijs een meerwaarde kan bieden voor de ontwikkeling van de beroepsstandaard, of dat er enkel sprake zal zijn van een toenemende juridisering van verhoudingen. Wij vrezen dat laatste. Nog afgezien van het feit dat het een hele toer zal zijn om maatstaven te ontwikkelen voor de concrete disciplinaire beoordeling van didactisch handelen, zullen tuchtrechtelijke uitspraken ongetwijfeld leiden tot risicomijdend gedrag en verdere standaardisering in de vorm van protocollen, zoals thans in de medische sector het geval is.<sup>179</sup> Ons inziens echter heeft de professional in het onderwijs vooral behoefte aan ruimte, en kan de beoordeling aan de maatstaven van 'goed leraarschap' het beste plaatsvinden binnen de setting en door de instantie waar hij dagelijks mee te maken heeft: de school waar hij werkt. Hierin verschilt het optreden van de onderwijsgevende (veelal in teamverband) sterk met het optreden van andere beroepsbeoefenaars bij wie wel tuchtrecht van toepassing is, zoals advocaten en artsen.<sup>180</sup> Advocaten en artsen – veelal zelfstandigen – opereren in sterke mate in een relatie waarbij *individuele* dienstverlening aan de orde is en waarin een eventuele wanprestatie eerder toegeschreven kan worden aan de individuele professional. In een onderwijssetting is dat veel minder het geval. Daar is veelal toch sprake van een door een collectief (team) te leveren prestatie. Bovendien is daarbij steeds ook sprake van een wisselwerking: ook de inspanning van de leerling of student is immers een belangrijke (volgens sommigen de belangrijkste) factor! Voor de gevallen ten slotte waarin de leraar evident niet voldoet aan de maatstaven van een 'redelijk handelend professional' kunnen klachtencommissies en/of rechters al in voldoende mate een toetsende rol vervullen.

### 5.8 Naar een professioneel statuut op landelijk niveau en een regeling/'overeenkomst' op schoolniveau

Het zal de lezer wellicht niet verrassen dat de auteurs van dit preadvies – staflid respectievelijk lid van de Onderwijsraad – het uitgangspunt van deze raad delen, dat de school idealiter een sociaal verband – een onderwijsgemeenschap – is, waarbinnen alle partijen in belangrijke mate parallelle belangen hebben.<sup>181</sup> Wanneer de professionele oriëntatie zich verenigt tot een geïsoleerde vorm, waarbij de leraar zich beroepend op zijn autonomie terugtrekt in de klas en/of het eigen vakgebied, is er sprake van een te beperkte invalshoek. Veeleer is er behoefte aan een professionele oriëntatie waarbij leraren functioneren als actief lid van de schoolorganisatie, de activiteiten in de eigen klas/groep relateren aan het beleid en de doelen van de school en naast het lesgeven ook betrokken zijn bij vakoverstijgende onderwijsontwikkeling en andere activiteiten binnen de school. In het advies *Duurzame onderwijsrelaties* (2006) heeft de raad naar voren gebracht dat 'doorzettingsmacht', 'reële invloed' en informatieplichten ten gunste van de ene of de andere partij lang niet in alle gevallen het probate middel is om het uiteindelijke doel te bereiken, te weten dat de betrokken beroepsbeoefenaars in teamverband én als individu goede prestaties leveren.

<sup>179</sup> Voor een bespreking van de positie van de medische professional verwijzen we naar het referaat van Buijssen in deze bundel.

<sup>180</sup> Zie Buijssen, a.w., over de autonomie van de arts.

<sup>181</sup> Onderwijsraad, *Wetsvoorstellen modernisering medezeggenschap*, Den Haag 2002, *Waardering voor hoger onderwijs*, Den Haag 2005, p. 25-27; *Onderwijsspecifieke medezeggenschap*, Den Haag 2006; *Leraarschap is eigenaarschap*, Den Haag 2007.

Bovendien: de instelling moet bestuurbaar blijven, en dat kan niet als er meerdere kapi-teins aan het stuur zijn, of als er aan de lopende band verantwoording, goedkeuring of overleg moet plaatsvinden.

Als we er van uit gaan dat iedereen binnen die gemeenschap dezelfde missie (bijvoorbeeld neergelegd in de statuten en het schoolplan) onderschrijft en met het aangaan van de arbeidsrelatie kenbaar heeft gemaakt een duurzame band na te streven is deze duurzaamheid gebaat bij wederkerigheid. Aan de ene kant hebben leraar en team binnen die wederkerige relatie legitieme aanspraken op een bepaalde 'invloedsvrije' sfeer, een zekere 'vrijheid van inrichting' bij het geven onderwijs en de ontwikkeling daarvan. Zij hebben die ruimte nodig om hun verantwoordelijkheid voor het vak te kunnen waarmaken, en daaruit de zo nodige inspiratie te kunnen putten.

Wederkerigheid betekent echter tevens dat de beroepsbeoefenaars niet alleen aanspraken hebben, maar ook plichten. De schoolleiding mag hen daarop aanspreken. Leerkrachten moeten bij de uitvoering van hun werkzaamheden, ook waar het de 'kern' van het pedagogisch proces (onderwijzen, begeleiding, beoordelen) en hun competenties betreft, verantwoording afleggen. Die verantwoording moet voldoen aan basale eisen, zoals inzicht in de gevolgde werkwijze, een zekere planmatigheid van werken, een gemotiveerde en transparante beoordeling van leerlingen en uiteindelijk ook adequate leeropbrengsten. Vanzelfsprekend zal de leraar zijn handelen moeten afstemmen op afspraken die binnen de school en het team gelden.

Zulke afspraken zouden de pedagogisch-didactische ruimte en bijbehorende verantwoordingsplichten dienen te bestrijken: welke aanwijzingen kan het bevoegd gezag geven, hoe voeren we bepaalde onderwijskundige vernieuwingen in, hoe beoordelen we ieders functioneren als individu en als team, welke onderdelen liggen binnen de autonomie van individu of team etc.

Dergelijke afspraken komen niet vanzelf tot stand (paragraaf 5.7.4). Daartoe zou een aansporing in de CAO's nuttig zijn (paragraaf 5.7.3). Deze zouden slechts de contouren van een professioneel statuut moeten schetsen, en de opdracht moeten bevatten om die globale beleidslijnen in concrete afspraken op schoolniveau<sup>182</sup> – in het schoolplan (artikel 12 Wpo; artikel 24 Wpo) – vast te leggen. Uiteraard in lijn met de visie dat de school een sociaal verband – gemeenschap – dient te zijn zal dit schoolplan de instemming moeten verwerven van de medezeggenschapsraad (artikel 10 sub b Wms). We benadrukken dat het daarbij dient te gaan om de medezeggenschapsraad in al zijn geledingen,<sup>183</sup> niet alleen bestaande uit personeel maar ook uit ouders/leerlingen/studenten.

## 5.9 Stellingen

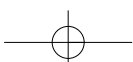
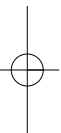
We sluiten af met enkele stellingen, die mogelijk in de discussie aan de orde zouden kunnen komen.

<sup>182</sup> Dergelijke afspraken binden de individuele leraar, zie Commissie van beroep protestants-christelijk onderwijs voortgezet en hoger beroepsonderwijs 8 juni 1995, zaak 95/05.

<sup>183</sup> In zoverre onderschrijven wij dus niet de gedachtegang van Brekelmans en Van Es (zie paragraaf 4 van hun bijdrage aan deze bundel), dat de zeggenschap inzake deze materie uitsluitend bij de leraren zou moeten berusten.



1. De fundamentele rechten neergelegd in verdragen, Grondwet en AWGB bieden geen juridische grondslag voor een aanspraak op professionele autonomie van de leraar.
2. Het waarderingskader van de inspectie voor zover het de bekwaamheid van de leraar betreft kan vervallen.
3. De pedagogische autonomie van de leraar is in zijn relatie ten opzichte van leerlingen/ouders en studenten voldoende gewaarborgd.
4. Een in de onderwijswetgeving neergelegde waarborg voor de pedagogische vrijheid van de leraar ten opzichte van het bestuur/management heeft alleen daadwerkelijke betekenis als deze vrijheid nader gestalte krijgt in de vorm van een gelaagde bestuursstructuur met aan de decentrale niveau's geattribueerde bevoegdheden (vgl. de regeling van de universitaire bestuursorganisatie).
5. Voor het hoger beroepsonderwijs kan uitwerking van een beginsel van pedagogische vrijheid in de vorm van een federale bestuursstructuur en aan decentrale instanties en personen toegedeelde bevoegdheden mogelijk zinvol zijn. Een dergelijke uitwerking is evenwel niet geschikt voor het primair en voortgezet onderwijs, en moeilijk te verenigen met de vrijheid van inrichting.
6. Een lerarencoöperatie is een sympathieke gedachte, maar heeft juridisch en praktisch geen meerwaarde.
7. De beroepsvereniging mag gezien artikel 23 lid 2 Grondwet geen volledige zeggenschap hebben over de bekwaamheidseisen van leraren in het leerplichtig onderwijs; de wetgever zal ter zake de hoofdlijnen moeten vaststellen.
8. Een wettelijk geborgde positie voor de individuele leraar isoleert zijn positie teveel en doet afbreuk aan de idee van een school als gemeenschap.
9. Een 'lerarentuchtrecht' heeft geen toegevoegde waarde.
10. De juridische borging van de pedagogische autonomie van de leraar is het beste te regelen in het schoolplan, dat de uitwerking vormt van een globaal geformuleerd landelijk professioneel statuut, en waarover alle geledingen in de school middels de medezeggenschapsraad hun oordeel hebben kunnen geven.
11. Een belangrijke oorzaak van de 'schoolstrijd' tussen management en professionals is gelegen in de tekortschietende financiering van het onderwijs. Daardoor is het management genoodzaakt tot efficiencymaatregelen die de onderwijskundige condities waaronder de professional tot zijn recht kan komen aantasten.



## De Wet op de beroepen in het onderwijs (Wet BIO)

mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans en mevrouw mr. M. van Es

*'I have come to believe that a great teacher is a great artist and that there are as few as there are any other great artists. Teaching might even be the greatest of the arts since the medium is the human mind and spirit.'* (John Steinbeck)

Deze bijdrage gaat over de in 2004 gepubliceerde Wet op de beroepen in het onderwijs (Wet BIO)<sup>1</sup> en het op deze wet gebaseerde Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel<sup>2</sup> (Wet en Besluit zijn tegelijkertijd op 1 augustus 2006 in werking getreden). In deze bijdrage geven we een korte beschrijving van de hoofdthema's die tijdens de parlementaire behandeling van de wet centraal stonden<sup>3</sup>. Bij de thema's plaatsen we enkele kanttekeningen. Voor een uiteenzetting van de systematiek van de Wet BIO, aan de hand van de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo), verwijzen we naar ons artikel 'Een wet voor de werkgever of voor de leraar? De wet op de beroepen in het voortgezet onderwijs'. Het artikel is met het preadvies meegezonden.<sup>4</sup>

De volgende thema's die in het kader van de Wet BIO van belang zijn komen aan de orde. In de eerste plaats is dat het streven gericht op autonomie/deregulering en het arbeidsmarktbeleid (paragrafen 1 en 2). Vervolgens komt aan bod de vraag of de Wet BIO en het genoemde Besluit in strijd zijn met artikel 23 Grondwet (paragraaf 3). Daarna bespreken we de positie van de leraar en in relatie hiermee plaatsen we ook enkele opmerkingen over het register (paragrafen 4 en 5). Tot slot komt de positie van de beroepsgroep aan bod (6).

