

## Artikelen

*In deze rubriek worden artikelen opgenomen, die juridische vraagstukken rondom de rechten van de mens aan de orde stellen. De redactie streeft ernaar in elk Bulletin één artikel van wetenschappelijke aard op te nemen en één artikel dat van meer oriënterende aard is en typisch aansluit bij de actualiteit. De artikelen dienen in het algemeen niet langer te zijn dan 10 getypte vellen (A 4).*

*Copy-adres: Hugo de Grootstraat 27, 2311 XK Leiden, t.a.v. Redactie NJCM-Bulletin.*

### EEN MODEL VOOR DE AFWEGING VAN BOTSSENDE GRONDRECHTEN

Mr. C. Waaldijk en dr. R.A.P. Tielman\*\*

#### 1. INLEIDING

##### 1.1 Het probleem

In het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling<sup>1</sup> wordt voorgesteld overheden en private (rechts-)personen te verbieden onderscheid te maken op grond van geslacht, seksuele voorkeur of relatievorm. Deze uitwerking van het gelijkheids- of non-discriminatiebeginsel zou een inbreuk kunnen betekenen op de vrijheden van godsdienst en levensovertuiging, onderwijs en vereniging. Een afweging lijkt nodig. Ambtenaren en bewindslieden houden zich er momenteel mee bezig<sup>2</sup>.

In dit artikel willen wij met behulp van enkele algemene beginselen een model voor de afweging van botsende grondrechten schetsen, en bovendien een concrete toepassing van dat model beproeven. In dit eerste hoofdstuk zullen we bij wijze van inleiding het probleem verhelderen en de te hanteren algemene beginselen presenteren. In het tweede hoofdstuk volgt dan een beschrijving van het model, als ook een grafische weergave daarvan. In het derde hoofdstuk wordt dit model, bij wijze van voorbeeld, toegepast op enkele fictieve maar concrete gevallen. In dat hoofdstuk worden ook, zij het summier, enkele aanwij-

\* Een uitgebreidere versie van dit artikel verschijnt in mei 1984 als rapport in de reeks van de Interfacultaire Werkgroep Homostudies van de Rijksuniversiteit Utrecht.

\*\* Kees Waaldijk is als wetenschappelijk medewerker in het recht, in het bijzonder het staats- en bestuursrecht, verbonden aan de Rijksuniversiteit Limburg. Rob Tielman is als wetenschappelijk hoofdmedewerker verbonden aan de Vakgroep Socialisatiesociologie van de Rijksuniversiteit Utrecht.

zingen gegeven voor overheidsorganen die het model willen toepassen.

## 1.2 Botsing van grondrechten

In het geval van het voorontwerp Wet gelijke behandeling gaat het om mogelijke botsingen tussen het handhaven van het non-discriminatiebeginsel en het respecteren van de vrijheden van godsdienst en levensbeschouwing, onderwijs en vereniging. De vrijheid van meningsuiting speelt hier geen rol, omdat het voorontwerp zich beperkt tot de bestrijding van discriminerende behandeling (in tegenstelling tot discriminerende bejegening). Ter bescherming van het recht op non-discriminatie stelt de overheid verbodsbepalingen voor waardoor bepaalde levensbeschouwelijke, onderwijs- en verenigingsactiviteiten onwettig zouden worden. De voorgestelde - legislatieve - horizontale werking van het non-discriminatiebeginsel lijkt te botsen met de verticale werking van de drie genoemde vrijheden.

Aldus geschetst lijkt het een zwart-wit probleem: Verbieden of toelaten? Tegen discriminatie beschermen, of vrijheden respecteren? In werkelijkheid zijn er veel meer nuances: Overheden kunnen kiezen tussen meer alternatieven dan "verbieden" en "toelaten". De ene vrijheid is de andere niet. En ook discriminatie is een relatief begrip. In de volgende paragrafen zullen we deze drie nuanceringen summier uiteenzetten. Daarbij zal blijken dat wij niet alleen de diverse vrijheidsrechten, maar ook het non-discriminatiebeginsel zien als een uitwerking van het menselijk zelfbeschikkingsrecht, dat wil zeggen het recht van mensen om zelfstandig vorm te geven aan hun leven. In het kader van die algemene noemer willen wij het probleem van grondrechten-botsingen te lijf gaan.

## 1.3 Overheidsoptreden

Verbiedende wetgeving is maar één van de instrumenten waarmee de overheid (mogelijke) gedragingen van burgers tegemoet kan treden. Gebiedende wetgeving, waarin bepaalde handelingen verplicht worden gesteld, is een ander middel. Midden tussen deze extremen ligt neutraal overheidsoptreden. Tussen neutraal en gebiedend beleid bestaan allerlei varianten van bevorderende maatregelen: subsidies, beloningen, loftuitingen, informatie. Tussen de neutrale middelen en verbiedende wetgeving bevinden zich allerlei varianten van tegengaand beleid: heffingen, afkeuring. Men zou kunnen spreken van een continuum van mogelijke vormen van overheidsoptreden<sup>3</sup>. Voor het doel van dit artikel is het zinvol dit continuum onder te brengen op een simpele vijf-puntsschaal: verbieden - tegengaan - neutraal - bevorderen - gebieden. Verderop zal nog onderscheiden worden tussen algemeen- en specifiek-bevorderende instrumenten.

Bij de keuze tussen deze alternatieven zal een rationele overheid zich onder meer laten leiden door overwegingen van effectiviteit. Daat gaat het in dit artikel echter niet om<sup>4</sup>. In een democratische rechtsstaat zal een overheid zich bij deze keuze ook laten leiden door de juridische toelaatbaarheid

en de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de diverse instrumenten. En daar gaat het om bij de onderhavige afweging van grondrechten.

#### 1.4 Vrijheden

De in de Grondwet en internationale verdragen genoemde vrijheidsrechten inzake godsdienst, levensovertuiging en vereniging zijn niet absoluut. Zij mogen bij wet beperkt worden in het belang van de openbare orde of ter bescherming van de (fundamentele) rechten van anderen (art. 6 en 9 Grondwet, art. 9 en 11 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, art. 18 en 22 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten). Hierin ziet men de juridische weerslag van de algemene maxime dat de vrijheid van de één ophoudt, waar de vrijheid van de ander begint. Vrijheidsrechten die gebruikt worden om het zelfbeschikkingsrecht van anderen aan te tasten, mogen bij wet beperkt worden. Daarmee is in beginsel de mogelijkheid tot afweging gegeven. Die mogelijkheid tot afweging bestaat ook terzake van de vrijheid van onderwijs. Artikel 23 lid 2 Grondwet clauseert de onderwijsvrijheid immers met de woorden "behoudens het toezicht van de overheid". Noch in artikel 23 Grondwet noch in artikel 2 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens kan men een vrijbrief lezen om met een beroep op de onderwijsvrijheid de rechten van anderen te bedreigen. Dat de wetgever bij het regelen van het onderwijs de bestaande overtuigingen van ouders (en kinderen) moet respecteren, betekent nog niet dat de wetgever bepaalde handelingen (bijvoorbeeld mishandeling) op scholen niet mag verbieden. Vandaar de noodzaak tot afweging Artikel 13 van het Internationale verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat bij de vrijheid tot het geven van onderwijs de eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in acht moet worden genomen. Volgens artikel 4 van dit verdrag mag ook de onderwijsvrijheid, mits bij wet, worden beperkt ter bevordering van het algemeen welzijn.