We beperken ons in dit preadvies tot de leraar, omdat alleen voor deze categorie wettelijke bekwaamheidseisen zijn geregeld. Bij de beschrijving van de genoemde onderwerpen gaan we niet in op het in 2007 verschenen advies van de Onderwijsraad *Leraarschap is eigenaarschap*. De thematiek van dit advies komt uitvoerig aan de orde in het preadvies van Huisman en Vermeulen. Het in september 2007 verschenen advies *LeerKracht!* van de Commissie Leraren (de commissie Rinnooy Kan) komt voorzover van belang aan de orde.

### 1. Autonomiebevordering/deregulering

Het overheidsbeleid is al jaren gericht op autonomiebevordering en deregulering. Deregulering wordt niet als doel op zich beschouwd, maar wordt gezien als middel dat ten dienste staat om de kwaliteit en toegankelijkheid van het onderwijs te bevorderen. Op

1 Staatsblad 2004, 344.

2 Staatsblad 2005, 460.

3 Kamerstukken II 28 088, in het bijzonder de nrs. 3, 5 en 8.

4 *School en Wet* 2007, nr. 2, p. 5 e.v.

grond hiervan is een proces in gang gezet dat startte vanuit een situatie met regelgeving die weinig ruimte liet voor eigen keuze op schoolniveau. Het proces moet uiteindelijk resulteren in een situatie waarin de regelgeving zo is dat scholen die keuzen kunnen maken die nodig zijn om leerlingen optimaal te laten presenteren. De overheid stelt kwaliteitsnormen die ruimte moeten laten voor scholen. Die normen stellen inhoudelijke eisen aan het onderwijs (zoals kerndoelen), aan de beroepskwaliteit van hen die in dat onderwijs een belangrijke rol vervullen (bekwaamheidseisen) en aan onafhankelijk toezicht.

Voor de inwerkingtreding van de Wet BIO hadden de kwaliteitseisen die voor leraren golden de vorm van bevoegdheidseisen. Deze eisen lagen vast in verschillende wetten en er bestonden vele uitzonderingen op. Het geheel was een zeer omvangrijke regelgeving, die vaak tot onduidelijkheid leidde. De deregulering wordt, aldus de Memorie van Toelichting, door de Wet BIO bevorderd doordat de wet een einde maakt aan de zeer uitgebreide en verfijnde lijsten met bewijzen van bekwaamheid (die leiden tot een bevoegdheid) waarover de leraar voor bepaalde vakken moet beschikken.

De bevoegdheidseisen waren met name operationeel bij de toegang tot het beroep. Wie niet aan de eisen voldeed, was niet benoembaar. Wie er wel aan voldeed, was benoembaar maar werd niet door de regelgeving verplicht om zijn bekwaamheid te onderhouden.<sup>5</sup> Dit betekende overigens niet dat de werkgever bovenop de bevoegdheidseisen geen eisen mocht stellen.

In de Wet BIO staat dat er bekwaamheidseisen worden vastgesteld voor leraren. De wet bepaalt dat de bekwaamheidseisen zijn gericht op het handelen in het onderwijsleerproces, het algemeen professioneel handelen en het werken binnen een onderwijsorganisatie. Zij omvatten in elk geval op grond van de wet eisen ten aanzien van (a) pedagogisch-didactische kennis, inzicht en vaardigheden, en (b) vakbekwaamheid. Deze twee dwingende bepalingen zijn uitgewerkt in het Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel, door middel van criteria die zien op vereiste competenties.

De bekwaamheidseisen zijn minimumeisen. Het is aan de werkgever en de werknemer om de bekwaamheid op peil te houden. De Wet BIO gaat dus uit van het zelfregulerend vermogen van de onderwijsinstelling. De vormgeving van dat onderhoud is vooral een verantwoordelijkheid van het onderwijsveld zelf en niet in de eerste plaats van de centrale overheid. Het is niet de overheid die voorschrijft op welke wijze de leraar zijn bekwaamheid op peil dient te houden.

## 2. Arbeidsmarktbeleid

De Wet BIO is ook gerelateerd aan het arbeidsmarktbeleid. Met name beoogt deze wet iets te doen aan het aankomend tekort van leraren. De Wet BIO biedt de werkgever door

5 Zie voor een beschrijving van de bevoegdheden vóór de inwerkingtreding van de Wet BIO: F.H.J.G. Brekelmans en M. van Es, *Welke (toekomstige) werknemer is bevoegd les te geven in het vmbo, praktijkonderwijs en het voortgezet onderwijs in het algemeen? Een handreiking voor werkgevers en (toekomstige) werknemers*, Utrecht/Den Haag 2003. Deze handreiking is in opdracht van het ministerie van OCenW geschreven.

middel van doorstroommogelijkheden en verbreding van de bekwaamheidseisen meer ruimte te bieden om de tekorten op zijn instelling aan te pakken.

Het vastleggen van de bekwaamheidseisen in de Wet en het Besluit in termen van competenties van beroepsbeoefenaren maken het doorstromen tussen de verschillende functies mogelijk. Als de competenties van bijvoorbeeld de technisch onderwijsassistent en leraar zijn vastgelegd, is het gemakkelijk te beoordelen welke competenties moeten worden ontwikkeld om van technisch onderwijsassistent naar de functie van leraar te kunnen groeien.

Maar ook de keuze van de wetgever voor brede bekwaamheidseisen voor het beroep van leraar geeft het gericht zijn op de arbeidsmarkt treffend aan. Verbreding van bekwaamheidseisen vergroot namelijk de inzetbaarheid van de leraar. De bekwaamheidseisen zijn zo geformuleerd dat er ruimte is voor scholen en opleidingsinstituten om langs verschillende wegen op te leiden voor leraar. Het spreekt voor zich dat de leraar wel over een getuigschrift dient te beschikken.

Niet alleen de arbeidsmarkt is bepalend voor de keuze van brede bekwaamheidseisen, maar er zijn ook belangrijke pedagogisch-didactische redenen om de inzetbaarheid van leraren te verbreden. Dit geldt met name in de onderbouw van het voortgezet onderwijs. Een belangrijke reden hiervoor is, dat er bij een brede inzetbaarheid minder verschillende gezichten voor de klas komen en vorming van kernteams kan plaatsvinden. De keuze voor brede inzetbaarheid betekent wel dat leraren bekwaam moeten zijn onderwijs te verzorgen in verschillende vakken of vakgebieden.

De verbreding wordt mogelijk gemaakt doordat de Wet BIO ervan uit gaat dat wanneer de leraar eenmaal een startbekwaamheid voor het onderwijs heeft gehaald, hij over een stevige basis van pedagogisch-didactische kennis en vaardigheden beschikt. Uitbreiding van die bekwaamheid tot een ander vak kan dan ook worden gericht op specifiek vakinhoudelijke en vakdidactische bekwaamheden die gelden voor die onderwijsfase of dat vak. Vergroting van de inzetbaarheid door te voldoen aan andere geldende bekwaamheidseisen dan die waarover de leraar beschikt, lijkt daardoor in beperkte tijd te realiseren. De bekwaamheden en inzetbaarheid van de leraar kunnen namelijk in een dual traject van flexibele lengte worden uitgebreid in de breedte (met een extra vak of vakgebied) en in de hoogte (naar hogere leerjaren). Bijvoorbeeld de betrokkene in het voortgezet onderwijs die reeds over een startbekwaamheid beschikt maar breder wordt ingezet krijgt twee jaar, maximaal vier jaar de tijd om aan de bekwaamheidseisen van het nieuwe vak dan wel de hogere leerjaren te voldoen. De verbreding opgenomen in de wet BIO draagt dus in belangrijke mate bij aan het totstandkomen van een open onderwijsarbeidsmarkt.

Een van de doelstellingen van de Wet BIO is om de werkgever meer ruimte te bieden om de leraren die bij hem in dienst zijn breder in te zetten. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat de werkgever een leraar Frans lessen in een ander vak kan opdragen en hem verplichten binnen twee, maximaal vier jaar een getuigschrift te behalen in dat vak. De wetgever heeft geen procedure opgenomen om de leraar die dit niet wenst te beschermen.

De hier geschetste dereguleringsfilosofie en het streven de leraar meer centraal te stellen (zie hierna paragraaf 4) lijken op het eerste gezicht op elkaar aan te sluiten. Maar vaak blijkt dit niet het geval te zijn. Zo treft de overheid allerlei regelingen aan de ‘achterdeur’ die het werken van de leraar en zijn autonomie nader bepalen en begrenzen.

### 3. Artikel 23 Grondwet<sup>6</sup>

Een relevante vraag die rijst is of de Wet BIO strijdig is met artikel 23 Grondwet. De vrijheid van onderwijs is niet onbeperkt. Het tweede lid noemt drie algemene randvoorwaarden voor kwalitatief goed onderwijs, waaronder het benoemen van leraren die voldoen aan voorgeschreven bekwaamheidseisen. De overheid mag de vrijheid van het onderwijs alleen beperken indien dat noodzakelijk is vanwege de kwaliteit van het onderwijs. In het licht van de Grondwet behoort het vaststellen van de ‘startbekwaamheid’ om in het onderwijs werkzaam te mogen zijn een verantwoordelijkheid te zijn van de overheid. Het grondwettelijk voorschrift inzake de bekwaamheidsvereisten heeft de wetgever altijd formeel uitgelegd. Onderwijsgevendend zijn in deze opvatting bekwaam wanneer zij over de bevoegdheid voor het geven van onderwijs beschikken. Met andere woorden: er moeten objectieve vereisten gesteld worden aan het leraarschap, vereisten waaraan voldaan moet worden om leraar te mogen zijn.

Aan dit formele vereiste voldoen de Wet BIO en het Besluit. In de wet zijn de hoofdelementen van de bekwaamheidseisen opgenomen. De bekwaamheidseisen zelf zijn vastgelegd in het Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel. De onderwijsinstellingen (lees: de werkgever) bepalen of er nadere eisen worden gesteld en op welke wijze de bekwaamheid op peil wordt gehouden. In artikel XIX van de Wet BIO is een bepaling opgenomen om na vijf jaar de werking van de wet te evalueren. Bij de evaluatie zal met name ook stilgestaan worden bij het uitgangspunt van zelfregulering.

Via een amendement-Kraneveld c.s.<sup>7</sup> is geregeld dat er ook bekwaamheidseisen worden gesteld aan degenen die godsdienst- of levensbeschouwelijk onderwijs geven. Tot dan werden – met name met het oog op de vrijheid van onderwijs – ter zake van deze leerkrachten door de overheid geen vakbekwaamheidseisen geformuleerd. In de discussie naar aanleiding van dit amendement stelde de regering zich op het standpunt dat aan godsdienstleraren bekwaamheidseisen gesteld kunnen worden, mits de overheid bij het stellen daarvan grote terughoudendheid betracht. Deze opvatting van de regering werd niet bestreden.

### 4. De positie van de leraar

In het kader van de parlementaire behandeling van de Wet BIO wordt over de relatie tussen de leraar en het veranderde primaire proces het volgende opgemerkt. De verandering van het primaire proces – onder meer tot uitdrukking komend in het feit dat

6 We hebben ons bij het schrijven van dit onderdeel mede gebaseerd op D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. Toelichting op het grondwetsartikel over onderwijs mede aan de hand van ontwikkelingen in wetgeving, internationaal recht en jurisprudentie*, Den Haag 2007, p. 81 e.v.

7 Kamerstukken II 2003/04, 28 088, nr. 34.

leerlingen meer in eigen tempo en naar eigen vermogen gaan leren, en waarbij de computer een grotere plaats inneemt – betekent dat de leraar een andere rol krijgt. De leraar zal veel meer dan nu het geval is tijd moeten besteden aan klassenmanagement en aan het behouden van overzicht over en verantwoordelijkheid voor het leerproces van alle leerlingen. In dat kader zal de leraar in toenemende mate in teamverband moeten werken, ook met anderen dan leraren.

Teamteaching wordt door de Wet BIO overigens niet voorgeschreven. De voorschriften in de wet zijn wel zo vorm gegeven dat teamteaching mogelijk is. In de bekwaamheids-eisen is terug te vinden dat de leraar in staat moet zijn eindverantwoordelijkheid te dragen voor het primaire proces en voor de bijdragen in dat verband van de onderwijs-ondersteunende collega's. Er wordt dus van uitgegaan dat de leraar als professional centraal staat in het onderwijsleerproces. De eindverantwoordelijkheid voor het curriculum en voor de uitvoering daarvan hoort dan ook bij de leraar. Ondersteunende functionarissen dienen hun werkzaamheden altijd onder verantwoordelijkheid van een bevoegde leraar uit te voeren. Dat betekent tevens dat het leraarschap geen solistische activiteit meer kan zijn. Kortom: de wetgever ziet de leraar als klassenmanager en als inhoudelijk eindverantwoordelijk voor het onderwijsleerproces. Dat betekent dat andere medewerkers verantwoording moeten afleggen en verschuldigd zijn aan de leraar.

Het uitgangspunt dat de leraar/leraren als professional(s) centraal staat/staan in het onderwijsleerproces treffen we in de wet echter niet aan. Dat geldt ook voor de beleidsdocumenten. In deze documenten die over *governance* gaan wordt wel veel geschreven over de belangrijke positie van de leraar. De betreffende passages worden meestal afgesloten met de woorden dat een belangrijke doelstelling van 'goed besturen' is: de leraar weer in positie te brengen. Maar op de vraag hoe dit dient te gebeuren wordt niet echt ingegaan. Is het evenwel niet de taak van de centrale overheid om de positie van de leraar, althans op hoofdlijnen, te regelen en te waarborgen?

De Wet BIO gaat ervan uit dat de werkgever samen met de leraar zorg draagt voor het onderhouden en zonodig uitbreiden van de bekwaamheid van de leraar. Zo wordt in de kamerstukken bij voortduring opgemerkt dat de werkgever de werknemer de gelegenheid moet bieden aan de bekwaamheidseisen te voldoen. Maar wat houden deze oproepen tot 'gelegenheid bieden' in? Ze kunnen betekenen dat de werkgever wel scholing oplegt, maar dat de werknemer deze scholing geheel of gedeeltelijk in zijn eigen tijd dient te verrichten. De wet geeft ook niet expliciet aan dat de scholingsgelden bestemd zijn voor de bevordering van de professionaliteit. Wil de leraar werkelijk een centrale positie innemen dan zou hij, samen met zijn collega's, sturing moeten geven aan de wijze waarop zijn bekwaamheden op peil worden gehouden. Hij moet hiervoor niet afhankelijk zijn van de instemming van de werkgever. Dit betekent, zoals gezegd, dat de positie van de leraar (als individu, maar ook als collectief) helderder in de wet moet worden gemarkeerd. Het *professioneel statuut*, dat uitgaat van de professionele autonomie van de leraar, is hiervoor in onze ogen een goed instrument.<sup>8</sup>

8 Zie het AOb-model van een professioneel statuut, Utrecht 2006.

Een ander voorbeeld waarin zichtbaar is dat de wet de leraar/de leraren toch niet echt centraal stelt, blijkt uit de samenhang tussen bepalingen uit het bekwaamheidsdossier en het schoolplan. Het bekwaamheidsdossier bevat geordende gegevens met betrekking tot de bekwaamheid en het onderhouden van de bekwaamheid van één leraar. Van elke leraar wordt een bekwaamheidsdossier bijgehouden. Het doel hiervan is dat de uitwerking van het beleid op het niveau van de school als geheel meer inzichtelijk en operationeel wordt. Het onderwijskundig beleid van de school is opgenomen in het schoolplan. Zo staat in artikel 24 lid 2 van de Wvo dat het schoolplan een beschrijving geeft van het beleid met betrekking tot de kwaliteit van het onderwijs dat binnen de school wordt gevoerd. Het beleid met betrekking tot de bewaking en verbetering van de kwaliteit van het onderwijs omvat in elk geval maatregelen en instrumenten om te waarborgen dat het personeel zijn bekwaamheid onderhoudt. Dit betekent dat de werkgever met een voorstel komt waarover niet enkel de leraren oordelen, maar de (hele) medezeggenschapsraad. De medezeggenschapsraad heeft instemmingsrecht over het schoolplan. Maar als de leraar werkelijk centraal zou staan zou de medezeggenschapsraad noch de personeelsgeleding de zeggenschap over het onderhouden van de bekwaamheid moeten hebben, maar de leraren zelf.

Echte zeggenschap van de leraren wordt in onze ogen dan ook niet bereikt – zoals de Commissie Leraren denkt – door het instellen van een themaraad.<sup>9</sup> Want het gaat niet om zeggenschap in de zin van belangenbehartiging maar om professionele autonomie van de leraar. Daar komt bij dat een derde, de Landelijke geschillencommissie WMS, in het geval van een onderwijskundig geschil over bijvoorbeeld de wijze waarop de bekwaamheden moeten worden onderhouden, het conflict beslecht.

We realiseren ons, dat het niet kiezen voor een themaraad, maar voor de hiervoor kort aangegeven gedachte, betekent dat de huidige medezeggenschapsregeling ingrijpend gewijzigd zou moeten worden doordat de onderwijsinhoudelijke elementen uit de WMS worden gehaald. En we realiseren ons ook, dat leraren over de onderwijsinhoud natuurlijk wel verantwoording aan de ouders dienen af te leggen.

Uit nagenoeg alle publicaties van de afgelopen jaren komt naar voren dat de leraren meer zeggenschap dienen te krijgen over hun eigen werk, hun onderwijs. Daar is dus zo ongeveer iedereen het over eens. Alleen, en dat is de cruciale vraag: hoe kan dit uitgangspunt handen en voeten worden gegeven? Volgens ons kan dit door voor een andere structuur van zeggenschap voor de leraren te kiezen. En wel een keuze die uitgaat van de centrale positie van de leraar. Dat zou betekenen dat, binnen de visie van de onderwijsinstelling, de leraren als groep een samenhangend curriculum schrijven en aangeven op welke wijze het curriculum wordt uitgevoerd. In een verder gevorderde variant zou dit impliceren, dat de rol van de leraren niet beperkt is tot het formuleren van het curriculum, maar ook zit op de uitwerking hiervan. Met andere woorden: de groep leraren zou

---

9 Artikel 20 lid 3 WMS biedt de mogelijkheid dat de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad of het bevoegd gezag overgaat tot het instellen van een themaraad. De themaraad kan instemmings- of adviesrecht toebedeeld krijgen, waarmee hij voor dat onderwerp in de plaats treedt van de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad.



ook moeten aangeven hoeveel leraren en andere functionarissen (en van welke functie) nodig zijn om het curriculum uit te voeren. In een dergelijke gedachtegang past ook dat het de leraren zijn die het professionele functioneren van elkaar beoordelen en een klacht over het functioneren van de leraar behandelen.

Speelt de directie in deze gedachte geen enkele rol meer? Uiteraard is dat wel het geval. De rol van de directie bestaat uit het mogelijk maken van het uitvoeren van het curriculum. De directie geeft ook aan of de voorstellen van de leraren passen binnen het financieel beleid van de instelling.

We benadrukken dat de hier beschreven gedachte alleen de denkrichting aangeeft. Natuurlijk zijn er allerlei details die nader uitgewerkt moeten worden.

Onze gedachtegang roept ook vragen op ten aanzien van de inspectie. Hoe moet er worden gehandeld wanneer de inspectie zegt dat de onderwijskwaliteit onder de maat is, dat sommige leraren niet voldoen aan de bekwaamheidseisen? Kan de werkgever (het bestuur) als eindverantwoordelijke voor het onderwijs maatregelen nemen als we ervan uitgegaan dat de beoordeling of sprake is van voldoende competenties bij de beroepsgroep ligt? Kan de inspectie dan rechtstreeks de leraar aanspreken en kan de ouder dan onder omstandigheden ook rechtstreeks de leraar aansprakelijk stellen?

Het lijkt er op dat de ontwikkelingen met betrekking tot het inspectietoezicht een andere kant opgaan, gericht op het verplaatsen van het toezicht naar het bestuur. Dat zou ook wel eens gevolgen kunnen hebben voor de positie van de leraar.<sup>10</sup> In de toekomst zal het bestuur dan meer dan voorheen over veel meer gegevens moeten beschikken. Dit zal ertoe kunnen leiden dat de leraren ook meer gegevens moeten aanleveren (bureaucratie), maar ook dat het werken van leraren meer gestandaardiseerd wordt.

Met onze gedachte sluiten we aan bij hetgeen Rietveld opmerkt<sup>11</sup>: 'De voorstellen in de notitie 'Governance' om ook in het funderend onderwijs de figuren te introduceren van het college van bestuur en de raad van toezicht, verleggen weliswaar het zwaartepunt van het bestel in de richting van de docent, maar laten a-priori diens ondergeschikte positie intact. Voor degene die nog een stap verder willen gaan en de docent minstens medeverantwoordelijk wensen te maken voor de inhoud en de inrichting van dat onderwijs, staan vervolgens twee wegen open: of zij dienen met een beroep op het subsidiariteitsbeginsel voor de onderwijssector het delegatieverbod te omzeilen, of zij dienen de docent uit zijn ondergeschikte positie te bevrijden, korter gezegd: te emanciperen.'

## 5. Centraal register

Tijdens de parlementaire behandeling is uitvoerig stilgestaan bij de vraag of in de Wet BIO een centraal register voor leraren moet worden voorgeschreven. In het wetsvoorstel Wet op het leraarschap, dat aan de Wet BIO vooraf ging, werd het register voor leraren

10 Zie over de nieuwe rol van inspectie en schoolbestuur de brief van de minister aan de Tweede Kamer van 10 september 2007.