De vraag is nu of "bescherming tegen discriminatie" valt onder de genoemde beperkingsgronden. Wij kunnen drie, ons overtuigende, argumenten noemen waarom het non-discriminatiebeginsel zou vallen onder het bereik van formuleringen als "de fundamentele rechten van anderen". In de eerste plaats is het non-discriminatiebeginsel een rechtsbeginsel: vrij algemeen wordt "discriminatie" gedefinieerd als "ongerechtvaardigd onderscheid"<sup>5</sup>. In de tweede plaats is het non-discriminatiebeginsel als mensenrecht vastgelegd (artikel 1 Grondwet en artikel 26 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten). In de derde plaats valt te wijzen op de prominente plaats die het non-discriminatiebeginsel de laatste decennia heeft gekregen. Dat blijkt onder meer uit het bestaan van verschillende internationale instrumenten die, parallel aan de algemene mensenrechtenverdragen, discriminatie op bepaalde gronden

verbieden<sup>6</sup>; en ook uit het feit dat de herziene Nederlandse Grondwet met dit beginsel opent<sup>7</sup>. Dit leidt ons tot de conclusie dat beperking van de bovengenoemde vrijheden ter bescherming tegen discriminatie juridisch in beginsel is toegestaan, mits deze beperking plaats vindt bij wet. De afweging is dus in eerste instantie een taak voor de wetgever.

Niet alle vrijheden zijn als grondrechten verankerd. Dat is een aanwijzing dat niet alle vrijheden even belangrijk worden geacht voor de menselijke zelfbeschikking<sup>8</sup>. Ook binnen het kader van de wel juridisch vastgelegde vrijheden zal de vrijheid tot de ene handeling essentiëler worden geacht dan de vrijheid tot een andere handeling. Twee voorbeelden: Een orthodox kerkbestuur kan de vrijheid om een ongehuwd samenwonende predikant niet aan te nemen belangrijker vinden dan de vrijheid om een ongehuwd samenwonende koster bij een sollicitatie af te wijzen<sup>9</sup>. En een confessioneel schoolbestuur kan de vrijheid om openlijk-homoseksuele leerlingen van school te sturen minder essentieel achten dan de vrijheid om een openlijk-homoseksuele sollicitant voor de post van leraar maatschappijleer af te wijzen.

Duidelijke algemene uitspraken over het relatieve belang van de diverse vrijheden zijn derhalve niet te doen. Telkens zal men kennis moeten nemen van de belevingswereld van de dragers van die vrijheden.

### 1.5 Discriminatie

In artikel 1 van de Grondwet wordt alle discriminatie op alle gronden verboden. Toch is dat verbod minder absoluut dan op het eerste gezicht lijkt. Omdat onder discriminatie onrecht onderscheid wordt verstaan<sup>10</sup>, is het aan de rechter die dit artikel wil toepassen, of aan de wetgever die dit artikel wil uitwerken, om te bepalen welk onderscheid terecht en welk onderscheid ten onrechte wordt gemaakt.

Verschillende factoren kunnen van belang zijn bij de vraag of het maken van onderscheid discriminatie oplevert.

- Gaat het om onderscheid in woorden of om onderscheid in daden?

In een land waar de vrijheid van meningsuiting hoog staat aangeschreven, zullen uitlatingen minder snel als (onrechtmatige) discriminatie worden bestempeld dan ongelijke behandelingen. Hierna beperken wij ons verder tot ongelijke behandeling<sup>11</sup>.

- Op welke gronden wordt onderscheid gemaakt?

Geen enkele grond wordt uitgesloten in artikel 1 van de Grondwet. Onjuist achten wij het om in het algemeen onderscheid op grond van zijnskenmerken (ras, geslacht, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging) eerder onrecht te noemen dan onderscheid op grond van gedragskenmerken (relatieve vorm, taal, levensbeschouwelijke of politieke activiteit)<sup>12</sup>. Bij vrijwel alle discriminatie gaat het immers om beide: een vrouw wordt niet zo maar gediscrimineerd omdat ze vrouw is, maar omdat ze ook een baan wil in plaats van thuis

te blijven zitten; een homo wordt niet zo maar gediscrimineerd omdat hij (bijvoorbeeld) met een vriend samenwoont, maar omdat hij ook een man is<sup>13</sup>; een Vlaming wordt in Brussel niet zo maar gediscrimineerd omdat hij een Vlaming is, maar omdat hij ook werkelijk de Nederlandse taal gebruikt; enzovoort.

Hieruit blijkt dat anti-discriminatie-recht mede de vrijheid dient: de vrijheid om je te gedragen conform, of juist in afwijking van, de verwachtingen die gekoppeld zijn aan een bepaald zijnskenmerk dat je al dan niet sinds je geboorte hebt. Dit zelfbeschikkingsrecht dient de grens tussen discriminatie en gerechtvaardigd onderscheid te bepalen. Daarom zullen we in ons model ook geen gebruik maken van het onderscheid tussen zijns- en gedragskenmerken, maar van het hieronder te bespreken afhankelijkheids criterium.

- In welk verband wordt onderscheid gemaakt?

Het maakt een groot verschil of, bijvoorbeeld, de overheid bij de belastingheffing onderscheid maakt op grond van geslacht, huidskleur en geloof, of dat een individu, op dezelfde gronden, onderscheid maakt bij zijn partnerkeuze. Iemand die in een niet beledigend gestelde contact-advertentie zet dat vrouwen, kleurlingen en katholieken niet hoeven te reageren, maakt zich niet schuldig aan discriminatie. Genoemde vrouwen, kleurlingen en katholieken zijn immers niet afhankelijk van die ene contact-advertentie, maar - behoudens emigratie - wel van die ene overheid. De moeilijke gevallen liggen tussen deze twee uitersten. In talloze verbanden waarin onderscheid gemaakt kan worden is sprake van enige mate van afhankelijkheid. Kennis van die mate van afhankelijkheid is inmisbaar voor een overheid die op rationele wijze een grens wil trekken tussen discriminatie en gerechtvaardigd onderscheid.