11 J.J.W.M. Rietveld, Emancipatie van de docent als sleutel tot deregulering, *School en Wet*, 2006, nr. 1, p. 5 e.v.

gezien als een instrument om de permanente kwaliteitsborging van de zittende leraren zichtbaar te maken en om het belang van het beroep te accentueren. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet BIO is opgemerkt dat een dergelijk register strijdig zou zijn met het beleid gericht op zelfregulering. Daarbij komt dat, gelet op de Aanwijzingen voor de regelgeving, geen regels gesteld moeten worden betreffende zaken die geen regeling behoeven omdat betrokkenen in staat zijn zelf goede afspraken te maken. De wetgever was dan ook van mening dat het wettelijk regelen van een register onvoldoende aansluit bij het centraal stellen van de eigen verantwoordelijkheid van het onderwijsveld voor het onderhouden van de bekwaamheid van leraren, een verantwoordelijkheid die – nogmaals – in de eerste plaats door zelfregulering gestalte zou moeten krijgen. Het vrijwillig hanteren van het instrument van registratie door de beroepsgroep zelf kan overigens wel een meerwaarde hebben in termen van imago en status.

De vraag of er een wettelijk geregeld centraal register moet komen is door de Commissie Leraren weer op de agenda geplaatst. De Commissie adviseert dat de beroepsgroep een publiekrechtelijk basisregister ontwikkelt voor alle leraren. Als uit het register blijkt dat de leraar zijn bekwaamheid onvoldoende onderhoudt, dan vervalt zijn registratie waardoor hij – net zoals nu bij onbevoegdheid al het geval is – nog slechts met aparte dispensatie gedurende enkele jaren als leraar kan doorfunctioneren (en daardoor een kans heeft zijn bekwaamheid alsnog op peil te brengen).

Rond het instellen van register leven veel vragen, zoals: Welke meerwaarde brengt het register ten opzichte van de Wet BIO en het Besluit met zich mee? Is het register uitsluitend bedoeld om aan te geven over welk getuigschrift de leraar beschikt, welke scholingen de leraar heeft gevolgd, welke publicaties hij heeft geschreven enz.? Wanneer wordt de leraar geschrapt uit het register? Wat zijn de gevolgen als de werkgever van mening is dat de leraar de aan de instelling verplichte scholing niet heeft gevolgd? En is de consequentie van het schrappen uit het register dat de leraar wordt ontslagen? Wie houdt het register in stand: de overheid of de beroepsgroep? En bepaalt in het laatste geval de overheid wie de beroepsgroep is?

## 6. De beroepsgroep

De Wet BIO spreekt niet alleen van leraren, maar ook van de beroepsorganisatie. De leraren leveren een essentiële bijdrage aan het kwaliteitsstelsel. Dit betekent dat zij daarom ook een belangrijke rol moeten hebben in het publieke debat over kwaliteit van onderwijspersoneel, over het leggen van een fundament voor een kwalificatiestructuur en over de blijvende borging van die kwaliteit. De vraag is dan vervolgens op welke wijze deze rol gestalte moet krijgen. In de Wet BIO is deze vraag beantwoord in artikel 36 lid 7 Wvo. Hierin staat dat de minister een beroepsorganisatie instelt. Deze beroepsorganisatie vertegenwoordigt de beroepsgroep en moet vanuit het oogpunt van beroepskwaliteit representatief worden geacht voor het onderwijspersoneel. Zij wordt door de minister in de gelegenheid gesteld hem een voorstel te doen te doen voor de voorgeschreven bekwaamheidseisen van de leraar/leraren. Vervolgens wordt deze organisatie in elk geval eenmaal in de zes jaar in de gelegenheid gesteld hem een voorstel te doen over ongewijzigde handhaving of wijziging van de bekwaamheidseisen. Uit dit voorstel

moet ook blijken, in hoeverre dat voorstel mede de steun geniet van een vertegenwoordiging van de bevoegde gezagsorganen, van ouders en van leerlingen. Dat betekent dat de beroepsgroep een coördinerende rol heeft.

Naast de wettelijke taak kan de beroepsgroep ook andere taken uitoefenen. Zo kan de beroepsgroep criteria ontwikkelen die in overeenstemming met onderwijswerkgevers worden gehanteerd om te bepalen of individuele leraren nog steeds voldoen aan actuele bekwaamheidseisen. De beroepsgroep kan een register opzetten en hanteren. Maar ook kan de beroepsgroep een bijdrage leveren aan inhoudelijke beoordeling van het aanbod aan nascholing en deskundigheidsbevordering.

In de wet wordt geen specifieke beroepsgroep genoemd. Maar uit de parlementaire behandeling blijkt dat de minister de Stichting SBL (Stichting Beroepskwaliteit Leraren) als zodanig erkent. Het bestuur van de stichting bestaat uit vertegenwoordigers van vakorganisaties, onderwijsvakverenigingen en uit onafhankelijke deskundigen.

De Commissie Leraren gaat ook uitvoerig in op de beroepsgroep. De Commissie is van mening dat voor het continue streven naar verbetering van de kwaliteit een cruciale rol is weggelegd voor een Beroepsgroep Leraren. Deze beroepsgroep moet nauw samenwerken met beroepsverenigingen. Als belangrijkste taken van deze Beroepsgroep ziet de Commissie onder meer: (a) het actueel houden van de eisen van bekwaamheid voor het beroep van leraar, (b) het zorgdragen voor een passende betrokkenheid van leraren bij het bepalen van de accreditatie-eisen die aan lerarenopleidingen worden gesteld, en (c) het ontwikkelen van een publiekrechtelijk basisregister. Om te komen tot een nieuwe Beroepsgroep Leraren stelt de Commissie voor om de Stichting SBL om te vormen tot een vereniging voor en door leraren.

In het rapport van de Commissie – *LeerKracht!* – wordt een scherpe scheiding gemaakt tussen de beroepsgroep en de onderwijsvakbonden. In de visie van de Commissie dienen de vakorganisaties zich uitsluitend met de arbeidsvoorwaarden bezig te houden. Hiermee wordt miskend dat in de literatuur over beroepsgroepen duidelijk naar voren komt dat beroepsgroepen alleen sterk zijn wanneer ze echt zeggenschap hebben over (a) arbeidsvoorwaarden, (b) de beroepsinhoud en (c) de toegang tot het beroep. Wanneer een van de pijlers wegvalt dan kan er geen sprake zijn van een krachtige beroepsorganisatie. Uit de literatuur blijkt voorts dat beroepsverenigingen die zich niet bezighouden met de arbeidsvoorwaarden trekken vertonen van belangenverenigingen door onder de noemer van kwaliteit een heel arsenaal aan argumenten te hanteren waarin uiteindelijk de verbetering van de eigen positie voorop blijkt te staan.

De beroepsgroep moet nauw contact houden met de beroepsverenigingen. Dat zal altijd tot grote spanningen leiden. Denk maar aan de opnieuw opgelaaide discussie over de profielen in het voortgezet onderwijs. Iedere beroepsvereniging zal stellen dat haar vak zeer belangrijk is. In het advies wordt gesproken over één beroepsgroep. Betekent dat één beroepsgroep voor de sectoren primair en voortgezet onderwijs of twee aparte beroepsgroepen?

In het genoemde advies wordt dan ook niet duidelijk gemaakt waarom vakorganisaties niet de rol van beroepsgroep op zich mogen, of beter gezegd kunnen nemen. Zij hebben een dubbele doelstelling: de arbeidsvoorwaarden en de inhoud van het vak.

Een andere vraag is hoe de verhouding beroepsgroep versus minister er uit moet zien. Dient de minister aan de beroepsgroep steeds advies te vragen over het onderwijsinhoudelijk beleid en kan de minister het advies zo maar naast zich neer leggen?

## 7. Afsluitend

De Wet BIO is vernieuwend in zoverre de wet de bekwaamheidseisen op een andere wijze regelt. Maar tegelijkertijd zien we dat de wet op geen enkele wijze de positie van de leraar regelt. In die zin is de wet niet vernieuwend. Want de leraar blijft volstrekt onder het bevoegd gezag en de medezeggenschap vallen (schoolplan, themaraad). Wij vinden echter dat de wet de leraar een eigenstandige gekwalificeerde positie tegenover de overheid dient te geven. Deze gedachte werd honderd jaar geleden al omhelsd<sup>12</sup>: 'De wetgever dacht bij de rechtspositionele regeling van de onderwijzer niet uitsluitend aan een beperking van de onderwijsvrijheid binnen de rechtsverhouding rijksoverheid en schoolbestuur. De facto bleek dat in 1905 bij het afzonderlijke wetsvoorstel tot wijziging van de pensioenaanspraken van de bijzondere onderwijzer, waarbij die aanspraken conform die van de openbare onderwijzer werden geregeld; deze wijziging van de Lager-onderwijswet viel grotendeels met de parlementaire behandeling van onderhavige casus samen. De minister zei in dit verband met die pensioenregeling, 'dat alle verplichtingen, aan een onderwijzer opgelegd, de strekking moeten hebben om deugdelijk onderwijs te bevorderen en dat ook het opleggen van de verplichting tot pensionering geen andere strekking mag bezitten, dan om van het onderwijs als zoodanig het karakter te verhogen door verbetering van de positie der onderwijzers.' De regering verdedigde die deugdelijkheidseisen in de rechtstreekse (rechts)verhouding tussen overheid en onderwijzer op een tweetal gronden. Allereerst mocht de overheid de verplichting tot het betalen van pensioenbijdragen opleggen, omdat onderwijzers in het maatschappelijk leven een gekwalificeerde positie tegenover de overheid innamen. Het waren, evenals medici, *licensholders*: ze hadden, door de ontvangen bevoegdheid tot het geven van onderwijs, een soort monopolie waarbij de overheid hen door middel van het strafrecht beschermde.'

12 D. Mentink, *Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem*, Deventer 1989, p. 76 en 77.

## De autonomie van de dokter

mr. dr. M.A.J.M. Buijsen

### 1. Inleiding

Wat is autonomie? De term 'autonomie' is samengesteld uit het Griekse 'autos' (= zelf) en 'nomos' (= wet). In het oude Griekenland had de term een louter politieke betekenis en werd hij gebruikt ter aanduiding van de (al dan niet volledige) onafhankelijkheid van de stadstaat. In de zin van soevereiniteit of zelfbestuur van (delen van) staten heeft autonomie deze betekenis in de moderne tijd behouden. In juridische zin wordt autonomie vanaf de zestiende eeuw gebruikt om gewetensvrijheid aan te duiden in verband met zaken des geloofs. Later krijgt de term ook de betekenis van juridische eigenmachtigheid (eigen wetgeving, eigen rechtspraak) van staten, van landsdelen of van standen. Een aanduiding voor personen wordt autonomie pas vanaf de zeventiende eeuw. De filosoof Kant vatte autonomie op als de mogelijkheid van het handelen in overeenstemming met de wet die men zichzelf oplegt. Autonomie betekent dan de vrijheid van de wil om zichzelf te bepalen en staat dan tegenover heteronomie, de bepaling van de wil door iets anders. Maar niet alleen dat, als het zichzelf opleggen van een algemene wet staat het ook tegenover willekeur. De mens kan en moet zijn vrije wil bepalen volgens een algemene wet, omdat hij – weer aldus Kant – een redelijk wezen is.

In essentie is autonomie dit: zichzelf de wet stellen. Afhankelijk van de toepassing blijkt de term bijzondere, afgeleide betekenissen te kunnen hebben. 'Autonomie' kan zowel zelfstandigheid (politieke onafhankelijkheid, staatssoevereiniteit) als eigenmachtigheid (zelfbestuur, eigen rechtspraak, eigen wetgeving) als vrijheid (van geweten in geloofszaken, van de wil om zichzelf te bepalen) betekenen. Al deze bijzondere betekenissen, met uitzondering van de meer politieke, heeft 'autonomie' ook wanneer zij met het doen en laten van 'de dokter' in verband gebracht wordt. Toegepast op het medische bedrijf blijkt daarenboven dat 'autonomie' zowel van de collectiviteit als van het individu kan worden gezegd. Men spreekt van *medisch-professionele autonomie* wanneer men duidt op de autonomie van de beroepsgroep van medici, en van *klinische autonomie* wanneer men het heeft over de autonomie van de individuele medische beroepsbeoefenaar.

De professionele autonomie van de medische beroepsgroep is niet uniek. Advocaten, notarissen en accountants zijn ook autonoom in deze zin. Autonomie is iets wat professionele beroepsgroepen kenmerkt en hen onderscheidt van andere beroepsgroepen. De artsenstand is autonoom, de beroepsgroep van verpleegkundigen is dat niet, of in veel mindere mate. Over professionele autonomie als maatschappelijk fenomeen is door sociologen en historici meer dan voldoende geschreven. Bij wijze van verklaring moet hier maar worden volstaan met de opmerking dat zij bestaat omdat het voor anderen (dat wil zeggen: niet-professionals) nu eenmaal niet goed mogelijk is professionals te zeggen *hoe* ze hun werk moeten doen.

In het hiernavolgende beschrijf ik hoe de autonomie van de dokter, in beide betekenissen, juridisch gestalte heeft gekregen. Eerst zie ik hoe de dokter zichzelf de wet stelt, daarna ga ik na hoe die zelfwetgeving doorwerkt in de relatie met anderen, met degenen met wie hij beroepsmatig verkeert: de patiënt, het instellingsbestuur, de zorgverzekeraar en de overheid.

## 2. Zelfwetgeving in de geneeskunde: de professionele standaard

De wet die medici zichzelf stellen wordt de *professionele standaard* genoemd. Dat artsen bij de uitoefening van hun beroep deze standaard in acht hebben te nemen, is een gegeven zo oud als het artsenberoep zelf. Wel betrekkelijk nieuw is het fenomeen van de *protocollisering*. Individuele artsen weten zich inderdaad meer en meer geconfronteerd met regelgeving die ontwikkeld wordt door de eigen beroepsgroep, met voorschriften dus afkomstig van organisaties van medici, dan wel met regelgeving van organisaties die zich richten op de beroepsuitoefening binnen de gezondheidszorg, zoals het Centraal Begeleidingsorgaan Ondersteuning bij Kwaliteitszorg in de Gezondheidszorg (CBO).

Jurisprudentieonderzoek bracht tien jaar geleden al aan het licht dat deze voorschriften ook een groeiende toepassing vinden in de rechtspraak. Verwijzingen naar *protocollen*, *richtlijnen*, *standaarden* en *gedragsregels* worden namelijk steeds vaker aangetroffen in de uitspraken van de civiele rechter, de strafrechter, de bestuursrechter en de tuchtrechter.<sup>1</sup> Nu biedt het juridische nut van deze voorschriften maar zeer ten dele een verklaring voor het fenomeen. Over protocollen, richtlijnen, standaarden en gedragsregels op het terrein van de gezondheidszorg is zeer veel gezegd en geschreven.<sup>2</sup> Een manier om deze overweldigende hoeveelheid informatie te ordenen en tegelijkertijd het fenomeen van de protocollisering tot begrip te brengen is door op aristotelische wijze te vragen naar de 'oorzaken'. Voor een goed begrip volstaat het om slechts een viertal aspecten te bezien.<sup>3</sup>

Bezien naar *doel* komt een goede verklaring van de recente opkomst van protocollen reeds in beeld. In de (veelal internationale) literatuur wordt een groot aantal doelen genoemd: 1. protocollen bieden hulp bij het nemen van diagnostische en therapeutische beslissingen; 2. een protocol is een praktische leidraad in het dagelijkse werk; 3. een protocol is het condensaat van beschikbare kennis en kan ten behoeve van onderwijs en nascholing worden aangewend; 4. protocollen reiken criteria aan ten behoeve van de evaluatie van gezondheidszorg; 5. een protocol is een handig middel bij externe controle; 6. protocollen minimaliseren irrationele variatie in de zorg; 7. taken en verantwoordelijkheden van een professe ten opzichte van andere professies kunnen door middel van een protocol worden afgebakend; 8. protocollen bieden hulp bij het maken van afspra-

- 1 P.P.M. van Reijssen en J.H. Hubben, *Jurisprudentie-onderzoek protocollen in de gezondheidszorg*, Nijmegen 1997.
- 2 In de kwaliteitskunde worden allerlei onderscheidingen gemaakt. Een protocol is wat anders dan een standaard, en een richtlijn zou ook weer verschillen van een gedragsregel. De rechter blijkt niet zo consciëntieus te zijn in het hanteren van de terminologie. Ook ik spreek in het vervolg maar gemakshalve van protocollen.
- 3 M.A.J.M. Buijsen, Richtsnoeren voor artsen: hun toepassing in de rechtspraak, in: *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* (TvGR) 2000/1, p. 20-21.

ken met zorgverzekeraars in het kader van de zorcontractering; 9. een protocol vergemakkelijkt het maken van keuzen in de zorg; 10. protocollen voorkomen onnodige claims bij aansprakelijkstelling; 11. protocollen kunnen worden opgesteld om kosten te beheersen en te besparen, en 12. een protocol kan overdiagnostiek en -behandeling beperken en voorkomen. Kort samengevat, zelfwetgeving in de geneeskunde is gericht op kwaliteit, en dan voornamelijk op doeltreffendheid en doelmatigheid.

Bezien naar *stof*, naar het soort van handelingen waarop protocollen, richtlijnen, standaarden en gedragsregels betrekking hebben, dan blijkt het te gaan om: 1. handelingen die liggen in de organisatorische dan wel procedurele sfeer; 2. handelingen van medisch-technische aard; en 3. handelingen die raken aan patiëntenrechten. Bij regels die betrekking hebben op handelingen van de eerste categorie, valt bijvoorbeeld te denken aan die welke de omgang met de medicijnvoorraad betreffen. Ook een richtlijn die de voorwaarden stelt waaraan een waarneemregeling moet voldoen, valt onder deze categorie. Protocollen die de informatieverstrekking aan patiënten betreffen, vallen weer onder de derde categorie. Medisch-technische regels geven aan hoe een anamnese moet worden afgenomen, hoe de diagnose te stellen is en welke therapie geboden is bij welke aandoening.

Naar *maker* bezien kan een protocol het voortbrengsel zijn van een lokale organisatie. Men denke bijvoorbeeld aan zogenaamde 'in huis'-protocollen en aan protocollen opgesteld door behandelteams en ziekenhuisafdelingen. Het protocol kan ook een regionale herkomst hebben, zoals dat van een regionaal kankercentrum. Op landelijk niveau zijn vooral de verschillende medisch-wetenschappelijke verenigingen actief. Bijzonder productief op dit terrein zijn de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering der geneeskunst (KNMG), het Nederlands Huisartsen Genootschap (NHG) en het al eerder genoemde CBO. Ten slotte kunnen protocollen ook op Europees en zelfs op mondiaal niveau worden voortgebracht. De *World Medical Association* (WMA), de koepel van nationale koepelorganisaties van medici, stelt eveneens beroepsnormen vast.

Bij de productie van protocollen kunnen overigens ook externe partijen betrokken zijn. De ontwikkeling van protocollen die op doelmatigheid zijn gericht geschiedt gewoonlijk in samenspraak met zorgverzekeraars, beoefenaren van andere beroepen in de zorg en instellingsbesturen. Hetzelfde geldt voor protocollen die zich op kwaliteitsaspecten betrekken die niet onder de noemers van doeltreffendheid en doelmatigheid te scharen zijn. Men denke aan een aspect als patiëntgerichtheid. Ook organisaties van patiënten en cliënten kunnen bij protocolontwikkeling betrokken zijn, en zijn dat ook in toenemende mate.

En ten slotte, bezien naar *vorm* zijn protocollen en dergelijke normen. Naar vorm onderscheidt men wel overlegvervangende van overlegondersteunende, en adviserende van voorschrijvende protocollen.<sup>4</sup> Maar in de eerste plaats zijn en blijven zij normen, en

4 H.J. Altena, W.H. van Harten, G.J. Westert en J.J. Zuurbier, 'Protocollen in de gezondheidszorg: theorie', in: *Medisch Contact* 1994/25, p. 837.

als norm zijn zij regels en maten. Een protocol is een regel in die zin dat degene op wiens handelen het protocol van toepassing is, in het protocol op enigerlei wijze steun vindt bij het nemen van beslissingen omtrent het handelen in bepaalde situaties, en waarvan het opvolgen op enigerlei wijze, om enigerlei reden aanbeveling verdient. Een protocol is maat of maatstaf in die zin dat degene die het handelen van een gebruiker van een protocol als regel toetst, in het protocol op enigerlei wijze steun vindt bij het beantwoorden van de vraag naar de wijze waarop gehandeld had moeten worden. De beoordelaar kan de gebruiker zelf zijn, maar ook een ander: zijn collegae, het instellingsbestuur, zijn patiënten, de Inspectie voor de gezondheidszorg (IGZ), en – zoals gezegd – de rechter.

### 3. De dokter en de overheid

Ook op het terrein van de gezondheidszorg heeft de overheid verantwoordelijkheden. Het recht op gezondheidszorg is – zoals het recht op onderwijs – een grondrecht. In de Nederlandse Grondwet en in een aantal mensenrechtenverdragen is het recht geformuleerd als een sociaal grondrecht. Dat het gaat om een inspanningsverplichting van de zijde der overheid blijkt wel uit de tekst van artikel 22, eerste lid, van de Grondwet: ‘De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid’.

Zoals in de meeste ontwikkelde landen heeft ook de Nederlandse overheid er niet voor gekozen de gezondheidszorg zelf ter hand te nemen. In Nederland wordt gezondheidszorg in beginsel aangeboden en gefinancierd door private partijen. Omdat zij evenwel de verantwoordelijkheid draagt voor de verwerkelijking van een belangrijk grondrecht, omdat kwalitatief goede voorzieningen van gezondheidszorg nu eenmaal voor iedereen toegankelijk moeten zijn, vervult de overheid niettemin ook op dit terrein belangrijke taken. Ook op het terrein van de gezondheidszorg maakt de overheid wetten, voert zij deze uit, ziet zij toe op de naleving ervan en spreekt zij recht. Toch kan gezegd worden dat sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw de rechtstreekse betrokkenheid van de overheid met de zorg gestaag minder geworden is.

Om redenen die hier geen verdere bespreking behoeven, besloot de Nederlandse overheid een kleine twintig jaar geleden het ‘veld’ (niet alleen de zorgaanbieders, maar ook zorgverzekeraars en de georganiseerde patiëntenbeweging) meer verantwoordelijkheden te geven. Dit inzicht kreeg zijn beslag in een omvangrijk wetgevingsproject. In het vorige decennium zagen de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO),<sup>5</sup> de Kwaliteitswet Zorginstellingen (KZI),<sup>6</sup> de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WK CZ),<sup>7</sup>

5 Wet van 17 november 1994, Staatsblad 837, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opneming van bepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 13 maart 2002, Staatsblad 2002, 121.

6 Wet van 8 januari 1996, Staatsblad 80, betreffende de kwaliteit van zorginstellingen, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 oktober 2005, Staatsblad 525.