Het gaat om de feitelijke afhankelijkheid. Het lijkt ons onjuist om hier met een formeel afhankelijkheids criterium te werken. Of de discriminerende instantie juridisch gezien een overheid of een particulier is, achten wij niet beslissend. Dat betekent dat wij niet op voorhand onderscheid maken tussen de verticale en de horizontale werking van het non-discriminatiebeginsel<sup>14</sup>. Ook valt het criterium afhankelijkheid niet samen met de vraag of het gaat om het openbare leven dan wel om de privé-sfeer (zie paragraaf 2.4)<sup>15</sup>.

### 1.6 Non- en anti-discriminatie-beleid

Non-discriminatie is het zich onthouden van discriminatie; anti-discriminatie is het bestrijden van door derden gepleegde discriminatie.

Het gaat ons hier om ongelijke behandeling van mensen op grond van geslacht, seksuele voorkeur en relatievorm. Deze gronden hebben gemeen dat "de overheid" van mening is dat hierop geen ongelijke behandeling mag worden gebaseerd (op enkele uitzonderingen na, zoals "positieve discriminatie" van vrouwen of geslachtsbepaald onderscheid in de sport en op het toneel).

Deze rechtsopvatting van de overheid past in een tijd waarin de overheid geacht wordt zich niet te laten leiden door subjectieve, wetenschappelijk ongefundeerde ideeën over het privé-leven van mensen<sup>16</sup>. Deze opvatting is onder meer gebleken uit de publicatie van het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling. Een zeer ruime politieke meerderheid heeft zich achter de uitgangspunten van dit voorontwerp geschaard. Ook binnen het CDA bleef de kritiek beperkt tot de vraag, in hoeverre burgers gedwongen moeten worden zich conform deze, ook door het CDA onderschreven, opvatting te gedragen<sup>17</sup>.

Dat de overheid zelf zich moet onthouden van vrijwel alle onderscheid op grond van geslacht, seksuele voorkeur of relatievorm, vloeit hier direct uit voort. De wetgever zal weliswaar nog heel wat werk hebben om de bestaande wetgeving hiermee in overeenstemming te brengen<sup>18</sup>, en niet elke ambtenaar blijkt al even goed doordrongen te zijn van dit uitgangspunt<sup>19</sup>, maar non-discriminatie jegens vrouwen, homo's en alternatieve samenlevingsvormen is officieel beleid. Ongelijke behandeling van overheidswege op één van deze gronden levert, behoudens enkele uitzonderingen, discriminatie in de zin van artikel 1 van de Grondwet op.

Dat de overheid een beleid van non-discriminatie voert (waar nog heel wat aan te verbeteren zou zijn), is van belang, aangezien zonder dat een anti-discriminatie-beleid niet erg overtuigend over zou komen. De Nederlandse overheid voert ten aanzien van geslacht, seksuele voorkeur en relatievorm niet alleen een non-discriminatie-beleid, maar ook een anti-discriminatie-beleid. Zij probeert te bewerkstelligen dat burgers zich niet aan discriminatie op deze gronden schuldig maken<sup>20</sup>. In dat kader werden wetten gelijke behandeling vastgesteld of voorontworpen<sup>21</sup>. Deze wetten brengen de vrijheden van degenen die onderscheid (willen) maken in het geding. Hier doet zich het afwegingsprobleem voor. Daarvoor hebben wij een afwegingsmodel ontwikkeld dat hieronder uiteengezet wordt.

### 1.7 Politieke consensus?

Benadrukt zij dat binnen het model te nemen beslissingen politieke keuzes inhouden. Problemen van grondrechtenafweging worden, voornamelijk, niet opgelost door het positieve recht van Grondwet en mensenrechtenverdragen. Evenmin vloeien dergelijke oplossingen uit de logica of ander gezond verstand voort. In dit artikel proberen wij dan ook niet meer dan een model te ontwerpen waarbinnen beslissingen over de afweging van grondrechten op een rationele manier kunnen worden genomen. Niet alleen in onze toepassing van het model, ook in het ontwerp van het model liggen ethische en/of politieke keuzes besloten. Ons model is niet waarde vrij. Het lijkt niet waarschijnlijk dat in Nederland binnen afzienbare tijd een consensus zal ontstaan over de vraag in hoeverre de vrijheden van godsdienst en levensovertuiging, vereniging en onderwijs in het belang van het non-discriminatie-beginsel mogen worden beperkt. Misschien dat eerder enige eensgezind-

heid kan ontstaan over zoiets als een model waarbinnen die afweging kan plaatsvinden.

## 2. HET MODEL

### 2.1 Uitgangspunten

We willen hier een model presenteren met behulp waarvan het abstracte beginsel van het menselijke zelfbeschikkingsrecht vertaald kan worden in concrete beslissingen over de afweging van botsende grondrechten, in het bijzonder bepaalde vrijheidsrechten en het non-discriminatiebeginsel. Het model zal moeten aangeven dat het respecteren of handhaven van een grondrecht belangrijker is, naarmate dat grondrecht een grotere betekenis heeft voor de menselijke zelfbeschikking. Zo algemeen geformuleerd biedt het probleem geen aanknopingspunten voor een rationele, modelmatige aanpak waarbij normatieve en feitelijke aspecten worden onderscheiden. Een dergelijke aanpak wordt wel mogelijk, wanneer de verschillende grondrechten waarin het zelfbeschikkingsrecht is uitgewerkt, nader worden geanalyseerd.

Het hier ontwikkelde model is toegespitst op botsingen van het non-discriminatiebeginsel met een drietal klassieke vrijheidsrechten. Niet is nagegaan of het model zich ook leent voor de afweging van botsingen tussen andere grondrechten. Dat blijft een interessante opgave voor later. De specifieke kenmerken van bijvoorbeeld politieke en sociale grondrechten zullen in ieder geval enige aanpassingen in het model vergen.

In het voorgaande hebben we zowel de vrijheidsrechten inzake godsdienst en levensbeschouwing, onderwijs en vereniging als het non-discriminatiebeginsel als uitwerkingen van het beginsel van het menselijke zelfbeschikkingsrecht aangeduid. In paragraaf 1.5 hebben we het non-discriminatiebeginsel nader geanalyseerd met behulp van het criterium afhankelijkheid. We hebben daar voorgesteld het maken van onderscheid "discriminatie" (= ongerechtvaardigd onderscheid) te noemen naar de mate waarin de door het onderscheid benadeelde afhankelijk is van degene die het onderscheid maakt. In paragraaf 1.4 hebben we voorgesteld om de vrijheidsrechten te rangschikken naar de mate waarin zij door hun dragers als essentieel worden ervaren. Door deze nadere analyses is het mogelijk afwegingsbeslissingen in geval van botsingen tussen deze grondrechten te splitsen in een objectieve en een subjectieve fase. De mate waarin iemand afhankelijk is of de mate waarin iets als essentieel wordt ervaren kan immers tot op zekere hoogte objectief worden vastgesteld. De factoren die bij dergelijke vaststellingen van belang kunnen zijn, worden besproken in de paragrafen 2.3 en 2.4. Deze min of meer objectieve vaststellingen zijn dan het materiaal waarmee in de volgende, subjectieve fase gewerkt kan worden. In paragraaf 2.8 zal blijken dat de subjectiviteit in deze fase nog beperkt wordt door diverse politieke bindingen.

## 2.2 De variabelen

Het gaat hier om de vraag naar de toelaatbaarheid van overheidsmaatregelen ter bestrijding van ongelijke behandeling wegens geslacht, seksuele voorkeur en relatievorm. Wij beperken ons dus niet tot de vraag naar de toelaatbaarheid van verbodsbepalingen. Die vormen immers maar één van de mogelijke instrumenten van anti-discriminatie-beleid. Het buiten beschouwing laten van andere typen van overheidsop treden zou de afwegingsproblematiek onnodig moeilijk maken, omdat dat telkens zou dwingen tot de zwart-wit-keuze: verbieden of niet. Wanneer andere middelen wèl in de afweging worden betrokken, dan wordt het mogelijk de verschillende gewichtsverhoudingen tussen de af te wegen belangen in verschillende conclusies tot uitdrukking te laten komen. Een eerste variabele voor ons afwegingsmodel is derhalve de aard van de overheidsmaatregel. In paragraaf 1.3 hebben we voorgesteld hier eenvoudigheidshalve een vijf-puntsschaal te hanteren: verbieden - tegengaan - neutraal - bevorderen - gebieden.

De twee andere variabelen betreffen de te wegen belangen. Enerzijds non-discriminatie, anderzijds vrijheid. Beide hebben we nader geanalyseerd, zoals samengevat in de voorgaande paragraaf.

Het afwegingsmodel heeft nu drie variabelen:

- O = de aard van de overheidsmaatregel ter bestrijding van het onderscheid;
- A = de mate waarin de door het onderscheid benadeelde afhankelijk is van degene die het onderscheid maakt;
- E = de mate waarin de vrijheid om het onderscheid te maken door de drager van die vrijheid als essentieel wordt ervaren.

## 2.3 De schatting van E

De variabele E moet niet verward worden met dat wat de dragers van de desbetreffende vrijheden als hun mening naar buiten brengen. Dat kan, door overdrijving bijvoorbeeld, afwijken van de mate waarin de verschillende vrijheden werkelijk als essentieel worden ervaren<sup>22</sup>. Te denken valt aan een schoolbestuur dat zegt principiële bezwaren te hebben tegen praktizerende homoseksuele leerkrachten, maar dat blijkens het toelaten van leerlingen van alle gezindten toch niet zo hecht aan handhaving van de godsdienstige grondslag van de school. Om E zo objectief mogelijk in te schatten lijkt het verstandig in ieder geval op de volgende drie punten te letten. Daarbij dient gebruik gemaakt te worden van beschikbare empirische inzichten terzake.

- . Gaat het om een vrijheid iets in de directe persoonlijke levenssfeer (het micro-nivo) te doen of gaat het om een vrijheid iets te doen in een (veel) wijder verband (meso- of macro-nivo)? Over het algemeen kan men ervan uitgaan dat vrijheden op micro-nivo als essentiëler worden ervaren dan die op meso-nivo en dat vrijheden om het algemeen maatschap-

- pelijk verband (het macro-nivo) naar eigen overtuiging vorm te geven als nog minder essentieel worden ervaren<sup>23</sup>.
- . Betreft de vrijheid de kern van bepaalde zaken, of gaat het slechts om iets bijkomstigs? Bijvoorbeeld: gaat het om een leraar godsdienst of om de boekhouder van de school?
  - . Hoe diep is de overtuiging op grond waarvan men iets meent te moeten doen, geworteld? Ter beantwoording van deze vraag kan nagegaan worden hoe consequent geleefd wordt volgens die overtuiging, en meer in het algemeen hoe groot de feitelijke rol van die overtuiging in het leven van de betrokkenen is<sup>24</sup>.

#### 2.4 De schatting van A

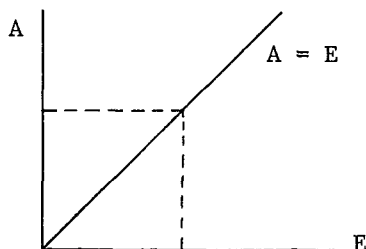
De variabele A slaat niet op de mate waarin de gediscrimineerde zich van de discriminator afhankelijk voelt, maar op de mate waarin hij of zij afhankelijk is<sup>25</sup>. Ook hier kunnen enkele punten worden genoemd, die niet over het hoofd mogen worden gezien, wanneer men A zo objectief mogelijk wil schatten.

- . Kan de (potentieel) gediscrimineerde de discriminatie ontlopen of niet? Wanneer de discriminatie op macro-nivo plaats vindt, dan zal die discriminatie moeilijker te ontlopen zijn, dan wanneer zij op meso- of micro-nivo plaats vindt. Het is over het algemeen namelijk niet mogelijk "de maatschappij" te verlaten, terwijl het veelal wel mogelijk is om van vrienden (micro) of huisarts (meso) te veranderen. Met andere woorden: de afhankelijkheid is groter, naarmate de voorziening waarvan men afhankelijk is meer kenmerken van een monopolie bezit<sup>26</sup>. In tijden van grote werkloosheid lijkt elke werkgever meer op een monopolist, waardoor werknemers in sterkere mate van hun werkgevers afhankelijk zijn. Grote afhankelijkheid kan zich ook op micro-nivo voordoen: men denke aan de positie van jonge kinderen ten opzichte van hun ouders<sup>27</sup>.
- . Gaat het om ongelijke behandeling terzake van in onze maatschappij benadrukte activiteiten als onderwijs of arbeid, of gaat het om activiteiten met minder maatschappelijk gewicht? Van voorzieningen op het gebied van onderwijs of arbeid is men over het algemeen meer afhankelijk dan van bijvoorbeeld recreatieve voorzieningen<sup>28</sup>.
- . Hoe algemeen zijn de desbetreffende discriminatoire praktijken verspreid? Naarmate meer personen en instanties zich aan discriminatie schuldig maken, zijn de slachtoffers van die discriminatie sterker afhankelijk van elke individuele persoon of instantie die zich aan discriminatie te buiten gaat.