7 Wet van 29 mei 1995, Staatsblad 308, houdende regels ter zake van de behandeling van klachten van cliënten van zorgaanbieders op het terrein van de maatschappelijke zorg en gezondheidszorg, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 17 november 2005, Staatsblad 617.



de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen<sup>8</sup> en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG)<sup>9</sup> het licht. Gemakshalve spreekt men wel van de wetsfamilie Kwaliteitswet. Voorwerp van regeling is steeds de kwaliteit van de gezondheidszorg.

### 3.1 De overheid als wetgever

Deze wetgeving is van enorme betekenis geweest voor de taakvervulling van de overheid op het terrein van de gezondheidszorg in al haar hoedanigheden. Allereerst als wetgever. Tegenwoordig volstaat de overheid met het stellen van globale en open normen. Zo spreekt de WGBO als volgt over de kwaliteit die van de prestaties van een hulpverlener verlangd mag worden: 'De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden *de zorg van een goed hulpverlener* in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende *professionele standaard*'.<sup>10</sup> Wat hierbij geldt als de professionele standaard, dienen de beroepsgroepen volgens de wetgever zelf uit te maken. Zij vullen de norm in met hun eigen beroepsnormen, met de in de vorige paragraaf besproken protocollen. Niet handelen volgens deze protocollen, de eigen beroepsnormen dus, betekent schending van de professionele standaard. En hij die handelt in strijd met de eigen normen, betracht niet de zorg van een goed hulpverlener.

De norm van goed hulpverlenerschap heeft civielrechtelijke betekenis. Omdat in de gezondheidszorg het gewenste resultaat (genezing) niet gegarandeerd kan worden, levert de norm geen resultaatsverbintenis maar een inspanningsverbintenis op. Een arts schiet dus niet tekort (in de zin van het aansprakelijkheidsrecht) wanneer hij het gewenste resultaat niet bereikt, maar wanneer hij niet voldoet aan de normen van de eigen beroepsgroep. Schending van die normen is wat geldt als een medische fout, en dat is wat de verplichting tot schadevergoeding met zich mee kan brengen.

Tot geheel andere rechtsgevolgen leidt schending van de eveneens open en globale tuchtnorm. Deze is te vinden in de Wet BIG. 'Degene die (...) is onderworpen aan tucht-rechtspraak ter zake van:

- a. *enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die hij in die hoedanigheid behoort te betrachten* ten opzichte van: – degene, met betrekking tot wiens gezondheidstoestand hij bijstand verleent of zijn bijstand is ingeroepen; – degene die, in nood verkerende, bijstand met betrekking tot zijn gezondheidstoestand heeft; – de naaste betrekkingen van de onder [het vorige] bedoelde personen;
- b. *enig ander dan onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg*'.<sup>11</sup> Ook deze bepaling is opgesteld met de bedoeling dat zij ingevuld wordt met beroepsnormen, dezelfde

8 Wet van 29 februari 1996, Staatsblad 204, houdende regels ter bevordering van de medezeggenschap van de cliënten van uit collectieve middelen gefinancierde zorgaanbieders op het terrein van de maatschappelijke zorg en gezondheidszorg, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 oktober 2005, Staatsblad 571.

9 Wet van 11 november 1993, Staatsblad 655, houdende regelen inzake beroepen op het gebied van de individuele gezondheidszorg, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 oktober 2005, Staatsblad 525.

10 Artikel 7:453 BW.

11 Artikel 47 Wet BIG.

die de civielrechtelijke norm van goed hulpverlenerschap invullen en concretiseren, de professionele standaard dus. Schending van de professionele standaard kan voor een arts bijgevolg tevens een tuchtmaatregel tot gevolg hebben: van een waarschuwing, een berisping, een geldboete, schorsing, een gedeeltelijke ontzegging van de bevoegdheid tot doorhaling van de inschrijving uit het artsenregister.<sup>12</sup>

Tot weer andere rechtsgevolgen leidt schending van een derde globale en open norm. De KZI eist van zorginstellingen (ziekenhuizen, verpleeghuizen, revalidatiecentra, etc.) dat zij *verantwoorde zorg* bieden. 'Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig, en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt'.<sup>13</sup> Ook deze norm moet 'van onderop' worden ingevuld en geconcretiseerd, maar ditmaal zijn het niet alleen de zorgaanbieders die hiervoor zorg dienen te dragen. In de definitie ligt duidelijk een taakverdeling besloten. Nadere invulling van de norm is inderdaad ook een verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder, en van de medische beroepsgroep in het bijzonder, maar dan vooral waar het het aspect van de doeltreffendheid betreft.

De zorgverzekeraar daarentegen wordt geacht erop toe te zien dat de zorg ook doelmatig wordt verleend. In zijn contracteerbeleid moet hij hieraan gestalte geven. In Nederland financieren verzekeraars de zorg. Zij kopen deze in ten behoeve van hun verzekerden en zullen deze zorg liefst geleverd willen zien door doelmatig werkende zorginstellingen. Deze zullen zij willen contracteren, inefficiënte organisaties bij voorkeur niet. Heeft een verzekeraar eenmaal een zorgcontract met een zorgaanbieder, dan zal hij erop toezien dat deze doelmatig blijft werken.

De inspanningen van de georganiseerde patiëntenbeweging moeten vooral uit gaan naar het aspect van de patiëntgerichtheid, terwijl het laatste element van de definitie zich richt tot zowel de individuele zorgaanbieder als de individuele zorgvrager. De zorg moet afgestemd zijn op de reële behoefte van de patiënt, niet op diens subjectief ervaren behoefte (die heel groot kan zijn), maar op de behoefte die enerzijds aan de hand van professionele standaard bepaalbaar is en anderzijds – volgens de normen van diezelfde standaard – ook bevredigd kan worden.

### 3.2 De overheid als bestuursorgaan

Ook in deze hoedanigheid is de overheid vanzelfsprekend altijd aanwezig geweest op het terrein van de gezondheidszorg. Dat zal ook in de toekomst het geval zijn, maar het is onmiskenbaar zo dat de overheid meer afstand genomen heeft. En niet alleen dat, duidelijk is het bestuur tevens van karakter is veranderd. Wat het laatste betreft valt niet te loochenen dat ook in de zorg het accent is verlegd van toezicht vooraf naar toezicht achteraf. Anders dan men wel denkt is dat niet louter het gevolg van de stelselherziening van 2006.

<sup>12</sup> Artikel 48 Wet BIG.

<sup>13</sup> Artikel 2 KZI.

Op 1 januari van dat jaar trad de roemruchte Zorgverzekeringswet in werking.<sup>14</sup> Met deze wet, die de oude Ziekenfondswet verving, werd (meer) ruimte gegeven aan marktwerking in de zorg. Om dit mogelijk te maken moesten ook de planning van het zorgaanbod en de tariefregulering worden aangepast. Het oude rigide vergunningenstelsel van de Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV) maakte plaats voor het soepeler systeem van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi),<sup>15</sup> en de strakke tariefregulering van de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) moest wijken voor de vrije prijsvorming waar de Wet marktordening gezondheidszorg (WVG) in beginsel van uitgaat.<sup>16</sup> Het oude College tarieven gezondheidszorg (in een verder verleden Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg geheten), dat kartelafspraken (vaste tarieven, maximumtarieven, etc., overeengekomen door koepels van zorgaanbieders en -financiers) faciliteerde, verdween, de Nederlandse Zorgautoriteit, die toe zal zien op de naleving van het verbod op kartelafspraken, kwam. Overheidsplanning vooraf verdween, zelfordening onder het toezienend oog van een waakzame, achteraf corrigerende marktmeester kwam.

Ofschoon men in het algemeen kan stellen dat ook in de zorg het accent verlegd is naar het toezicht achteraf, moet niet uit het oog worden verloren dat waar het kwaliteit van zorg betreft, met de komst van de wetsfamilie Kwaliteitswet het toezicht op de naleving van normen al veel eerder bij het veld zelf gelegd was. Zorgaanbieders – en in mindere mate de zorgverzekeraars en de organisaties van patiënten en cliënten – worden reeds sinds halverwege jaren negentig verondersteld zelf toezicht te houden. Volgens de aan de KZI-familie ten grondslag liggende filosofie van het ‘toezicht op toezicht’ wordt de overheid geacht pas op te treden wanneer het toezicht door het veld tekort schiet. De formele toezichthouders (de Minister van VWS, IGZ) dienen slechts gebruik te maken van hun wettelijke handhavende bevoegdheden nadat de informele toezichthouders met hun feitelijke handhavende mogelijkheden tekortgeschoten zijn. Waar het de kwaliteit van zorg betreft, staat de overheid al geruime tijd op afstand.

### 3.3 De overheid als rechter

De komst van de wetsfamilie Kwaliteitswet betekende tweeërlei. Allereerst werd het tuchtrecht voor de gezondheidszorg grondig herzien. Verenigingstuchtrecht maakte plaats voor het wettelijk tuchtrecht van de Wet BIG. Deze wet voorziet in een tuchtrechtelijke procedure voor een achtstal beroepen in de zorg, waaronder dat van arts, in twee instanties. Het tuchtrecht van de Wet BIG voorziet in rechtspraak door beroepsgenoten. De gedaagde beroepsbeoefenaar weet altijd een of meer vakgenoten tegenover zich.

De WKCZ ten slotte completeerde het geheel van juridische mogelijkheden met wettelijk klachtrecht. Deze wet verplicht zorgaanbieders patiënten en cliënten te wijzen op

14 Wet van 16 juni 2005, Staatsblad 351, houdende regelingen van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 31 januari 2006, Staatsblad 79.

15 Wet van 20 oktober 2005, Staatsblad 571, tot vereenvoudiging van het stelsel van overheidsbemoeienis met het aanbod van zorginstellingen, zoals deze wet is gewijzigd bij Wet van 9 maart 2006, Staatsblad 152.

16 Wet van 7 juli 2006, Staatsblad 415, houdende regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van gezondheidszorg.

de mogelijkheden van behandeling van klachten door een verplicht aanwezige, onafhankelijke klachtencommissie. De klachtprocedure is een laagdrempelige voorziening die erop gericht is problemen in de zorgverlening snel op te lossen. Anders dan men wel denkt buigen klachtencommissies zich niet alleen over kleine misstanden. Zij beoordelen niet alleen klachten over de bejegening, ook klachten van (zeer) complexe medische aard worden voorgelegd. In de regel beschikken klachtencommissies daarom ook over medische expertise.

Begrijpelijkerwijs zullen klagers niet snel de wegen van het tuchtrecht, het civiele recht en het strafrecht bewandelen. Dat zijn zware formele procedures, de procedure van klacht-recht is dat niet. Toch zijn er formeel geen belemmeringen voor cliënten en patiënten om alle mogelijke procedures te doorlopen. Eigen aan de zorg zijn het wettelijke tucht-en klachtrecht. Maar daarnaast zijn er ook de reguliere mogelijkheden. Wie schadevergoeding wil, kan zich tot de civiele rechter wens, wie daarnaast van mening is dat ook de rechtsorde ernstig geschokt is, kan tevens aangifte doen bij de politie. Het is maar welk oogmerk men heeft. Alle mogelijkheden kunnen in beginsel tegelijkertijd worden benut. Verstandig is dat niet altijd. Een tuchtrechtelijk vonnis kan immers bewijstechnisch van waarde zijn in een civiele zaak, en een opgelegde tuchtmaatregel is voor het openbaar ministerie vaak reden om niet tot strafvervolgning over te gaan.

Zoals gezegd vinden protocollen een groeiende toepassing in de rechtspraak. De KZI-wetsfamilie kent kwaliteitsnormen die zelf weinig houvast bieden. De beroepsnormen die daaraan invulling geven zijn concreet genoeg om dat wel te doen. Protocollen zijn echter geen rechtsregels. Zij zijn niet aan te merken als besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften of schriftelijke beslissingen van bestuursorganen inhoudende publiekrechtelijke rechtshandelingen.<sup>17</sup> Rechters zijn dus niet verplicht deze regels toe te passen, maar ze doen het wel. Omdat zij door rechters bij hun oordeelsvorming betrokken worden, vormen de beroepsnormen die door protocollen, richtlijnen, standaarden en gedragsregels worden belichaamd een 'indirecte' bron van recht. Door civiele rechters onder andere als maatstaf voor aansprakelijkheid uit toerekenbare tekortkoming ter zake van de geneeskundige behandeling,<sup>18</sup> door tuchtrechters die zich gesteld weten voor de vraag naar de schending van de tuchtnorm geschonden is, door strafrechters die de schuldvraag te beantwoorden hebben of na moeten gaan of en in welke mate van verwijtbaarheid sprake is.<sup>19</sup> Bestaan er duidelijke protocollen, dan zijn al deze vragen beduidend gemakkelijker te beantwoorden. Rechters zijn immers geen artsen en de inschakeling van getuige-deskundigen kent ook nadelen. Niet zelden zijn dat hoogleraren die gewoonlijk strengere kwaliteitsnormen hanteren dan de gemiddelde beroepsbeoefenaar. Bovendien is het gevaar reëel dat de norm waarvan zij getuigen niet als norm bestond ten tijde van het vermeende foutieve handelen. Een gedaagde beroepsbeoefenaar loopt dan het risico door de rechter met terugwerkende kracht de maat te worden genomen.

17 Artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht.

18 Artikel 6:74 lid 1 BW; en zie HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

19 Buijsen, a.w., p. 25.

De ontwikkeling van protocollen wordt door rechters krachtig ondersteund. In het verleden hebben zij zich meermaals uitgesproken voor de wenselijkheid van deze ontwikkeling, vooral in situaties waarin hun afwezigheid zich sterk deed gevoelen.<sup>20</sup> Dat een protocol voorhanden is, betekent echter nog niet dat een rechter deze altijd zal gebruiken. Jurisprudentieonderzoek leert namelijk dat rechters niet aan alle beroepsnormen hetzelfde gewicht toekennen. Hoe 'gewichtiger' een protocol, des te waarschijnlijker dat de rechter het zal hanteren als maatstaf. Een protocol kan op verschillende manieren aan gewicht winnen.<sup>21</sup> Een protocol waaraan gedegen wetenschappelijk onderzoek vooraf is gegaan, dat *evidence based* is, legt veel gewicht in de schaal. Ook het *gezag* van de opstellende instantie maakt verschil. Een richtlijn van de KNMG zal eerder worden gehanteerd dan een richtlijn van – bijvoorbeeld – de wat obscure Nederlandse Artsen Acupunctuur Vereniging. Is een protocol met de nodige *zorgvuldigheid* tot stand gekomen, dan levert dat ook gewicht op. En vooral daar waar de gevolgen ernstig kunnen zijn, ziet de rechter graag *duidelijkheid* in de normering. *Kenbaarheid* is evenzeer een factor van gewicht. Aan normen die niet kenbaar zijn, kan en mag gedrag immers niet worden afgemeten. Welke consequenties heeft nu het gebruik van de professionele standaard door de rechter? Wordt de autonomie van de dokter erdoor aangetast?

#### 4. De dokter en de patiënt

Artsen hebben met hun patiënten een contract, de geneeskundige behandelingsovereenkomst. De rechten en verplichtingen die uit deze overeenkomst voortvloeien, zijn geheel beschreven in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst, te vinden in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.<sup>22</sup> De WGBO kent uitsluitend dwingendrechtelijke bepalingen en bevat grotendeels patiëntenrechten (zo'n twintig in getal, en dus evenzo veel verplichtingen voor de dokter). Dit op het eerste gezicht wat onevenwichtige beeld wordt versterkt door het feit dat de overeenkomst een overeenkomst van opdracht is,<sup>23</sup> waarbij de patiënt opdrachtgever is (met onder andere het recht van eenzijdige opzegging) en de arts opdrachtnemer. Dit alles doet vermoeden dat in de arts-patiëntrelatie de wil van de patiënt wet is. Niets is minder waar.

De codificering van de patiëntenrechten in de WGBO is de typisch Nederlandse oplossing van een specifiek grondrechtenconflict, tussen het sociale grondrecht op gezondheidszorg enerzijds en de klassieke grondrechten op lichamelijke (en geestelijke) integriteit en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer anderzijds. De in de WGBO opgenomen dwingendrechtelijke bepalingen ter zake van informed consent, de informatieplicht, het beroepsgeheim, etc. zijn legislatieve keuzes die tegen de achtergrond van dat conflict begrepen moeten worden. Met de inkadering van WGBO in de regelgeving inzake de overeenkomst van opdracht bedoelde men destijds het feitelijke machtsoverwicht van de expert te compenseren. De angstige en gemakkelijk te manipuleren patiënt werd opdrachtgever, de alwetende man in de witte jas opdrachtnemer.

20 Buijsen, a.w., p. 26.

21 Buijsen, a.w., p. 27-30.

22 Artikelen 7:446-468 BW.

23 Artikelen 7:400-413 BW.

De juridische relatie tussen de partijen is – formeel althans – horizontaal. Daarmee is bepaald niet gezegd dat een patiënt de arts instructies te geven heeft. De besproken open en globale normen van de KZI-wetsfamilie doen zulks al vermoeden. Volgens de norm van verantwoorde zorg is het de reële behoefte van de patiënt waarin de arts te voorzien heeft, niet diens subjectieve behoefte. Daarenboven kan hij civielrechtelijk door de patiënt niet worden aangesproken op het niet behalen van het resultaat dat door de laatste zo vurig zal worden gewenst. Evenmin levert het negeren van de subjectieve wensen van zijn patiënt een arts een tuchtrechtelijk verwijt op, het schenden van de normen van zijn eigen beroepsgroep wel.

Regelmatig wordt de vrees geuit dat protocollen op den duur tot een dwingend keurslijf zullen verworden en daarmee de klinische autonomie zullen aantasten. Juridisch gezien bestaat het gevaar daaruit dat de hulpverlener zich teveel laat sturen door het protocol en te weinig door de omstandigheden van het individuele geval. Kan nu aan een beroepsnorm een zodanig gewicht gegeven worden dat de rechter de klinische autonomie niet langer respecteert?

Uit de rechterlijke omgang met protocollen en dergelijke kan worden opgemaakt dat er ruimte is voor beargumenteerd afwijken. Soms is afwijken ook geboden. De tuchtrechter heeft reeds geruime tijd geleden vastgesteld dat het automatisch volgen van protocollen artsen niet vrijwaart van aansprakelijkheid.<sup>24</sup> De keerzijde hiervan is dat artsen gehouden zijn afwijkingen te motiveren. De aanwezigheid van een protocol leidt tot een verantwoordingsplicht en waarschijnlijk is het dan zo dat naarmate een beroepsnorm dwingender geformuleerd is, en in de praktijk meer als vaste standaard van het handelen geldt, er aan de rechtvaardiging van een afwijking zwaardere eisen gesteld worden.<sup>25</sup>

In verband met de ruimte voor afwijken is het eerder gemaakte onderscheid naar stof, naar het soort van handelingen waarop medische beroepsnormen betrekking hebben, relevant. Hoewel er van het gebruik van de professionele standaard als rechterlijke maatstaf waarschijnlijk wel een bepaalde drang zal uitgaan om conform te handelen,<sup>26</sup> kan gezegd worden dat de rechter zich tot dusverre geen vijand heeft betoond van de klinische autonomie: de vrijheid van de arts ten aanzien van het materiële technische handelen, de toepassing daarvan op de individuele patiënt en de beslissingen die in dat verband door artsen worden genomen en onder meer tot uitdrukking komt in de vrijheid van de individuele arts ten aanzien van de wijze waarop hij meent een individuele patiënt te moeten behandelen en in de keuze van de diagnostiek en therapeutische middelen die daarbij ter beschikking staan.<sup>27</sup> Getuige de overvloedige (tucht)rechtspraak ter zake van waarnemingsregelingen en de omgang met patiëntengegevens, blijken rechters voor wat betreft handelingen in de sferen van organisatie en patiëntenrechten de individuele arts

24 CMT 18 november 1976, Stcr. 1977, 51. Zie voorts CMT 10 februari 1988, TvGR 1989/92.

25 Buijsen, a.w., p. 31.

26 K. Brouwer, 'Professionele autonomie en protocollaire geneeskunde', in: F.C.B. van Wijmen en C.J.M. Nederveen – Van der Kragt (red.), *Gezond met recht en rede: elf gezondheidsrechtelijke opstellen*, Alphen aan den Rijn 1994, p. 74.

27 Van Reijssen en Hubben, a.w., p. 4.

veel minder ruimte te laten. In die context is de rechter eigenlijk in het geheel niet bereid de arts een bijzondere positie toe te kennen.<sup>28</sup>

Met andere woorden, hebben de beroepsnormen een 'administratief' karakter, hebben zij betrekking op organisatie, procedure en patiëntenrechten, dan heeft de individuele arts geen autonomie. Hij heeft deze regels van zijn beroepsgroep maar domweg te volgen. Anders is het met medisch-technische normen gesteld. Daar heeft de individuele arts inderdaad de vrijheid om te doen wat in het belang van zijn patiënt is. In de regel betekent dit het volgen van de beroepsnorm, maar soms is handelen in strijd met die normen geboden. Schrijft de beroepsgroep in het algemeen middel  $x$  voor voor aandoe-ning  $a$ , dan staat het de individuele dokter nog altijd vrij (sterker nog: het is zijn plicht) te kiezen voor geneesmiddel  $y$  indien een individuele patiënt allergisch blijkt te zijn voor een bestanddeel van  $x$ . De beroepsgroep kent individuele beroepsbeoefenaars deze vrijheid uiteraard toe en blijkens de jurisprudentie zien rechters dat niet anders.

## 5. De dokter en de zorgverzekeraar

Zorgverzekeraars stellen belang in doelmatig zorgaanbod. Blijkens de norm van verantwoorde zorg rust op hen reeds sedert het midden van de jaren negentig de bijzondere verantwoordelijkheid om toe te zien op de verwerkelijking van dat bijzondere kwaliteitsaspect. Na de stelselwijziging van 1 januari 2006 hebben zorgverzekeraars ook de feitelijke marktmacht om dit te doen. Sindsdien zijn veel artsen bevreesd dat dit op termijn zal leiden tot aantasting van hun autonomie. Toen zorgverzekeraar Menzis, groot in het midden van Nederland, in delen zelfs feitelijk monopolist, huisartsen de mogelijkheid bood om deel te nemen aan een bonusregeling leek hun vrees bewaarheid te worden.