#### 2.5 De verhoudingen tussen E en A

De in de vorige twee paragrafen geobjectiveerde schatting van A en E vindt telkens plaats naar aanleiding van een concrete botsing van grondrechten: Overheidsmaatregelen ter bestrijding van een bepaalde vorm van discriminatie dreigen een inbreuk te maken op bepaalde vrijheden. De schatting van A en E, op basis van empirische inzichten, maken het mogelijk het belang dat de overheid wil beschermen (non-discriminatie) en

het belang dat de overheid dreigt te schaden (bepaalde vrijheidsrechten) in twee getallen uit te drukken. De schatting resulteert dus in een bepaalde verhouding. Schattingen naar aanleiding van andere concrete botsingen zullen in andere (of eventueel in dezelfde) verhoudingsgetallen resulteren. Al die verhoudingen tussen A en E zijn weer te geven in een grafiek met twee assen. Op de ene as A, op de andere E.



Elk punt in deze grafiek geeft een specifieke verhouding tussen A en E weer. Die verhouding is te visualiseren in de stip-pellijnen die de punten met de assen verbinden.

In deze grafiek kunnen lijnen worden getrokken, vanuit de oorsprong. Eén zo een lijn hebben we getrokken. De lijn  $A = E$ . Op die lijn liggen alle punten die corresponderen met grondrechtenbotsingen waarbij A even groot geschat is als E. Talloze andere lijnen hadden getrokken kunnen worden. Bijvoorbeeld de lijn  $A = 3E$ . Die lijn zou heel stijl lopen, en de punten weergeven waarin A precies drie maal zo groot is geschat als E. Deze lijnen zijn in de volgende fase van belang. In die volgende fase zal beslist moeten worden welke gradatie van overheidsoptreden maximaal toelaatbaar is ter bescherming tegen de desbetreffende vorm van ongelijke behandeling. Daarbij komt het niet aan op de grootte van A of E op zichzelf, maar op de verhouding tussen A en E. En op de bedoelde lijnen is de verhouding tussen A en E telkens gelijk. Ten aanzien van alle punten op zo een lijn, zou een rationele overheid dus telkens dezelfde beslissing moeten nemen over de maximaal toelaatbare gradatie van overheidsoptreden.

## 2.6 De varianten van 0

Hiervoor hebben we de vijf varianten van 0 onderscheiden. De variant 'gebieden' is hier van geen belang, want als de overheid al nagaat of een eventueel verbod van bepaalde handelingen toelaatbaar is, gezien de erbij betrokken grondrechten, dan komt een gebod van diezelfde handelingen niet in aanmerking: Een overheid die een anti-discriminatie-beleid voert zal niet tegelijkertijd burgers willen verplichten te discrimineren. Eenzelfde redenering gaat op voor specifiek-bevorderend optreden. Het zou immers gek zijn, wanneer een overheid met non- en anti-discriminatie in haar vaandel subsidie zou geven aan organisaties juist om hun discriminerende activiteiten te stimuleren of te belonen.

Naast specifiek-bevorderend optreden staan algemeen-bevorde-

rende beleidsinstrumenten. Bijvoorbeeld: talloze instellingen krijgen subsidie voor hun activiteiten in het algemeen, ondanks eventuele discriminatoire aspecten van die activiteiten. Het is niet ondenkbaar en evenmin altijd vermijdbaar, dat een overheid die een anti-discriminatie-beleid voert, dergelijke algemene bevordering van weliswaar enigszins discriminerende activiteiten voortzet.

Het belangrijkste verschil tussen bevorderend en neutraal optreden is dat bij het laatste alle (algemene en specifieke) bevordering van de desbetreffende activiteiten achterwege blijft. De overgang van bevorderend naar neutraal beleid kan dus bijvoorbeeld gekenmerkt worden door het intrekken van subsidies of het afbreken van overleg.

Tegengaan beleid inzake discriminatie kan bijvoorbeeld de vorm hebben van een commissie, zoals voorgesteld in het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, die in het openbaar niet-bindende uitspraken doet over geconstateerde gevallen van discriminatie<sup>29</sup>.

De meest absolute vorm van overheidsingrijpen is het verbod. In het Voorontwerp worden enkele vooral civielrechtelijk te hanteren verbodsbepalingen voorgesteld.

## 2.7 De maximaal toelaatbare O

Het model zal aangeven welke mate van overheidsoptreden vanuit een oogpunt van grondrechtelijk beschermde (maar door anti-discriminatie-beleid bedreigde) vrijheden maximaal toelaatbaar is. Het model geeft dus niet aan welke mate van overheidsoptreden minimaal geboden is gezien de behoefte van gediscrimineerden aan overheidsbescherming.

We hebben nu nog vier vormen van overheidsoptreden die we in het model willen verwerken. Er zou oneindig veel verder gedifferentieerd kunnen worden, maar dat doen we hier niet.

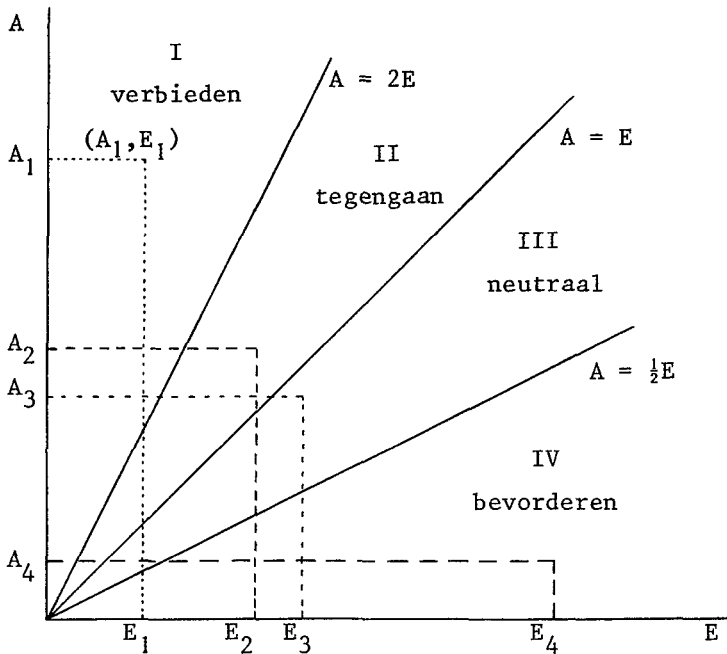
Gegeven dit getal van vier lijkt het verstandig ook de uitkomsten van de afweging van A en E in vier groepen te verdelen.

Een en ander kan dan gekoppeld worden. Bijvoorbeeld als volgt:

- Verbiedend overheidsoptreden wordt slechts toelaatbaar geacht, indien A veel groter is dan E (I).
- Indien A slechts een beetje groter is dan E (II), dan is ten hoogste tegengaan overheidsoptreden toelaatbaar.
- Indien A een beetje kleiner is dan E (III), dan is ten hoogste neutraal overheidsoptreden toelaatbaar.
- Algemeen bevorderend overheidsoptreden tenslotte mag niet stopgezet worden wanneer A veel kleiner is dan E (IV).

Dit alles kan nu op onderstaande manier in beeld worden gebracht. De grens tussen de gebieden I en II zou bijvoorbeeld gevormd kunnen worden door de lijn  $A = 2E$ ; de grens tussen II en III door de lijn  $A = E$ ; en de grens tussen III en IV door de lijn  $A = \frac{1}{2}E$ , bijvoorbeeld. De factoren 2 en  $\frac{1}{2}$  zijn willekeurig gekozen ten behoeve van de grafische weergave. Een dergelijke kwantificering is niet nodig voor de toepassing van het model. De aanduidingen: "veel/een beetje" en "groter/kleiner" zijn daarvoor voldoende bruikbaar.

Indien het de lezer nu gaat duizelen, doet hij of zij er verstandig aan enkele concrete toepassingen van dit model in paragraaf 3.1 te lezen.



In deze figuur zijn ter verduidelijking vier voorbeeld-punten ingetekend. Elk van die punten geeft een bepaalde verhouding tussen een bepaalde A en een bepaalde E aan. Die verhouding is gevisualiseerd in de stippellijnen. Al naar gelang een punt in gebied I, II, III of IV valt, is ter zake maximaal een verbiedend, tegengaan, neutraal, respectievelijk (algemeen-)bevorderend overheidsoptreden toelaatbaar. Dat wil zeggen dat bijvoorbeeld in punt  $(A_1, E_1)$  niet alleen een verbiedend beleid toelaatbaar is, maar ook een tegengaan, neutraal of bevorderend beleid.

Verschillende combinaties van overheidsoptreden zijn mogelijk. Verbiedend ingrijpen kan uiteraard gecombineerd worden met tegengaan ingrijpen. Het is echter de vraag hoe een combinatie van bevorderend ingrijpen met verbiedend of tegengaan optreden moet worden beoordeeld. Erg rationeel zou het niet zijn, want het ene instrument zou het andere tegenwerken. Dat is echter niet zo'n probleem, wanneer er geen grote belangen bij zijn betrokken, wanneer, met andere woorden, zowel A als E erg klein zijn (links onder in de figuur). Ook zijn dergelijke irrationele combinaties acceptabel in een overgangssituatie, waarin de overheid haar anti-discriminatie-beleid aan het wijzigen is.

## 2.8 Bindingen bij de toepassing van het model

Dit model geeft zelf geen antwoord op vragen van grondrechtenafweging<sup>30</sup>.

Het is slechts een model dat door de wetgever en de rechter toegepast kan worden<sup>31</sup>. De toepassing van het model brengt allerlei politieke en ethische keuzes met zich mee. Gekozen moet worden voor een bepaalde schatting van A, voor een bepaalde schatting van E, en ook voor een vergelijkingsmaat voor A en E. Op zichzelf zijn A en E immers nog als appels en peren. Bovendien zijn keuzes nodig om vast te stellen bij welke verhoudingen van A en E men welke vormen van overheidsoptreden maximaal toelaatbaar acht.

Toch heeft "de politiek" naar onze mening niet volledig vrij spel bij de toepassing van dit model. In twee opzichten geeft het model meer houvast dan het algemene beginsel van het menselijk zelfbeschikkingsrecht, dat leidraad is geweest bij het ontwerpen van dit model.

In de eerste plaats zijn A en E tot op grote hoogte empirische categorieën. Derhalve kunnen bij de schatting van A en E sociaal-wetenschappelijke inzichten een grote rol spelen. In de paragrafen 2.3 en 2.4 hebben wij factoren aangegeven die de schatting van A en E kunnen objectiveren.

In de tweede plaats mag van "de politiek" een consequente aanpak van grondrechtenafwegingsvragen worden verwacht. Dat betekent dat de ene politieke beslissing over grondrechtenafweging implicaties heeft voor later te nemen beslissingen. Wanneer bijvoorbeeld in een vroeger geval bepaald is dat bij een bepaalde verhouding van A en E een bepaalde O de maximaal toelaatbare is, dan gaat het niet aan om in een geval waarin A duidelijk kleiner wordt geschat of waarin E aanmerkelijk groter wordt geschat, te concluderen dat nu een minder vergaande O (dan in dat vorige geval) de maximaal toelaatbare is. Het ligt natuurlijk anders, wanneer het desbetreffende politieke orgaan zijn beleid wijzigt, maar dat zal dan wel duidelijk moeten worden gemaakt, onder meer door voorstellen om die vroegere besluiten te herzien.

Bij de grondrechtenafweging in het kader van de voorbereiding van een algemene Wet gelijke behandeling dienen verschillende vroegere wetgevingsbeslissingen in het oog te worden gehouden. In 1971 besliste de wetgever dat artikel 429quater van het Wetboek van Strafrecht (ongelijke behandeling wegens ras verbiedend) geen uitzondering behoeft voor bijvoorbeeld godsdienstig of levensbeschouwelijk geïnspireerde rassendiscriminatie. Evenmin maakt de tegenwoordige wetgeving inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid uitzonderingen voor aldus geïnspireerde discriminatie van vrouwen en (on-)gehuwden. Bij de behandeling in 1976 van het ontslagverbod wegens huwelijk, zwangerschap of bevalling heeft de wetgever, onder meer bij monde van minister-president Van Agt, de gedachte dergelijke uitzonderingen op te nemen zelfs uitdrukkelijk verworpen<sup>32</sup>. Deze vroegere wetgevingsbeslissingen hebben uiteraard geen juridische bindingen voor toekomstige wet-

geving in het leven geroepen. Wèl politieke bindingen. Die bindingen en de algemene eisen van consequentie en consistentie brengen mee dat de wetgever niet zo maar af kan wijken van die vroegere beslissingen. Doet hij dat toch, dan zal tenminste duidelijk moeten worden gemaakt waarom het beleid veranderd wordt of waarom nu - binnen hetzelfde grondrechtenafwegingsbeleid - tot andere conclusies wordt gekomen. Ons model maakt het mogelijk om argumenten van het laatste type helder te formuleren: Is A groter of kleiner? Is E groter of kleiner? Of gaat het hier om een ander soort O?

## 2.9 Voordelen van het model

Voordat we aan een mogelijke toepassing van het model beginnen, sommen we hier eerst enkele voordelen van dit model op.

- In het model komen de drie belangrijkste variabelen bij de afweging van grondrechten duidelijk naar voren. Door dit model te gebruiken kan voorkomen worden, dat of de bedreigde vrijheden, of de te beschermen gelijkwaardigheid, of de aard van het voorgestelde overheidsingrijpen buiten beschouwing blijven.
- Het model benadrukt het relatieve karakter van de betrokken variabelen. De mate waarin de bedreigde vrijheid om onderscheid te maken door dragers van die vrijheid als essentieel wordt ervaren, de mate waarin de door het onderscheid benadeelden afhankelijk zijn van degenen die het onderscheid maken, als ook de aard van het overheidsoptreden, zijn alle drie variabelen op een continuüm. Daarmee geeft dit model aan dat afweging van grondrechten meer is dan een moeilijke keuze tussen wit en zwart.
- Het model kan naar wens verder gedifferentieerd worden. Hier hebben we vijf typen van overheidsoptreden onderscheiden. Het model werkt ook wanneer bijvoorbeeld dertig vormen van overheidsoptreden worden onderscheiden.
- Het belangrijkste voordeel van een modelmatige benadering van het vraagstuk grondrechtenafweging betreft waarschijnlijk de mogelijkheden van een consistent beleid. Het model kan immers gebruikt worden om genomen beslissingen inzake grondrechtenafweging te ordenen. En die ordening kan dan als richtsnoer dienst doen bij volgende beslissingen waarin de variabelen ongeveer even zwaar zijn. Dan zal immers, bij ongewijzigd beleid, tot eenzelfde conclusie moeten worden gekomen. Aldus kan een consistent anti-discriminatie-beleid bevorderd worden, wat de duidelijkheid en controleerbaarheid van afwegingsbeslissingen vergroot, en op den duur ook afwegingsenergie spaart.
- Het model verhuult niet dat grondrechtenafweging, gegeven de ruime grondrechtelijke grenzen, vooral een politiek-ethische kwestie is. Het model maakt het echter tegelijkertijd mogelijk om bestaande politieke bindingen op het vlak van de grondrechtenafweging duidelijk aan te geven, en om wetenschappelijke inzichten in de positie van de direct betrokkene

nen in de uiteindelijke keuzes te verdisconteren.

- Tenslotte reikt het model een begrippenkader aan met behulp waarvan beslissingen over grondrechtenafwegingen op heldere wijze gemotiveerd kunnen worden.

### 3 TOEPASSING

#### 3.1 Enkele gevallen

Een pension op christelijke grondslag wil haar deuren niet openen voor homoseksuele en ongehuwde heteroseksuele paren. Dat zou immers, volgens de eigenaar van het pension, de gemeeds- en vakantierust verstoren van andere gasten die merendeels juist vanwege die grondslag naar het pension toekomen. Bovendien wil hij in zijn pension geen gelegenheid geven voor zondig geachte sex.

- Hoewel men mag aannemen dat de vrijheid om aan ongehuwde stellen onderdak te verlenen door de pension-eigenaar niet als de meest essentiële vrijheid wordt ervaren, zijn ongehuwde homo's en hetero's in Nederland in zo geringe mate afhankelijk van pensions als het hier bedoelde, dat A in de gegeven omstandigheden een beetje kleiner is dan E. Volgens ons model zou dat betekenen dat hier maximaal een neutraal overheidsoptreden toelaatbaar is. Een verbod, zoals voorgesteld in het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, zou hier te ver gaan. Tegengaan maatregelen lijken ook niet gerechtvaardigd te worden door het zeer geringe belang dat de door het onderscheid benadeelden daarbij hebben. Eventueel zou de overheid in het door het pension gemaakte onderscheid een reden kunnen zien om het niet langer te bevorderen. Het pension zou bijvoorbeeld met recht geschrapt mogen worden van een lijst van pensions waar "de overheid" haar gasten onderbrengt.

Eén kerk stelt het geestelijk ambt slechts open voor ongehuwde mannen. Dit onderscheid wordt gemaakt op grond van een eeuwenoude interpretatie van bepaalde passages in de fundamentele geschriften van deze kerk. Uit gesprekken met vertegenwoordigers van deze kerk blijkt, dat binnen deze kerk ten eerste wordt gehecht aan dit onderscheid, vooral omdat het om het ambt gaat dat een hoofdrol vervult bij de centrale plechtigheden van deze kerk.

- Laten we aannemen dat de vrijheid tot het maken van dit onderscheid inderdaad als zeer wenselijk wordt ervaren door de hele kerk. Dan komt het aan op de vraag in hoeverre gehuwden en vrouwen afhankelijk zijn van deze kerk. Niemand, in de voor een geestelijk ambt in aanmerking komende leeftijden, is verplicht lid te worden, te zijn of te blijven van enige kerk<sup>33</sup>. In zoverre is niemand volledig afhankelijk van een kerk. Het kan echter zo zijn, dat men zich over het algemeen zeer goed thuis voelt in een kerk, en dat men daarom graag lid wil blijven, maar dat men wel bezwaar heeft tegen enkele

regels, zoals deze inzake het geestelijk ambt. In die situatie is er wel sprake van afhankelijkheid, er wordt in feite immers een zeer scherpe keus gesteld: je neerleggen bij dit onderscheid, en dus geen geestelijke kunnen worden, of uitreden. Het lijkt niet ongepast voor een onderscheid om daar rekening mee te houden. Het verbieden van dit onderscheid zou echter te ver gaan, want A is wat kleiner dan E. Een neutraal beleid ter zake is wel toelaatbaar. Het stopzetten van de subsidiëring van de salarissen (en de opleiding?) van geestelijken zou bijvoorbeeld aanvaardbaar zijn. Ook andere argumenten pleiten overigens voor een dergelijke scheiding van kerk en staat, maar dat terzijde<sup>34</sup>.

- Wanneer binnen deze kerk grote twijfel zou ontstaan over de juistheid van het gehanteerde onderscheid, dan zou de situatie iets anders zijn. Op den duur zou A dan wat groter kunnen zijn dan E, omdat E afneemt, maar een overheidsorgaan dat in die situatie zou verklaren, dat het door deze kerk gemaakte onderscheid in strijd is met het door de overheid onderschreven non-discriminatie-beginsel, zou zijn boekje niet te buiten gaan<sup>35</sup>.

Een christelijke scholengemeenschap voor voortgezet onderwijs heeft een docent handelswetenschappen in tijdelijke dienst. Op zekere dag ontdekt het schoolbestuur dat deze docent samenwoont met zijn vriend. De docent geeft desgevraagd toe dat hij met die vriend een homoseksuele relatie onderhoudt, waar hij geen geheim van wil maken. Het schoolbestuur besluit om die reden hem geen vaste aanstelling te geven. Van leraren die op deze school komen werken wordt geëist dat zij een algemeen-christelijke grondslag onderschrijven. Een dergelijke selectie wordt ten aanzien van leerlingen niet toegepast.

- Dat de vrijheid tot het weren van homoseksuele leraren op deze school niet als zeer essentieel wordt ervaren zou afgeleid kunnen worden uit de zeer algemeen gehouden formulering van de grondslag en uit het feit dat leerlingen van alle gezindten welkom zijn. Misschien is het zelfs zo dat het bestuur niet zozeer bezorgd is over het met de grondslag strijdig geachte homoseksuele gedrag als vermeend slecht voorbeeld voor de leerlingen, als wel over deze openlijke homoseksualiteit als negatieve publiciteit voor de school. Ook omdat het niet gaat om homoseksualiteit op school, en het ook niet een leraar betreft tot wiens taak het hoort om de opvattingen van 'de school' over seksualiteit en relaties te onderwijzen, kan in een dergelijk geval geconcludeerd worden dat de vrijheid om deze leraar te weren slechts in geringe mate als essentieel wordt ervaren. E is dus erg klein.

A daarentegen lijkt hier veel groter. Immers, het vinden van banen in het onderwijs is momenteel zeer moeilijk. Wanneer de betrokken docent niet meer terecht zou kunnen op alle niet-orthodox christelijke scholen, dan zou voor hem de kans

op werk sterk afnemen. Het aantal van dergelijke algemeen-christelijke scholen is zelfs onevenredig groot, doordat veel scholen, waaronder die van dit voorbeeld, geen selectie ten aanzien van de christelijke uitgangspunten van de leerlingen toepassen<sup>36</sup>. Mede door deze "schijnheiligheid", dreigt de betrokken leraar extra zwaar getroffen te worden door het niet verlengen van zijn aanstelling. Zijn afhankelijkheid van deze school wordt tenslotte nog vergroot, doordat hij er al werkt, waarschijnlijk tot ieders tevredenheid (anders had men hem wel ontslagen op andere gronden), en zich ook in deze streek gevestigd heeft.

Kortom, A is veel groter dan E. Dat betekent dat een wettelijk verbod tot het maken van dit onderscheid toelaatbaar moet worden geacht.

- De situatie zou enigszins anders geweest zijn, wanneer het een leraar godsdienst had betroffen, en het schoolbestuur het beleid zou voeren om althans in de lessen godsdienst het christelijk karakter van de school nog tot uitdrukking te brengen. Het zou dan voor het schoolbestuur veel wezenlijker zijn geweest om van die post leraren te weren die in hun privé-leven openlijk afwijken van de onderwezen godsdienstige leer. Dan had de afweging tot een ander resultaat moeten leiden. A had dan hooguit ietsje groter of zelfs ietsje kleiner dan E geoordeeld kunnen worden. Een wettelijk verbod zou dan niet toelaatbaar zijn. Intrekking van de subsidie (neutraal optreden) wèl, want het lijkt niet passend dat een overheid die een non- en anti-discriminatie-beleid voert dergelijk godsdienstig onderricht dat botst met fundamentele uitgangspunten van die overheid, geldelijk ondersteunt. Een dergelijke dreigende intrekking van de subsidie zou vermijdbaar zijn door het godsdienstonderwijs onder te brengen in een los van de school staande door de ouders te financieren stichting of vereniging. Want als de ouders een dergelijk onderricht inderdaad essentieel achten, dan zullen zij ook wel het geld overhebben voor dergelijke lessen buiten het normale schoolprogramma.

Op drie plaatsen in Nederland staat een school voor voortgezet onderwijs van een bepaalde kerkelijke gezindte. Leerlingen komen van heinde en verre om juist deze scholen te bezoeken. Op deze scholen wordt, conform de leer van deze gezindte, strak de hand gehouden aan traditionele opvattingen betreffende huwelijk en seksualiteit. Van leerlingen en leraren wordt geëist dat zij zich in woord, overtuiging en gedrag richten naar deze kerkelijke leer. Op goede dag verschijnt een van de leraressen, met haar vriendin, op de televisie, waar zij nadrukkelijk pleit voor aanvaarding door de kerken van homofiele relaties. In dit optreden ziet het bestuur van de school reden haar ondanks haar vaste aanstelling te ontslaan. Met haar optreden zou zij immers de gemaakte overeenkomst hebben geschonden.

- Uit het hele beleid van de school blijkt dat het weren van,

onder meer, personeelsleden die openlijk blijk geven van aanvaarding van homoseksualiteit, als essentieel wordt ervaren. Ook het toelatingsbeleid ten aanzien van leerlingen is principieel. Een grote E derhalve.

De lerares is, juist ook door haar vaste aanstelling, nogal afhankelijk van deze school. Maar toch in mindere mate dan de leraar uit het vorige voorbeeld. Er zijn immers maar drie scholen van dit type in Nederland; op vrijwel alle andere scholen zal zij een grotere tolerantie ten aanzien van haar privé-leven mogen verwachten. Al met al lijkt A hier iets kleiner dan E. Dat betekent dat de overheid ten aanzien van dit onderscheid geen verbiedende of tegengaande maatregelen mag nemen. Maar subsidie hoeft aan deze school niet gegeven te worden: De overheid mag een neutraal beleid voeren. Wanneer mensen de geloofwaardigheid van het onderwijs aan hun kinderen zelfs willen bevorderen door leerkrachten te verbieden in hun eigen tijd in het openbaar te pleiten voor non-discriminatie, dan kan dat slechts toegelaten worden, indien die mensen dat zó belangrijk vinden, dat zij dat zelf willen bekostigen.

- De situatie zou anders liggen wanneer de betrokken lerares in haar lessen zou hebben gepleit voor christelijke acceptatie van homofilie. Dan zou zij immers haar werk niet conform de instructies hebben uitgevoerd. Wanneer het schoolbestuur dan met ontslag zou hebben gedreigd, zou dat geen reden voor intrekking van de subsidie hebben mogen zijn.
- Weer anders zou het liggen, wanneer de overheid, na een zorgvuldige afweging, tot de conclusie was gekomen dat het uitdragen van anti-homo-ideeën in scholen voor leerplichtige kinderen niet getolereerd kan worden. Bij een dergelijke beleidslijn zouden scholen die zich daaraan bezondigen rechtstreeks moeten worden aangepakt, en niet via de omweg van maatregelen tegen scholen die leerkrachten ontslaan die daar niet aan mee willen werken.  
Hier willen wij geen uitspraak doen over de wenselijkheid van een dergelijk beleid tegen verbale homo-discriminatie in het onderwijs<sup>37</sup>.
- Nog weer anders zou de situatie liggen, indien het geen lerares maar een leerling(e) had betroffen. Een nog bij haar of zijn ouders thuiswonende, leerplichtige leerling is, na eenmaal tot een school toegelaten te zijn, in hoge mate van die school afhankelijk, vooral in het zicht van het eindexamen. Zou een leerling van de school van dit voorbeeld buiten school zich in het openbaar 'schuldig' maken aan een blijk van bijvoorbeeld homoseksualiteit, dan zouden wij in die situatie A veel groter achten dan E. Een wettelijk verbod op het van school sturen van een leerling om die reden, zou zich naar onze mening dan ook mogen uitstrekken tot scholen van het genoemde type, gesubsidieerd of niet. Voor jongeren is het immers heel belangrijk althans in hun vrije tijd duidelijkheid te kunnen krijgen over bij hen ontwakende gevoelens<sup>38</sup>. Een dergelijk wettelijk verbod lijkt ons niet pas-