Ten behoeve van hun cliënten contracteren zorgverzekeraars ook huisartsenzorg. Om op de kosten van huisartsenzorg te kunnen besparen stelde Menzis zijn gecontracteerde huisartsen een bonus in het vooruitzicht. Diegenen die hun patiënten goedkopere cholesterolverlagers en maagzuurremmers gingen voorschrijven, konden per 'omgezette' patiënt rekenen op een geldbedrag, dat zij overigens slechts mochten aanwenden ter verbetering van de kwaliteit van hun praktijk. Zowel artsenorganisaties als patiëntenverenigingen stapten naar de rechter. De patiënten vreesden uiteraard dat de artsen zich bij de hulpverlening niet langer lieten leiden door louter medische overwegingen, de dokters spraken van een ontoelaatbare inmenging in de vertrouwelijke arts-patiëntrelatie.

De NHG-standaarden lieten huisartsen de keuze tussen verschillende cholesterolverlagers en maagzuurremmers. Medisch-wetenschappelijk onderzoek had aangetoond dat meerdere middelen even effectief waren. Naar de kosten van de middelen had de beroepsorganisatie niet gekeken. Menzis ging over tot de bonusregeling nadat gebleken was dat de fabrikanten van dure cholesterolverlagers en maagzuurremmers ziekenhuisapothekers met enorme kortingen tot aankoop bewogen. Als gevolg daarvan schreven de aan die ziekenhuizen verbonden specialisten die middelen aan hun patiënten voor. Hadden die

<sup>28</sup> P.P.M. van Reijssen, *Medisch-professionele autonomie en gezondheidsrecht*, diss. Nijmegen 1998, p. 262.

patiënten het ziekenhuis eenmaal verlaten, dan bleken hun huisartsen in hun voorschrijfgedrag de specialisten blindelings te volgen. Vanzelfsprekend brachten de fabrikanten buiten de ziekenhuismuren de ware, marktconforme prijzen in rekening. Door middel van prijsdumping vergewisten machtige farmaceuten zich dus van een stevig marktaandeel.

De bonusregeling van Menzis bedoelde het voorschrijfgedrag van de huisartsen te rationaliseren. En de rechter had met deze handelwijze geen enkele moeite. De medisch-professionele autonomie werd gerespecteerd, zo redeneerde hij, omdat de beroepsgroep in alle vrijheid de effectiviteit van de verschillende middelen had kunnen bepalen. De klinische autonomie werd geen geweld aangedaan omdat Menzis slechts de keuze voor het goedkoopste middel uit de lijst van door de beroepsgroep zelf als effectief aangemerkte en aanbevolen middelen stimuleerde. Menzis verplichtte niet tot een keuze voor een middel dat niet door de NHG werd aanbevolen. Bovendien had de individuele huisarts nog steeds de vrijheid om in het belang van individuele patiënten van de regeling af te wijken.<sup>29</sup>

De rechter had uiteraard gelijk. Niet alleen vertoonde Menzis het gedrag dat van zorgverzekeraars in het nieuwe stelsel wordt gewenst, de autonomie van de dokter werd bovendien op geen enkele wijze aangetast. Veel artsen zagen het Menzis-arrest het begin van het einde van hun autonomie, maar feitelijk deed de rechter niet meer dan duidelijk maken waarom autonomie gegeven is. De beroepsgroep komt autonomie toe omwille van de kwaliteit van de gezondheidszorg, en omwille van de doeltreffendheid in het bijzonder. De aandacht van de beroepsgroep dient primair uit te gaan naar dat kwaliteitsaspect. De individuele hulpverlener is autonomie gegeven om zorg op maat te kunnen leveren. Verliest de groep echter uit het oog waarom zij autonomie heeft, dan kan dit verstreckende gevolgen hebben voor de individuele beroepsbeoefenaar.

## 6. De dokter en het instellingsbestuur

Artsen zijn in de regel niet in loondienst werkzaam. ‘Werknemers zijn verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid (...) door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven.’<sup>30</sup> Omdat artsen in de regel geen werknemer zijn, hebben zij geen werkgevers die hen vertellen hoe ze wat moeten doen. De overheid, de patiënt en de zorgverzekeraar kunnen dat niet, het instellingsbestuur kan het evenmin. Zelfs artsen die wel op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, zoals medisch specialisten verbonden aan academische centra, hebben geen werkgever die deze zeggenschap over hen heeft. Hun rechtspositie is identiek aan die van hen die werkzaam zijn op basis van een zogenaamde toelatingsovereenkomst. Artsen die op basis van een dergelijke overeenkomst aan een ziekenhuis zijn verbonden, zijn vrijgevestigde ondernemers die afspraken hebben met een ziekenhuis om daar met gebruikmaking van faciliteiten en personeel werkzaam te zijn. De zeggenschap van het

<sup>29</sup> Hof Arnhem 3 januari 2006, LJN: AU8962.

<sup>30</sup> Artikel 7:660 BW.



instellingsbestuur strekt zich uit tot werktijden, ruimte en outillage, personeel, declareren, etc. Waar het gaat om het vakmatige handelen, kan het slechts eisen dat de toegelaten specialist zich conformeert aan de eigen professionele standaard. Daar is de laatste uitsluitend onderworpen aan de normen van de eigen groep, en daarbinnen geniet hij klinische autonomie.

Van instellingsbesturen heeft de arts geen aantasting van deze autonomie te vrezen zolang zijn beroepsgroep maar op de juiste wijze omgaat met de haar gegeven autonomie. In 1995 overwoog de kantonrechter te Schiedam de arbeidsovereenkomst tussen een consultatiebureau en een consultatiebureau-arts (CB-arts) te ontbinden, indien de laatste niet bereid was een in een protocol vastgelegde werkwijze alsnog te aanvaarden.<sup>31</sup> Uiteindelijk oordeelde de rechter dat er sprake was van een redelijke opdracht, waarmee hij de klinische autonomie van de arts uiteindelijk niet respecteerde. De rechter kwalificeerde het negeren door de arts van een door haar werkgever opgelegd protocol als werkweigering. Dit protocol droeg de arts namelijk op de bevoegdheid om de tweede, derde en vierde DKTP-, en de tweede, derde en vierde HIB-vaccinatie toe te dienen, alsook de bevoegdheid inzake (contra-)indicatiestelling, te delegeren aan de wijkverpleegkundige. De betreffende CB-arts voerde aan dat het aan de individuele arts zelf is om vanuit diens medisch-professionele overwegingen bepaalde handelingen te delegeren. Nu de werkgever delegatie van bepaalde volgens haar tot het autonome professionele domein van de arts behorende delen oplegde, was in haar ogen sprake van een inbreuk op haar autonomie. De rechter beoordeelde echter de opdracht aan de CB-arts als 'naar objectieve maatstaven redelijk' en concludeerde vervolgens dat de 'persoonlijke opvattingen van de arts omtrent de professionele autonomie daaraan in arbeidsrechtelijke zin – in beginsel – ondergeschikt zijn'.

Een vreemde en zeldzame uitspraak, die spijtig genoeg om technische redenen niet door een hogere rechter kon worden getoetst. Het is evenwel zeer de vraag wie hier nu de individuele beroepsbeoefenaar in de kou liet staan. De kantonrechter wees erop dat het protocol was opgesteld 'in samenspraak tussen CB-artsen en verpleegkundigen'. Voorts stelde hij vast dat 'bij de totstandkoming van het protocol geen sprake was geweest van een onevenredige vertegenwoordiging van CB-artsen in de desbetreffende werkgroep' en nam hij vervolgens aan dat 'in het protocol de opvattingen van (de meerderheid) van de CB-artsen verwerkt is'.

Kortom, de wijze van totstandkoming van het protocol was voor de rechter reden genoeg om aan te nemen dat het in casu ging om handelingen waarvan de beroepsgroep zelf vond dat de beslissing ter zake van delegatie niet door individuele CB-artsen hoeft te worden genomen. Waren de CB-artsen een andere mening toegedaan, dan zouden de genoemde verrichtingen toch niet tot voorwerp van algemene werkafspraken met verpleegkundigen zijn gemaakt?! Nu de beroepsgroep zelf de organisatorische voordelen zwaarder liet wegen dan de gevaren van ondeskundig handelen, en vervolgens een administratief protocol deed uitgaan, was er voor de kantonrechter geen enkele reden om de individuele CB-arts in casu een bijzondere positie toe te kennen.

31 Ktg Schiedam 20 februari 1996, TvGR 1997/6.

Met andere woorden, slechts wanneer de klinische autonomie niet langer de bescherming geniet van de eigen beroepsgroep, bijvoorbeeld doordat zij – zoals in de Schiedamse zaak – aan doeltreffendheid minder belang hecht dan aan doelmatigheid – pas dan wordt de dreiging van aantasting reëel. De individuele arts houdt dan als het ware ineens op professional te zijn.

## 7. Slotsom

Professionals onderscheiden zich van andere beroepsbeoefenaren door autonomie. Wezenlijk aan autonomie is zelfwetgeving. Geen zelfwetgeving, geen autonomie, geen autonomie, geen professionaliteit in eigenlijke zin.

Artsen stellen zichzelf de wet: de professionele standaard. De 'bevoegdheid' op basis van welke het stellen van deze algemene wet geschiedt, wordt medisch-professionele autonomie genoemd. Deze autonomie krijgt van de Nederlandse overheid (als wetgever, bestuur en rechter) ruim baan. De professionele standaard richt zich tot de individuele arts en dient te worden gevolgd bij het verlenen zorg aan de individuele patiënt. De bevoegdheid van de individuele arts om – juist in het belang van die patiënt – zelf te beslissen om een beroepsnorm al dan niet te volgen, wordt klinische autonomie genoemd. Regelgeving en jurisprudentie waarborgen ook deze autonomie jegens de partijen met wie de individuele arts pleegt te verkeren: de patiënt, de zorgverzekeraar, het instellingsbestuur.

Bedacht moet worden dat de autonomie van de dokter in beide betekenissen slechts gegeven is omwille van de kwaliteit van de zorgverlening in het algemeen en doeltreffendheid ervan in het bijzonder. Verliest de medische beroepsgroep dit uit het oog, om wat voor reden dan ook, dan blijkt de grootste bedreiging voor de vrijheid van de individuele beroepsbeoefenaar om het beste voor zijn patiënt te doen, te worden gevormd door de eigen beroepsgenoten. Staat de beroepsgroep evenwel voor kwaliteit en doeltreffendheid, dan is de medische stand de best mogelijke hoeder van haar eigen autonomie en professionaliteit.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Men raadplege verder RVZ, *Vertrouwen in de arts*, Den Haag 2007.

## Over de auteurs

**Mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans** is bestuursadviseur bij de Algemene Onderwijsbond, tevens verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam (afdeling staats- en bestuursrecht). Hij is lid van het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht.

**Mr. dr. M.A.J.M. Buijsen** is universitair hoofddocent gezondheidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

**Mevr. Mr. M. van Es** is als juriste werkzaam bij de afdeling juridische dienstverlening van de Algemene Onderwijsbond.

**Mr. dr. P.W.A. Huisman** is staflid bij de Onderwijsraad en lid van het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht.

**Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen** is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en hoogleraar onderwijsrecht aan diezelfde universiteit en de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij is lid van de Onderwijsraad, en lid van het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht.