

Diversiteit en discriminatie

Diversiteit en discriminatie

Onderzoek naar processen van in- en uitsluiting

*Onder redactie van
Marija Davidović en Ashley Terlouw*

Amsterdam University Press

Ontwerp omslag: Coördesign, Leiden
Typografie binnenwerk: Crius Group, Hulshout

ISBN 978 90 8964 802 0
e-ISBN 978 90 4852 629 1 (pdf)
e-ISBN 978 90 4852 630 7 (ePub)
NUR 747

© Marija Davidović en Ashley Terlouw / Amsterdam University Press B.V., Amsterdam 2015

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, 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.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Inhoudsopgave

Voorwoord	9
<i>Prof. dr. Alex Brenninkmeijer</i>	

Inleiding

1 Diversiteit en discriminatie, interdisciplinair benaderd	15
<i>Mr. Marija Davidović en prof. mr. Ashley Terlouw</i>	

Wat is normaal?

2 Erfelijke aanleg en omgeving	27
<i>Prof. dr. Hans Galjaard</i>	
3 DNA-onderzoek en racialisering	49
Van individuele verdachte tot verdachte populatie	
<i>Dr. Amade M'charek</i>	
4 Gelijkheid of ongelijkheid binnen de geneeskunde	67
<i>Prof. dr. Toine Lagro-Janssen</i>	
5 Gebrek aan aandacht voor validisme helpt achterstelling van burgers met een chronische aandoening in stand houden	85
<i>Dr. Karen Mogendorff</i>	
6 De ruimtelijke regulering van risicovolle burgers tijdens proactief politiewerk	103
<i>Dr. Sinan Çankaya</i>	

Sturen op diversiteit en discriminatie

7 Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief	125
Naar een holistische benadering?	
<i>Prof. mr. Rikki Holtmaat en prof. mr. Peter Rodrigues</i>	

- | | | |
|----|--|-----|
| 8 | Hoe motiveer je mensen om zich in te zetten voor sociale gelijkheid?
<i>Dr. Serena Does, dr. Belle Derks en prof. dr. Naomi Ellemers</i> | 149 |
| 9 | De in/exclusie van de 'Ander' op de arbeidsmarkt in het algemeen en werknemers bij ATOS en SNS Reaal in het bijzonder
<i>Dr. Caroline Essers, prof. dr. Beatrice van der Heijden en dr. Guy Notelaers</i> | 165 |
| 10 | Waarom is racisme taboe in Nederland?
<i>Prof. dr. Halleh Ghorashi</i> | 183 |

Onderzoek doen en interpreteren

- | | | |
|----|--|-----|
| 11 | 'Twee Marokkanen op een scooter? Die houd ik aan.'
Etnisch profileren in Nederland
<i>Prof. dr. Frank Bovenkerk</i> | 203 |
| 12 | Etnische registratie
Het ene sociale veld is het andere niet
<i>Mr. Marija Davidović en prof. mr. Ashley Terlouw</i> | 223 |

De kracht van taal

- | | | |
|----|---|-----|
| 13 | Etno-productie in Nederland
Etniciteit en etnische discriminatie als gevolg van de Nederlandse politiek en media
<i>Dr. Hans Siebers, Paul Mutsaers, MSc en prof. dr. Arie de Ruijter</i> | 245 |
| 14 | Noemen en genoemd worden
De beleidscategorie 'allochtoon' als sociale identiteit
<i>Dr. Marleen van der Haar en prof. dr. Dvora Yanow</i> | 263 |
| 15 | Etnische diversiteit in voetbal op tv
Een Nederlandse <i>case study</i> naar publieksinterpretaties
<i>Dr. Jacco van Sterkenburg</i> | 283 |

16	De ene taal is niet beter als de andere	303
	<i>Prof. dr. Helen de Hoop</i>	

Slot

17	Moeilijke diversiteit en gevaarlijke uniformiteit	319
	<i>Prof. mr. Ashley Terlouw en Mr. Marija Davidović</i>	

7 Discriminatie bezien vanuit juridisch perspectief

Naar een holistische benadering?

Prof. mr. Rikki Holtmaat en prof. mr. Peter Rodrigues'

Met de Verlichting kwam de erkenning van het menselijk individu als een rationeel, autonoom handelend wezen, dat op basis van vrije keuzen zelf gestalte geeft aan zijn of haar leven. Dat brengt met zich mee dat individuele mensen worden beoordeeld en behandeld op grond van wat ze (willen) zijn en wat ze werkelijk doen, en niet op grond van (verondersteld negatieve) eigenschappen of gedragingen van een groep waartoe die individuen zouden behoren. Toch is discriminatie van alle tijden. Maar sinds ruim een halve eeuw proberen overheden via het recht paal en perk te stellen aan uitsluiting en ongelijke behandeling van mensen omdat ze 'anders' zouden zijn. In alle mensenrechtenverdragen staat het discriminatieverbod met een opsomming van de gronden waarop niet gediscrimineerd mag worden. Meestal eindigt de bepaling met een open norm: op welke grond dan ook. Daarmee is het aantal mogelijke discriminatiegronden schier eindeloos. Voor de vraag of een concrete daad van discriminatie verboden zou moeten zijn, is niet alleen de discriminatiegrond van belang, maar ook de beoordeling van de gedraging en de vraag welke benadeling daarvan het gevolg is. Het nastreven van formele gelijkheid met discriminatieverboden lijkt niet afdoende om materiële ongelijkheid te bestrijden. Daarom dient het non-discriminatierecht niet alleen reactief te worden ingezet en lijkt een proactieve verplichting meer effect te ressorteren. Dat is de reden dat wij in deze bijdrage pleiten voor een holistische benadering van het non-discriminatierecht.

¹ Prof. mr. H.M.T. Holtmaat is hoogleraar International Non-Discrimination Law bij het Europa Instituut van de Universiteit Leiden en heeft veel gepubliceerd over het VN-Vrouwenverdrag, het EU gelijkebehandelingsrecht, seksuele intimidatie en feministische rechtstheorie.

Prof. mr. P.R. Rodrigues is hoogleraar Immigratierecht aan de Universiteit Leiden en voorzitter van het Instituut voor Immigratierecht en heeft veelvuldig geschreven over gelijke behandeling, non-discriminatie en immigratierecht. Hij verricht onderzoek naar *ethnic profiling*, staatloosheid en het kind in het migratierecht.

1. Inleiding

Discriminatie wordt algemeen beschouwd als een zeer verwerpelijk en schadelijk verschijnsel. Zeker toen na afloop van de Tweede Wereldoorlog duidelijk werd hoe in de periode 1933-1945 het stereotyperen, stigmatiseren, uitsluiten en vervolgen van 'anderen' (zoals joden, Roma, geestelijk gehandicapten en homoseksuelen) onder het Duitse naziregime extreem gewelddadige vormen had aangenomen. Daarnaast kwam er geleidelijk steeds meer verzet tegen het bestaan van apartheidsregimes in Zuid-Afrika en in de zuidelijke staten van de VS. Er zijn sindsdien veel internationale verdragen aangenomen waarin discriminatie verboden wordt, evenals grondwettelijke discriminatieverboden, civielrechtelijke wetten die gelijke behandeling van mensen op bepaalde terreinen (zoals de arbeid) moeten garanderen en strafrechtelijke verbodsbepalingen. Al deze verdragen en wetten hebben gemeen dat zij de menselijke waardigheid willen beschermen en het uitgangspunt onderschrijven dat alle mensen gelijkwaardig zijn. Om in vrijheid te kunnen leven dient er geen onderscheid gemaakt te worden op persoonskenmerken die niet relevant zijn of waarvan is afgesproken dat die niet aan mensen mogen worden tegengeworpen. We zullen later in deze bijdrage laten zien dat formele gelijkheid voor de wet nog niet tot materiële gelijkheid in de dagelijkse praktijk leidt. Voor kwetsbare groepen (zoals minderheden, kinderen, vrouwen en personen met een handicap) zijn daarom vaak speciale bepalingen opgenomen om de leden van deze groepen gelijke kansen te bieden.

Overigens is het niet zo dat het antidiscriminatierecht zonder slag of stoot tot stand is gekomen. Met name in internationaal verband duurt het vaak lang voordat er voldoende overeenstemming is over een nieuw verdrag op dit terrein. Nederland heeft er soms ook heel lang over gedaan om internationale normen op het gebied van discriminatiebestrijding te accepteren. Zo wachtte de regering tot 1975 met de invoering van een Wet gelijk loon, ook al was ongelijke beloning op grond van geslacht al verboden in het EEG-Verdrag van 1957. En zo duurde het van 1979 tot 1991 voordat Nederland het VN-Vrouwenverdrag ratificeerde en is anno 2014 het VN-Gehandicaptenverdrag uit 2006 nog steeds niet door ons Parlement aanvaard. Struikelblok is telkens dat de regering eerst zeker wil weten of ratificatie Nederland niet in de problemen zou kunnen brengen omdat hier te lande nog niet aan de verdragsnormen is voldaan. Dit lag anders bij het Verdrag tegen rassendiscriminatie. De Nederlandse regering meende eind jaren zestig dit Verdrag zonder meer te kunnen ratificeren omdat rassendiscriminatie in de Nederlandse samenleving toch niet zou voorkomen.

Die norm zou met name op Zuid-Afrika van toepassing zijn. Des te ongemakkelijker was het dat de eerste klacht die het Comité dat toeziet op de naleving van het Verdrag in ontvangst mocht nemen tegen Nederland gericht was. Het betrof het ontslag van een zwangere Turkse werknemster op grond van haar afkomst, waartegen de Nederlandse rechter volgens het Comité ten onrechte geen bescherming had geboden. Recent is bovendien veel discussie ontstaan over de vraag of de Nederlandse samenleving wel vrij zou zijn van racisme en xenofobie, onder meer naar aanleiding van een rapport vanuit de Raad van Europa in 2013 en naar aanleiding van het feit dat een aantal VN-functionarissen de traditie van Zwarte Piet wilde gaan onderzoeken. Wat wel of geen discriminatie oplevert, ook in juridische zin, blijkt in de loop van de tijd te evolueren en steeds opnieuw felle discussies op te roepen.

Kortom: het antidiscriminatierecht is in de laatste 65 jaar uitgegroeid tot een veelzijdig, maar ook een gecompliceerd en soms omstreken rechtsgebied. Want niet al die verdragen en wetten hanteren dezelfde normen en definities en niet iedereen is het eens over de waarden en belangen die wel of juist niet tot juridische maatregelen tegen discriminatie zouden moeten leiden. Met deze bijdrage willen we niet-juristen inzicht bieden in de vragen *waarom* en *hoe* met het recht het verschijnsel discriminatie wordt bestreden. We beginnen met een korte uiteenzetting over het begrip *discriminatie* zoals dat in die context wordt gebruikt. Daarin maken we duidelijk dat in alle juridische normen die er op dit terrein bestaan drie kernbegrippen een rol spelen: het gaat telkens om een bepaald soort gedragingen, om een discriminatiegrond en om de aanwezigheid van schade of benadeling. Vervolgens schetsen we vanuit welke achtergronden of motieven overheden het als hun taak zien om discriminatie door middel van het recht te bestrijden. Daarna behandelen we op welke wijze het begrip *discriminatie* is geoperationaliseerd binnen de context van verschillende rechtsregimes (internationaal, Europees en nationaal). Vervolgens vindt een analyse plaats van de verschillende typen van normstelling tegen discriminatie en wordt besproken in hoeverre deze ook effectief zijn gebleken. Ook wordt besproken of er nog alternatieve benaderingen denkbaar zijn. Op deze wijze beogen wij vanuit academisch perspectief voor geïnteresseerden van buiten de juridische wetenschap in kort bestek inzicht te bieden in de achtergronden, aard en effectiviteit van het juridisch instrumentarium ter voorkoming en bestrijding van discriminatie. Details van juridische regelingen, waarin de leek de weg snel kwijt zou raken, hebben we achterwege gelaten. Ter wille van de leesbaarheid zijn bovendien de belangrijkste bronnen opgenomen in de literatuurlijst. Op die manier proberen wij een helder beeld te geven

van de mogelijkheden en beperkingen van het recht als remedie tegen discriminatie.

2. Het pejoratieve en gelaagde begrip *discriminatie* in het recht

In deze paragraaf zullen we verhelderen op welke manier het begrip discriminatie is geconstrueerd in het recht en welke drie kernbegrippen daarin een rol spelen.

Het pejoratieve discriminatiebegrip

Volgens de *Van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal* (14^e druk, 2005), kan het begrip *discrimineren* twee verschillende betekenissen hebben. De tweede gegeven betekenis is neutraal. Discrimineren is dan een onderscheid vaststellen of opmerken. Het werkwoord *discrimineren* wordt volgens het woordenboek alleen in deze neutrale zin gebruikt als het om voorwerpen gaat, niet als het mensen betreft. *Discrimineren* is dus alleen een neutraal begrip als onderscheid wordt gemaakt tussen bijvoorbeeld twee soorten appels. De eerste betekenis van discrimineren die dit woordenboek geeft is “discriminatie toepassen ten opzichte van, niet gelijk behandelen.” De definitie van *discriminatie* is veroordelend of pejoratief en luidt aldus:

Discriminatie (de (v.)) verwerpende onderscheiding, achterstelling, negatieve beoordeling en behandeling van iets, iem. of van een groep op grond van bepaalde, niet ter zake doende kenmerken als ras, huidskleur, sekse, geaardheid e.d., m.n. het zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun sekse, ras, godsdienst of levensovertuiging.

In het algemene spraakgebruik is de tweede, normatieve of pejoratieve, betekenis van *discriminatie* het meest gangbaar. Dat is ook de betekenis die wij in onze bijdrage aanhouden. Door het pejoratieve karakter van het begrip heeft een verwijt van discriminatie een zware morele lading. In de praktijk leidt dat ertoe dat de beschuldigde vaak het discriminatoire karakter van zijn of haar handelen ontkent, want toegeven zou immers een schande zijn of tot juridische aansprakelijkheid leiden. Dit belemmert de bereidheid tot bijstelling van het betwiste gedrag. Als gevolg hiervan

wordt niet toegekomen aan een van de belangrijke doelen van wettelijke normstelling: gedragsverandering. Dit effect wordt bovendien versterkt doordat tegenwoordig de beschuldiging van discriminatie steeds vaker wordt geuit, ook als er op het oog niet zo heel veel aan de hand is. Hierdoor dreigt er een zekere inflatie van het discriminatiebegrip op te treden. Verder is het van belang dat in het recht in de afgelopen decennia naast directe discriminatie ook het begrip *indirecte discriminatie* is ontwikkeld. Deze twee begrippen bespreken we in de context van ons nationale recht op dit terrein (paragraaf 4).

Discriminatie is dus een zwaar beladen juridisch begrip, maar er bestaat van dat begrip niet één algemeen gebruikte juridische definitie. Soms staat in het non-discriminatierecht niet eens het begrip *discriminatie* centraal maar een ander begrip, zoals *ongelijke behandeling*, *onderscheid maken*, *benadeling*, *kwetsing*, *belediging* of *intimidatie*. Dit duidt erop dat er zeer uiteenlopende gedragsvormen worden genormeerd via non-discriminatierecht. Kenmerkend voor de juridische normstellingen op dit terrein is dat er telkens een verband wordt aangebracht tussen enerzijds een bepaalde gedraging of uiting en anderzijds een bepaalde (verboden) discriminatiegrond en de daardoor veroorzaakte benadeling of schade. Deze drie elementen van het discriminatiebegrip zullen we nu beknopt toelichten.

Het gelaagde discriminatiebegrip: a) gedraging, b) grond en c) benadeling

Hierboven constateerden we dat er geen eensluidende juridische definitie van discriminatie bestaat, maar dat in de omschrijving van dat fenomeen in juridische bepalingen wel telkens drie elementen een rol spelen. Bij wijze van voorbeeld citeren wij hier de definitiebepaling van artikel 1 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie:

In dit Verdrag wordt onder 'rassendiscriminatie' verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft.

Het gaat in dit Verdrag dus om bepaalde gedragingen (onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur) die plaatsvinden op basis van een (verboden) discriminatiegrond, te weten ras. Een gedraging is als discriminatie aan te merken als deze ten doel of tot gevolg heeft dat de gedupeerde in de erkenning, het genot of de uitoefening van bepaalde nader genoemde rechten wordt benadeeld. Deze definitiebepaling laat dus zien dat er niet alleen sprake is van discriminatie als het gedrag discriminatie ten doel heeft, maar ook als het dat tot gevolg heeft. Dat wil zeggen dat het volgens deze definitie (en vele andere juridische definities) niet nodig is om aan te tonen dat er een opzet was tot discriminatie. Het vereiste dat er sprake moet zijn van opzet speelt wel een rol bij strafrechtelijke discriminatieverboden, omdat voor veroordeling voor een misdrijf vereist is dat de opzet bewezen wordt.

a) Gedragingen

We onderscheiden vier verschillende soorten van 'gedragingen' die discriminerend kunnen zijn indien ze in verband staan met een discriminatiegrond en nadelige of schadelijke gevolgen (kunnen) hebben.

1. Ongelijke behandeling in regelingen en standaardpraktijken

We doelen hier op wetgeving, regelingen, beleid, gewoonten of praktijken, zowel van de overheid als van maatschappelijke instellingen en bedrijven, waarin groepen mensen op bepaalde gronden van elkaar worden onderscheiden in de toedeling van rechten en plichten. In feite kan ook gelijke behandeling van alle groepen leiden tot discriminatie of ongelijkheid. Dat is het geval bij regelingen of standaardpraktijken waarin ten onrechte geen rekening wordt gehouden met feitelijk bestaande (relevante) verschillen tussen bepaalde groepen, waardoor er voor bepaalde groepen nadelige gevolgen optreden. In dit verband wordt wel het begrip indirecte discriminatie gebruikt (meer daarover in paragraaf 4). Onder deze vorm van ongelijke behandeling valt eveneens het nalaten van het treffen van een doeltreffende aanpassing wanneer een dergelijke aanpassing is vereist om een persoon met een handicap in staat te stellen op voet van gelijkheid deel te nemen, tenzij een dergelijke aanpassing in redelijkheid van de wederpartij niet kan worden verlangd.

2. Ongelijke behandelingen bij rechtshandelingen

Een rechtshandeling is een beslissing die een rechtsgevolg heeft. Het gaat hierbij om beslissingen in het individuele geval, die resulteren in een (relatief) nadelige positie van bepaalde individuen. Bijvoorbeeld het niet toelaten van jonge mannen uit bepaalde etnische groepen tot een

discotheek omdat ervan uit wordt gegaan dat ze problemen veroorzaken, of het niet aannemen van een sollicitant omdat ze een vrouw is. In het eerste geval is het rechtsgevolg dat de geweigerde persoon deze 'dienst' niet kan afnemen en in het tweede geval dat de geweigerde persoon geen kans op een arbeidsovereenkomst krijgt.

3. Concrete gedraging of bejegening

Concrete gedragingen of bejegeningen ten aanzien van individuen uit de gediscrimineerde groepen die resulteren in een schending van de lichamelijke of psychische integriteit of (ook) een schending opleveren van de menselijke waardigheid. Bijvoorbeeld het uitschelden, sociaal uitsluiten, pesten, intimideren, bedreigen met geweld en seksueel intimideren van bepaalde mensen omdat ze een vrouw zijn, omdat ze een bepaalde godsdienst hebben of omdat ze homo zijn.

4. Stereotypering en stigmatisering van groepen

Stereotypering en stigmatisering van bepaalde bevolkingsgroepen door middel van berichten in de media, onderwijsmateriaal, films, literatuur, songteksten, enzovoort. Het gaat hierbij om bewuste en onbewuste 'beeldvorming', die een rol speelt in de constructie van de wij-zijtegenstellingen die vaak (mede) ten grondslag liggen aan de discriminerende praktijken van de drie hiervoor genoemde categorieën. De uitingen zijn niet rechtstreeks gericht tegen een bepaalde persoon of personen, maar tegen bepaalde bevolkingsgroepen waarvan de leden over één (ongunstige) kam worden geschoren.

b) *Discriminatiegronden*

Het tweede element dat voorkomt in alle juridische discriminatiedefinities betreft het begrip discriminatiegrond. Een discriminatiegrond verwijst naar bepaalde kenmerken van mensen. Het recht benoemt een aantal van dergelijke kenmerken expliciet, en stelt dat op die gronden geen onderscheid mag worden gemaakt of niet mag worden gediscrimineerd. De bekendste en meest genoemde kenmerken in het recht zijn ras en etniciteit, geslacht, burgerlijke staat, nationaliteit, godsdienst, handicap en leeftijd. Een aantal bepalingen in internationale verdragen en in grondwetten geeft een niet-limitatieve opsomming van discriminatiegronden en eindigt met 'of op welke grond dan ook' (zoals ons artikel 1 Grondwet). Daarmee wordt het aantal mogelijke discriminatiegronden schier eindeloos. De opsomming van gronden in verdragen en grondwetten geeft vermoedelijk de belangrijkste weer. Maar is dat ook zo? Ons artikel 1 Grondwet, bijvoorbeeld, dateert

van 1984, en is inmiddels discriminatie op grond van handicap of seksuele oriëntatie niet in belang toegenomen? Dat lijkt ons wel. Maar de open bepaling biedt wel de mogelijkheid nieuwe gronden in te lezen. In Nederland zien we bijvoorbeeld een discussie ontstaan om aan artikel 1 van de Grondwet bepaalde gronden, zoals handicap en seksuele oriëntatie, expliciet toe te voegen omdat het niet vermelden ervan mogelijk tot een lager niveau van bescherming zou leiden.

Dat brengt ons bij de vraag hoe de discriminatiegronden zich tot elkaar verhouden: is er een hiërarchie? Ras, etnische herkomst, nationaliteit, geslacht, seksuele gerichtheid, levensovertuiging of godsdienstige overtuiging en handicap of chronische ziekte zijn in Nederland inmiddels algemeen erkend als non-discriminatiegrond. Die erkenning gaat echter niet zover dat ze allemaal op gelijke wijze in de Grondwet of in internationale verdragen worden beschermd. Ook de gelijkebehandelingswetgeving kent een zekere 'hiërarchie van gronden' in de zin dat sommige gronden (onder meer ras en geslacht) in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) zijn opgenomen en andere (zoals handicap en leeftijd) zijn ondergebracht in een wet met een beperkter bereik of met meer mogelijkheden tot een rechtvaardige inbreuk. Maar ook binnen de AWGB zijn er verschillen te constateren. Op het verbod van rassendiscriminatie zijn in de AWGB veel minder uitzonderingen te vinden dan voor discriminatie op grond van nationaliteit. Bovendien geldt het verbod van rassendiscriminatie ook op het terrein van de sociale zekerheid en de sociale dienstverlening, terwijl dat voor alle andere gronden niet zo is. Er is dus zeker sprake van een hiërarchie, die ook tot uitdrukking komt in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Afhankelijk van de discriminatiegrond die het betreft, acht het hof '*very weighty reasons*' (zoals bij ras, geslacht en nationaliteit) noodzakelijk om het onderscheid te rechtvaardigen; in andere gevallen is het voldoende dat er een '*objective and reasonable justification*' wordt aangevoerd.

Het wel of niet expliciet benoemen van discriminatiegronden levert een aantal moeilijkheden op in de zin van het stellen van grenzen aan het discriminatierecht en de vraag of er tussen discriminatiegronden onderling ook verschil gemaakt zou mogen of moeten worden. Bijvoorbeeld: is een expliciet genoemde grond meer beschermenswaardig dan iets wat onder 'welke grond dan ook' valt? Of is ras verwerpelijker dan leeftijd? Daarnaast is het begrip discriminatiegrond nog om een aantal andere redenen omstreden. We nemen de eerder genoemde definitiebepaling van het Verdrag tegen rassendiscriminatie als voorbeeld. Een zekere beladenheid spreekt uit de aanhalingstekens in deze bepaling rond het begrip 'rassendiscriminatie'. Zijn mensen wel op te delen in verschillende rassen? Een Advocaat-Generaal

concludeerde in zijn betoog voor de Hoge Raad dat het begrip *ras* hem meer passend voorkwam bij honden en aardappelen. En in de Europese Richtlijn op het terrein van discriminatie op grond van ras en etniciteit wordt in de preambule expliciet gesteld dat '[D]e Europese Unie [...] theorieën die het bestaan van verschillende menselijke rassen trachten aan te tonen [verwerpt]. Het gebruik van het woord "ras" in deze richtlijn betekent geenszins dat dergelijke theorieën onderschreven worden' (Richtlijn 2000/43/EG, overweging 6). Toch is het noodzakelijk om deze grond uitdrukkelijk te benoemen om juridische bescherming tegen rassendiscriminatie te kunnen bieden. Zo verdedigde een restauranthoudster zich tegen het verwijt van strafrechtelijke rassendiscriminatie dat zij de mannen slechts had geweigerd omdat zij geen personen van Turkse *nationaliteit* in haar zaak duldde. Die grond, in tegenstelling tot bijvoorbeeld ras en religie, staat niet genoemd in de strafrechtelijke discriminatieverboden. De Hoge Raad liet zich in die zaak niet misleiden en constateerde dat de eigenaresse de nationaliteit van de mannen niet kon weten en hen vanwege hun etnische herkomst had geweigerd. In het Verdrag tegen rassendiscriminatie wordt voor een juiste begripsbepaling onder ras mede begrepen huidskleur, afkomst, nationale en etnische herkomst.

Wat voor ras geldt, geldt in zekere mate ook voor de andere erkende discriminatiegronden. Bijvoorbeeld: is het wel mogelijk om van 'geslacht' te spreken als daarbij voorondersteld wordt dat er niet meer dan twee geslachten (m/v) zouden bestaan en daarmee impliciet miskend wordt dat er mensen zijn die niet in een van die twee geslachten zijn in te delen? Met andere woorden: discriminatiegronden verwijzen door hun benaming (ras, etniciteit, geslacht, seksuele voorkeur, geloof, etcetera) naar bepaalde 'identiteiten' van groepen van mensen. Juist die groepsidentiteit is vaak mede op basis van stereotypen, vooroordelen en andere misvattingen tot stand gekomen. Bovendien: mensen kunnen als individu formeel dan wel tot een bepaalde groep gerekend worden (bijvoorbeeld als vrouw of man zijn geclassificeerd), maar zich persoonlijk niet willen of kunnen identificeren met een dergelijke identiteit. Zo speelde er bij de Nederlandse rechter een zaak van een persoon die zich noch man noch vrouw voelde, maar die het niet voor elkaar kreeg om bij de burgerlijke stand als geslachtsloos te boek te worden gesteld. Deze persoon werd daarmee volgens de Hoge Raad niet op grond van geslacht gediscrimineerd.

De afbakening van wat precies onder een discriminatiegrond valt, is ook problematisch. Eigenlijk bestaat er alleen ten aanzien van de begrippen *ras* (in het VN-Verdrag tegen rassendiscriminatie) en *handicap* (in het VN-Gehandicaptenverdrag) een juridische omschrijving daarvan. Bij de andere

discriminatiegronden is de inhoud daarvan niet of nauwelijks juridisch gedefinieerd. Telkens zal in het concrete geval moeten worden onderzocht of de toepasselijke grond ook bescherming biedt. Dat geldt ook voor handicap en ras, want dergelijke begrippen moeten uiteindelijk toch nadere invulling krijgen in de rechtspraak. Heeft een brildrager bescherming tegen discriminatie op basis van de grond handicap? Is de antisemitische belediging wel van toepassing indien de gekwetste zich wel getroffen voelt, maar geen jood is? In beide gevallen luidt het antwoord volgens de rechter overigens bevestigend.

Om de hiervoor genoemde inflatie van het discriminatiebegrip niet verder aan te wakkeren, pleiten wij ervoor dat discriminatiegronden om juridisch als zodanig aangemerkt te kunnen worden aan vier vereisten moeten voldoen. Het moeten (a) kenmerken zijn die veel mensen belangrijk vinden voor de bepaling van hun persoonlijke identiteit (zoals geslacht, politieke overtuiging of handicap); welke kenmerken (b) van toepassing zijn op een groep mensen en die (c) niet aflegbaar zijn (bijvoorbeeld ras en geslacht) of niet aflegbaar hoeven te zijn (zoals geloof, politieke overtuiging en seksuele gerichtheid). Daarnaast moet het (d) gaan om een kenmerk dat door de andere groepen van mensen op stereotiepe wijze wordt verbonden met negatieve eigenschappen die deze personen zouden bezitten en die in het verleden veel aanleiding hebben gegeven tot uitsluiting en achterstelling van die groepen mensen. Dit laatste is iets wat in de loop van de tijd kan verschuiven. Werden in het verleden in Nederland misschien joden vooral uitgesloten, vervolgd en gestigmatiseerd, tegenwoordig zijn mensen van het islamitisch geloof vaker het slachtoffer van discriminatie. Dat wil zeggen: tijd, plaats en bijzondere omstandigheden kunnen van invloed zijn op de heersende stereotypen en vooroordelen en op praktijken van uitsluiting en discriminatie in de samenleving.

c) *Benadeling*

Volgens de meeste definities van discriminatie moet het gaan om gedragingen die plaatsvinden op basis van bepaalde in de wet genoemde discriminatiegronden die tot doel of gevolg (kunnen) hebben dat er een zekere 'schade' of 'benadeling' optreedt. Waaruit dient die schade of benadeling te bestaan? In het recht geldt de regel: geen belang, geen actie. Om een rechtsovereenkomst in te kunnen stellen dient de persoon die meent dat er sprake is van discriminatie zijn of haar persoonlijke belang van die vordering te kunnen aantonen. Soms bestaat die benadeling of schade uit uitsluiting of het contracteren onder ongunstiger voorwaarden dan te doen gebruikelijk. De benadeling kan ook liggen in de aantasting van de menselijke waardigheid. De vorm van de benadeling of schade heeft te maken met de vorm van de gedraging: bij een discriminatoire regeling, praktijk of rechtshandeling zal het nadeel

meestal uit een concreet nadeel bestaan (niet toegelaten tot een discotheek of de baan niet gekregen), bij discriminatoire belediging en bij stereotypen en vooroordelen gaat het vaak om immateriële schade. Soms zal aangetoond moeten worden dat iemand een nadeel heeft ondervonden in vergelijking tot iemand anders (bijvoorbeeld van een andere etniciteit). Dat is het geval wanneer het discriminatieverbod de vorm heeft gekregen van een verbod op *ongelijke* behandeling. Bij de toepassing van een dergelijke verbodsnorm spelen de begrippen *vergelijkbaarheid van de gevallen* en *benadeling* vaak door elkaar heen. Want als het om onvergelijkbare gevallen gaat, is er geen benadeling in de zin van een dergelijke gelijkebehandelingsnorm. Is de norm dat discriminatoire bejegening of intimidatie verboden is, dan doet het er niet toe of iemand van bijvoorbeeld het andere geslacht beter of anders behandeld is. De gedraging is op zichzelf afkeurenswaardig en er wordt voorondersteld dat die gedraging altijd schade (bijvoorbeeld aan de menselijke waardigheid) zal opleveren.

De ernst van het nadeel of de schade zou volgens ons een rol moeten spelen bij de beoordeling van de vraag of er inderdaad sprake is van discriminatie in de pejoratieve betekenis van het woord. Anders wordt ieder onderscheid als discriminatie gezien, wat een inflatie van dat begrip in de hand kan werken. In de hiervoor geciteerde definitie van rassendiscriminatie in het VN-Rassenverdrag wordt het nadeel verbonden met een schending van de mensenrechten. Een dergelijke connectie met mensenrechten bestaat niet in de definitie van ongelijke behandeling in onze AWGB. Dat betekent dat er ook zaken waarbij er zeer geringe schade is opgetreden onder deze wetgeving kunnen vallen. Zo oordeelde in 2013 het College voor de Rechten van de Mens dat een boekhandel in Leidschendam verboden onderscheid op grond van geslacht maakte omdat de ondernemer bij wijze van promotiecampagne op Moederdag alleen aan moeders een gratis kopje koffie aanbood. Het zou goed zijn als bij dergelijke zeer geringe benadelingen de rechter of het College op grond van de wet zou kunnen stellen dat er onvoldoende ernstige benadeling is om van discriminatie te kunnen spreken. Op vergelijkbare wijze kan in het strafrecht het Openbaar Ministerie de opportuniteit van de vervolging beoordelen.

3. Achtergronden van het non-discriminatierecht: de in het geding zijnde waarden, beginselen en belangen

Het recht ter bestrijding van discriminatie is gebaseerd op een aantal belangrijke achterliggende waarden, beginselen en algemene maatschappelijke

belangen. Zoals hierboven beschreven, zijn de eerste bepalingen op dit terrein tot stand gekomen na de Tweede Wereldoorlog. De algemene waarden van de menselijke waardigheid en de gelijkheid van alle mensen staan centraal in de (niet-bindende) Universele verklaring van de rechten van de mens uit 1948 en worden aangehaald in vrijwel alle mensenrechtenverdragen en non-discriminatieverdragen die daarna tot stand zijn gekomen. Een mooi, recenter voorbeeld van de verwoording van de in het geding zijnde waarden, is te vinden in (het wel bindende) artikel 2 van het Verdrag van de Europese Unie (2009), waarin het non-discriminatiebeginsel in één adem wordt genoemd met diverse andere morele en staatsrechtelijke beginselen:

De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.

In tegenstelling tot wat het in veel non-discriminatierecht centraal staande begrip *ongelijke behandeling* zou kunnen doen vermoeden, is de kernwaarde die bij discriminatie op het spel staat niet alleen de (formele of materiële) gelijkheid van alle mensen. De op het spel staande waarden en belangen zijn in feite net zo gelaagd als het discriminatiebegrip zelf. De volgende kernwaarden spelen een rol bij zowel de fundering van dit recht (waarom is er non-discriminatierecht, of waarom is een overheid gelegitimeerd om het in te voeren?) als bij de concrete uitwerking van de normen in dat recht.

Individuele vrijheid en autonomie

De kern van het filosofisch en politiek liberalisme, zoals dat sinds de Verlichting in de westerse wereld tot ontwikkeling is gekomen, is de erkenning van het menselijk individu als rationeel, autonoom handelend wezen dat op basis van vrije keuzen zelf gestalte geeft aan zijn of haar leven. Als dit het heersende mensbeeld is, dan mag het niet zo zijn dat (individuele) mensen niet worden beoordeeld en behandeld op grond van wat ze (willen) zijn en wat ze werkelijk doen, maar op grond van bepaalde kenmerken die een hele groep mensen gemeenschappelijk zou hebben en de daarmee verbonden (verondersteld negatieve) eigenschappen of gedragingen van de groep (bijvoorbeeld 'Roma's zijn dieven' of 'vrouwen zijn irrationeel').

Dit ontnemt individuele mensen kansen en mogelijkheden om te worden beoordeeld op hun eigen kenmerken of gedragingen.

De menselijke (gelijk)waardigheid

In verschillende ethische en filosofische stelsels wordt tot uitgangspunt genomen dat aan alle mensen (op gelijke wijze) een bepaalde waardigheid toekomt *omdat* ze menselijke wezens zijn. Dat wil zeggen dat mensen louter en alleen op grond van hun mens-zijn een zekere mate van respect en zorg verdienen. Het in hun waarde laten van mensen en het ervoor zorgen dat deze verschillen kunnen of mogen bestaan, is een zeer belangrijk geacht goed. In het geval van discriminatie is deze menselijke gelijkwaardigheid in het geding omdat sommige mensen 'anders' worden behandeld in verband met een kenmerk dat voor de beleving van hun eigen identiteit of voor de vormgeving van hun leven (als individu of als groep met eigen tradities en waarden) een bepalende factor is. Daardoor kunnen deze mensen worden aangetast in de beleving van hun (positieve) identiteit of zelfwaardering. Dit is met name schadelijk als het kenmerken betreft die ze niet kunnen afleggen of niet hoeven af te leggen.

Formele gelijkheid

Binnen de politiek-filosofische en juridische theorie over de constructie van de democratische rechtsstaat is formele (juridische) gelijkheid een zeer centrale waarde. De gelijke behandeling van gelijken staat in die context voorop bij de constructie van alle wetgeving en beleid. Erkend wordt dat mensen in zeer veel opzichten van elkaar verschillen. Echter, *als burger* zijn ze in principe allemaal gelijk. Alleen voor zover een verschil werkelijk van belang is voor de realisatie van een bepaald legitiem overheidsdoel mag het ten grondslag worden gelegd aan regelgeving en beleid. De categorisering tussen groepen van mensen die op grond daarvan wordt gemaakt moet bovendien geschikt en noodzakelijk zijn om het gestelde doel te bereiken. Sommige classificatiegronden zijn sinds het midden van de vorige eeuw door de internationale (mensenrechten)wetgever en de grondwetgever van talloze landen per definitie onwettig verklaard, tenzij – onder strikte condities – het gebruik van deze classificatie alsnog kan worden gelegitimeerd. Dat zijn de discriminatiegronden die op de internationale lijst van 'verdachte kenmerken' zijn geplaatst. Ons artikel 1 van de Grondwet drukt beide beginselen in twee naast elkaar staande zinnen uit: er mag geen ongelijke behandeling plaatsvinden tussen 'allen die zich in Nederland

bevinden' en 'discriminatie' mag niet plaatsvinden op bepaalde gronden of op welke grond dan ook.

Materiële gelijkheid: gelijke kansen en mogelijkheden voor iedereen

De dominante aanwezigheid van de liberale ethiek van individuele vrijheid en autonomie heeft met zich gebracht dat onze moderne samenleving is doordrongen van het beginsel of de waarde dat individuele mensen moeten worden beoordeeld op wat ze daadwerkelijk 'presteren' (in de Engelstalige discussie: het *merit principle*). Daarvoor is het echter wel nodig dat iedereen ook gelijke kansen heeft of krijgt om iets te presteren in het leven. In tegenstelling tot het beginsel van de formele gelijkheid dat we hiervoor bespraken, staat binnen deze waardeoriëntatie niet de principiële gelijkheid van mensen voorop, maar wordt daarin juist erkend dat mensen feitelijk zeer van elkaar verschillen en in verschillende omstandigheden verkeren. Hoezeer mensen ook gelijkwaardig mogen zijn (van nature of *in the eyes of God*), ze worden niet in gelijke omstandigheden geboren. Erkenning van bepaalde feitelijke verschillen (in familiale of sociale afkomst en in persoonlijke aanleg) van mensen leidt ertoe dat – om gelijke kansen te garanderen om 'goed' te presteren, ergo de persoonlijke doelen in het leven te kunnen realiseren – er rekening moet worden gehouden met sommige verschillen tussen mensen. Dit betekent dat door een zekere herverdeling van (schaarse) middelen ongelijke startkansen moeten worden rechtgetrokken. Soms gaan mensen zover dat ze vinden dat materiële gelijkheid betekent dat ook gegarandeerd moet worden dat iedereen ook op een gelijk niveau kan eindigen. Het gelijkheidsbeginsel eist dan niet alleen het bieden van gelijke kansen, maar ook het realiseren van gelijke resultaten of uitkomsten.

Een veilige en vreedzame samenleving

Discriminatie is vaak verbonden met sterke tegenstellingen in de samenleving ('wij-zijdenken'). Groepen mensen ervaren zichzelf als 'beter' en weigeren 'anderen' als gelijke of gelijkwaardige medeburgers te erkennen. Gediscrimineerde groepen worden buiten de samenleving geplaatst en zullen zich er minder mee verbonden voelen. Stereotiepe beeldvorming en stigmatisering van bepaalde bevolkingsgroepen is vaak het begin van een proces waarbij mensen systematisch 'apart' worden gezet, dat wil zeggen: niet (langer) worden gezien als een vanzelfsprekend onderdeel van de samenleving. Dit ondermijnt de solidariteit en sociale cohesie tussen bevolkingsgroepen. Met name wanneer openlijk hetzes worden gevoerd

tegen een bepaalde bevolkingsgroep, kan de veiligheid en stabiliteit in de samenleving rechtstreeks op het spel komen te staan. Maar ook de systematische achterstelling of ongelijke behandeling van bepaalde groepen mensen door middel van regelgeving, gewoontes of standaardpraktijken (die voortkomen uit een dominante cultuur) kan sluipenderwijs tot grote onrust leiden. De bedreiging van de veiligheid en stabiliteit van de samenleving komt bij discriminatie die op grote schaal en systematisch voorkomt van twee kanten: de groepen die discrimineren kunnen zich van steeds gewelddadigere verbale of non-verbale middelen gaan bedienen en de groepen gediscrimineerden kunnen zich met steeds gewelddadiger middelen gaan verweren.

Sociaaleconomische belangen

Door discriminerende praktijken in de samenleving kunnen (politiek) belangrijk geachte sociaaleconomische doelen worden gefrustreerd. Zo kan grootschalige discriminatie van vrouwen op de arbeidsmarkt het doel van het bevorderen van economische zelfstandigheid van vrouwen (waardoor ze in geval van echtscheiding geen beroep op de bijstand hoeven te doen!) in de weg staan. Of leeftijdsdiscriminatie tegen ouderen kan bijdragen aan een te zware belasting van de werkloosheidskassen omdat oudere mensen na ontslag niet meer aan het werk kunnen komen. Vaak zijn de sociaaleconomische doelen op hun beurt te herleiden tot bepaalde belangrijk geachte sociale rechten van mensen: volledige werkgelegenheid, een hoog onderwijsniveau, een goede gezondheidszorg. Wij laten deze belangen – die dus de concrete aanleiding kunnen zijn voor sommige non-discriminatiemaatregelen – hier verder buiten beschouwing omdat ze niet primair gericht zijn op het bestrijden van discriminatie als zodanig.

4. Discriminatierecht op verschillende niveaus

Internationaal en Europees recht

Het non-discriminatierecht is een gelaagd systeem dat inhoud en vorm heeft gekregen binnen verschillende jurisdicties. Zoals we al in paragraaf 1 bespraken, is er vanaf het midden van de vorige eeuw met name door de VN en de EU veel tot stand gebracht op dit terrein. Zo is het discriminatieverbod terug te vinden in algemene mensenrechtendocumenten zoals de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948), het Europees Verdrag voor

de Rechten van de Mens (EVRM 1950) en het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (1966). Daarnaast zijn er specifieke verdragen ter bestrijding van discriminatie, zoals het Internationaal Verdrag ter uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (1966), het VN-Verdrag ter uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (1979) en het VN-Verdrag betreffende de rechten van mensen met een handicap (2006). Ook zijn er verdragen die specifiek kwetsbare groepen proberen te beschermen en waarin eveneens een verbod van discriminatie is opgenomen, bijvoorbeeld het Verdrag betreffende de status van staatlozen (1954) en het Verdrag voor de rechten van het kind (1989). Dit korte overzicht betreft slechts een beperkt deel van de internationale normstelling tegen discriminatie. Voor Nederland is daarnaast vooral van belang dat het EVRM een discriminatieverbod bevat waarop door Nederlandse burgers rechtstreeks een beroep gedaan kan worden, en dat de EU, naast belangrijke bepalingen in de EU-verdragen, ook verschillende richtlijnen tegen discriminatie heeft uitgevaardigd. Deze richtlijnen bevatten aanwijzingen voor alle EU-lidstaten hoe ze discriminatie via hun nationale recht moeten bestrijden.

In dit onderdeel bespreken we nader welke van die normen rechtstreeks van toepassing zijn in de Nederlandse rechtsorde. Dat wil zeggen: op welke normen kan een individuele burger een beroep doen ter bescherming tegen discriminatie? In Nederland kan de rechter rechtstreeks werkende verdragsbepalingen direct toepassen. Het internationale recht werkt daarmee als het ware direct door in het Nederlandse recht. Een belangrijk voorbeeld is het discriminatieverbod van artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (BUPO). Deze bepaling luidt als volgt:

Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert eenieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.

Een andere algemene bepaling die van belang is voor de Nederlandse rechtspraktijk is artikel 14 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) waarin wordt gegarandeerd dat niemand mag worden gediscrimineerd in de uitoefening van de rechten die dit verdrag garandeert. Naast deze zeer algemene bepaling zijn er op VN-niveau ook nog de

eerder in deze bijdrage genoemde specifieke non-discriminatieverdragen. Of alle bepalingen daaruit ook rechtstreekse werking hebben, is geregeld onderwerp van juridische geschillen. Zo is er uitgebreid gestreden over de vraag of artikel 7 van het VN-Vrouwenverdrag, dat discriminatie op het terrein van politieke participatie verbiedt, rechtstreeks zou kunnen worden ingeroepen tegen de SGP, die tot voor kort verkiesbaarheid van vrouwen op SGP-kieslijsten uitsloot.

Daarnaast heeft het non-discriminatierecht een belangrijke plaats binnen het recht van de Europese Unie. Niet alleen onderschrijft de Unie de fundamentele waarden die worden beschermd door het Europese verdrag voor de rechten van de mens, waarin een verbod van discriminatie is opgenomen, maar ook in het EU-Grondrechten handvest is een dergelijk verbod te vinden. Ongelijke beloning tussen mannen en vrouwen is sinds de oprichting van de Unie in 1957 (toen EEG) verboden. Deze verdragsnorm heeft eveneens directe werking in Nederland. Meer specifiek zijn er de afgelopen decennia verschillende Europese richtlijnen tot stand gekomen die discriminatie op grond van enerzijds geslacht en anderzijds ras bij de arbeid en het aanbieden van goederen en diensten en in de sociale zekerheid verbieden. Voor de gronden godsdienst, seksuele gerichtheid, leeftijd en handicap bestaat er een aparte richtlijn waarin discriminatie bij de arbeid wordt verboden. Deze richtlijnen dienen door de lidstaten in hun nationale wetgeving te worden omgezet, wat in Nederland ook is gebeurd.

Nationaal non-discriminatierecht

In ons nationale recht neemt het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet (1984) een belangrijke plaats in. Deze bepaling dient primair ter bescherming van burgers tegenover de overheid en deze norm werkt daarmee ook door in het bestuursrecht. Het is een zeer algemene norm, die nog weinig zegt over wat er nu precies wel en niet verboden is. Voor de bescherming tegen discriminatie door private partijen onderling moest daarom aparte wetgeving worden opgesteld: de gelijkebehandelingswetgeving. Hierin wordt bescherming geboden tegen onderscheid op bepaalde gronden in bepaalde aangewezen maatschappelijke sectoren. In de jaren zeventig en tachtig werd ongelijke beloning tussen mannen en vrouwen verboden en een aparte wet gelijke behandeling man/vrouw in het arbeidsproces aangenomen. Ook werden enkele bepalingen ingevoegd in het Burgerlijk Wetboek. Het bereik van de gelijkebehandelingswetgeving werd aanzienlijk uitgebreid met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), die in 1994 van kracht werd. Deze wet biedt bescherming tegen onderscheid op

grond van ras, geslacht, geloof en levensovertuiging, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat en politieke overtuiging. De wet geldt niet alleen in de sfeer van arbeid en beroep, maar ook bij het aanbieden van goederen en diensten, waaronder huur en onderwijs, en (alleen bij ras) als het gaat om sociale beschermingsmaatregelen. Burgers kunnen ter handhaving van deze gelijkebehandelingsnorm naar de rechter gaan of een klacht indienen bij het College voor de Rechten van de Mens (tot 1 oktober 2012: de Commissie Gelijke Behandeling). De gang naar dit College is voor de burger kosteloos en rechtsbijstand is niet vereist. De uitspraken van het College zijn echter niet bindend, hoewel zij veelal wel worden nageleefd. Daarnaast zijn in de Nederlandse strafwetgeving discriminatieverboden opgenomen, waarbij een onderscheid is gemaakt tussen uitingsdelicten (discriminatoire belediging en aanzetten tot haat) en uitsluitingsdelicten (het discrimineren in de uitoefening van een bedrijf, beroep of ambt). De gronden verschillen per verbodsbepalingen en betreffen ras, geslacht, godsdienst of levensovertuiging, seksuele gerichtheid en handicap. Hoewel het in gang zetten van een strafproces via een aangifte geen kosten meebrengt, blijken de afhankelijkheid van de inzet van de politie en het inzicht van het Openbaar Ministerie belemmerende factoren. Veel rechtszaken zijn er daarom niet gevoerd op basis van deze artikelen. Tenslotte zijn er nog enkele bepalingen opgenomen in de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) waarin bepaald wordt dat werkgevers moeten zorgen voor een werkomgeving waarin discriminatie, pesten en seksuele intimidatie niet voorkomen.

Ter afsluiting van deze paragraaf nog enkele onderwerpen die voor een goed begrip van het discriminatierecht van groot belang zijn. Dat betreft het onderscheid dat gemaakt wordt tussen directe en indirecte discriminatie en het verschil tussen symmetrische en asymmetrische non-discriminatienormen.

Directe en indirecte discriminatie

In het gelijkebehandelingsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie. Van directe discriminatie is sprake als de verboden discriminatiegrond expliciet een rol heeft gespeeld bij het maken van onderscheid of als er een onderscheid wordt gemaakt dat alleen een bepaalde groep kan treffen. Bijvoorbeeld: het ontslaan van alle vrouwelijke werknemers bij een reorganisatie of het ontslaan van alle zwangere werknemers bij een reorganisatie. Immers: alleen vrouwen kunnen zwanger worden. Bij indirecte discriminatie gaat het om regels,

praktijken of gewoonten die weliswaar niet direct onderscheid maken op een verboden grond, maar die wel als effect hebben dat een bepaalde groep in het bijzonder nadelig wordt getroffen door die regel, praktijk of gewoonte. Bijvoorbeeld: het ontslaan van alle parttimers bij een reorganisatie, als in de organisatie het overgrote deel van de parttimers vrouw is. Beide vormen van discriminatie zijn in beginsel verboden. In het geval van directe discriminatie kent de wet zelf een beperkt aantal rechtvaardigingsgronden. Bijvoorbeeld als het gaat om een geslachtsbepaald beroep: het is geoorloofd om voor een modeshow alleen mannelijke of vrouwelijke modellen te vragen, afhankelijk van welke mode geshowd moet worden. De mogelijkheden om indirecte discriminatie te rechtvaardigen zijn ruimer: dat kan als daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Daarvan is sprake als het onderscheid een legitiem doel dient en het gekozen middel noodzakelijk en proportioneel is om dat doel te bereiken. Het vragen van een goede beheersing van de Nederlandse taal kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn als het gaat om een functie als advocaat, maar is waarschijnlijk ongerechtvaardigd als het om een functie als schoonmaker gaat. Buitenlandse werknemers worden hierdoor benadeeld en de vraag is of deze eis wel echt relevant is voor een goede uitoefening van een dergelijke functie.

Symmetrische en asymmetrische discriminatieverboden

In de non-discriminatiewetgeving treffen we in de meeste bepalingen een symmetrische benadering van de discriminatiegronden aan. De wetgeving beschermt niet vrouwen, homo's en etnische minderheden, maar alle personen op grond van hun geslacht, seksuele gerichtheid en ras. Daarmee worden niet alleen de potentieel kwetsbare groepen beschermd waarover vooroordelen bestaan en die in verleden en heden geregeld slachtoffer waren en zijn van discriminatie, maar ook de groepen die juist in een sterke(re) maatschappelijke positie verkeren. Deze scheidslijnen kunnen uiteraard variëren naar tijd en plaats. Een uitzondering is het VN-Vrouwenverdrag, dat uitdrukkelijk alleen vrouwen tegen discriminatie beschermt. Ook het VN-Gehandicaptenverdrag is slechts gericht op de bescherming van personen met een lichamelijke of geestelijke handicap. Een symmetrische benadering past het best bij de formele invulling van het gelijkheidsbeginsel. Asymmetrische discriminatiegronden nemen de feitelijke ongelijkheid als uitgangspunt en zijn gericht op het bereiken van materiële gelijkheid. In het Nederlandse beleidsjargon wordt een asymmetrische benadering ook wel *doelgroepenbeleid* genoemd.

5. Verschillende typen normstellingen

In het bovenstaande globale overzicht van wat er allemaal aan non-discriminatierecht is ontwikkeld, gaat het in feite om verschillende typen van rechtsnormen waarmee de verdragspartijen of de nationale wetgever proberen discriminatie uit te bannen. Het meest voorkomende type norm is een verbodsnorm. Die heeft de vorm die we hiervoor hebben beschreven: een bepaald soort gedraging wordt benoemd (bijvoorbeeld: ongelijke behandeling bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst), waarbij gesteld wordt dat dit gedrag verboden is als dit plaatsvindt op grond van een bepaald kenmerk (discriminatiegrond) en er daardoor een bepaalde benadeling optreedt.

Daarnaast zijn er normen die andere vormen van discriminatie verbieden, zoals intimidatie en seksuele intimidatie, het geven van opdracht tot discriminatie en victimisatie (het benadelen van iemand omdat hij of zij een klacht over discriminatie heeft ingediend). Verbodsnormen zijn er met name in het civiele recht (het Burgerlijk Wetboek, de wetten op het terrein van de gelijke behandeling zoals de AWGB) en in het strafrecht. In het civiele recht is het aan de burger zelf om actie te ondernemen als hij of zij meent te zijn gediscrimineerd. In het strafrecht moet – veelal na aangifte door de burger – daarvoor het Openbaar Ministerie in actie komen. Het Openbaar Ministerie kan daarbij het opportuniteitsbeginsel toepassen; dat wil zeggen, alleen tot actie overgaan als er een ernstige normovertreding is.

Met name de civielrechtelijke verbodsnormen zijn zwak in die zin dat het van de assertiviteit, de durf en het doorzettingsvermogen van een individu afhankelijk is of een zaak uiteindelijk door het College voor de Rechten van de Mens of door de rechter wordt behandeld. Een belangrijke drempel is de gereede kans van victimisatie, hetgeen wil zeggen dat degene die een klacht over discriminatie indient, zelf daarvan slachtoffer wordt omdat het hem of haar wordt tegengeworpen door de persoon of instelling waartegen de klacht is ingediend. Als er al een uitspraak komt dat de handeling inderdaad discriminerend was, profiteert in beginsel alleen het betreffende individu daarvan. Dat is alleen anders als er een collectieve actie wordt ingesteld, dat wil zeggen dat een vereniging of stichting in rechte opkomt voor de belangen van anderen. Deze belangenbehartiging dient dan in de statuten te zijn opgenomen om in het Nederlands recht als belangenorganisatie tegen discriminatie te mogen ageren.

Een verbodsnorm is altijd reactief: dat wil zeggen dat hij pas een rechtsmiddel biedt als de verboden gedraging zich heeft voorgedaan en het nadeel is ingetreden. Naast dergelijke negatieve (gij zult niet) en reactieve normen, komt er in het gelijkebehandelingsrecht langzaam ook een nieuwe norm op,

die een positieve verplichting oplegt (gij zult) en meer preventief van aard is. In de Wet gelijke behandeling handicap en chronische ziekte is namelijk bepaald dat een werkgever, zodra een chronisch zieke of gehandicapte werknemer daarom verzoekt, doeltreffende aanpassingen moet verrichten teneinde ervoor te zorgen dat deze werknemer aan het arbeidsproces kan blijven deelnemen. Die plicht bestaat alleen voor zover dat redelijkerwijs van de werkgever gevraagd kan worden. De bepaling blijft echter individualistisch: alleen als een individu erom vraagt moet de voorziening getroffen worden; de werkgever hoeft niet bij voorbaat algemene voorzieningen te treffen in het bedrijf om het mogelijk te maken dat chronisch zieken en gehandicapten daar (kunnen) werken.

Echt proactieve en positieve normen zijn er ook, zij het schaarser. Het betreft instructienormen aan werkgevers en bestuurders van instellingen (zoals schoolbesturen, ziekenhuisbesturen en dergelijke) om te zorgen dat er binnen hun organisatie geen discriminatie voorkomt. En mocht dat wel gebeuren, om zelf ter plekke tegen de daders effectieve maatregelen te treffen (en dat dus niet aan het slachtoffer over te laten). De regelgeving in de Arbowet die werkgevers verplicht tot het scheppen van een veilige arbeidsomgeving is een voorbeeld van een dergelijke norm. Juristen noemen dit zorgplichten of instructienormen. Het toezicht op de naleving en de handhaving van dergelijke normen ligt bij speciaal voor bepaalde sectoren ingestelde inspecties (zoals arbeidsinspectie en onderwijsinspectie). Een mooi voorbeeld van een heel algemene instructienorm aan de staten die bij het Gehandicaptenverdrag zijn aangesloten is de verplichting dat deze staten zo veel mogelijk toewerken naar '*universal design*'; dat wil zeggen: het zodanig inrichten van de samenleving en van alle gebouwen en openbare voorzieningen dat iedereen daar gebruik van kan maken. Dus niet: doeltreffende aanpassingen in het individuele geval, maar een structurele oplossing van het probleem van uitsluiting van gehandicapten.

Tenslotte zijn er, met name in het buitenland, nog enkele andere typen van proactief non-discriminatierecht ontwikkeld. Zo bestaat in Groot-Brittannië en Noord-Ierland de verplichting voor werkgevers om in hun sociale jaarverslagen aan te geven wat ze doen aan diversiteitsbeleid en tot welke resultaten dat heeft geleid.

6. Naar een holistische benadering van discriminatierecht

De laatste jaren is er in toenemende mate aandacht voor verschillende mogelijke strategieën voor discriminatiebestrijding met juridische maatregelen.

Daarbij wordt in hoofdzaak onderscheid gemaakt tussen drie manieren om discriminatie (te proberen) uit te bannen via het recht.

De eerste is de meest bekende, traditionele vorm, die zich bedient van het uitvaardigen van verbodsnormen, met name in het kader van het civiele recht. Dit wordt de *Individual Rights Strategy* genoemd. Discriminatieverboden geven in feite aan individuen het recht om tegen een schending van dergelijke verboden in het geweer te komen bij de rechter en genoegdoening of compensatie van het geleden nadeel op te eisen. Dit negatieve, reactieve model (dat uit de Angelsaksische wereld is komen overwaaien, met name uit de vs) is heel goed ontwikkeld, maar uiteindelijk weinig effectief gebleken. Want het vereist, zoals gezegd, assertieve en moedige mensen die voor hun rechten durven opkomen als het leed al is geschied. Vaak tegen een machtige tegenpartij (werkgever). Weliswaar bieden de meeste rechtssystemen inmiddels ook de mogelijkheid van collectieve acties, maar het is de vraag of dat een afdoende remedie is tegen de kwalen van deze benadering.

Een tweede manier om mensen die het slachtoffer zijn van discriminatie te ondersteunen en aan die discriminatie een einde te maken, is de zogenoemde *Social Support Strategy*. Het houdt in dat onderkend wordt dat niet alle mensen in gelijke omstandigheden verkeren en dat er sociaal beleid nodig is om achterstanden en achterstellingen in de samenleving te bestrijden. In plaats van formele gelijkheid, staat hierbij vooral materiële gelijkheid voorop. Dit model bestond in de naoorlogse jaren in Europa op grote schaal in de vorm van de sociale welvaartsstaat, maar is afgebroken tijdens de recente neo-liberale periode. Doelgroepenbeleid is door de rijksoverheid afgeschaft en wegbezuinigd in de laatste jaren. Daar komt bij dat volgens het Europese recht doelgroepenbeleid in de vorm van positieve actieprogramma's alleen onder zeer strikte voorwaarden toelaatbaar is.

Een derde manier om discriminatie te bestrijden is het voeren van een *Strategy of Social and Cultural Change*. Deze strategie is gericht op wegnemen van de achterliggende oorzaken van discriminatie. Steeds meer wordt onderkend dat discriminatie een diepgeworteld sociaal en cultureel verschijnsel is en dat het toekennen van formele gelijke rechten slechts een eerste stap is op weg naar meer werkelijke gelijkheid. Ook het speciaal ondersteunen van gediscrimineerde groepen is vaak niet voldoende. Soms roept het juist extra weerstanden op of draagt het bij aan het stigmatiseren en stereotyperen van deze groepen. Het wegnemen van de oorzaken van discriminatie is een belangrijke uitdaging. Dat kan onder meer betekenen dat gewerkt wordt aan het bestrijden van de stereotypen en vooroordelen die mensen erop nahouden of aan de sociaal-economische spanningen tussen bepaalde bevolkingsgroepen. Juridisch gezien zijn er maar een paar

bepalingen die zich hier uitdrukkelijk op richten. De meest bekende is artikel 5a van het VN-Vrouwenverdrag dat stelt dat de staten die lid zijn bij dit Verdrag, 'alle passende maatregelen' moeten nemen tot verandering van het sociale en culturele gedragspatroon van de man en de vrouw teneinde te komen tot 'de uitbanning van vooroordelen, van gewoonten en van alle andere gebruiken, die zijn gebaseerd op de gedachte van minderwaardigheid of meerderwaardigheid van een van beide geslachten of op stereotiepe rollen van mannen en vrouwen'. Een ander voorbeeld is de hierboven genoemde *universal design*-verplichting op grond van het Gehandicaptenverdrag.

De nadruk heeft heel lang gelegen op de *Individual Rights Strategy*. Langzamerhand wordt echter erkend dat een meer holistische benadering van discriminatie en discriminatierecht nodig is om het recht werkelijk te kunnen laten bijdragen aan de uitbanning van dit hardnekkige maatschappelijke verschijnsel.

7. Tot slot

Met deze schets hebben we niet-juristen een inkijkje willen geven in dit uitermate boeiende, maar ook gecompliceerde rechtsgebied. Juristen houden zich in toenemende mate niet slechts bezig met het juridisch-dogmatisch systematiseren en analyseren van de rechtsnormen op dit terrein, maar zoeken ook naar contact en uitwisseling met onderzoekers uit andere disciplines. Met name als het gaat om de vraag of het recht kan bijdragen aan het bestrijden van discriminatie en welk type normen of welke strategie of strategieën daarvoor dan het meest geschikt zouden kunnen zijn, is het onontbeerlijk om kennis en inzichten uit andere disciplines daarbij te betrekken. Deze bundel biedt daarvoor goede aanknopingspunten. Hulde daarom aan de initiatiefneemsters!

Referenties

- Davidović, M. & P.R. Rodrigues (2013), 'Gelijke behandeling en het College voor de Rechten van de Mens (2012)', *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, p. 217-224.
- Fredman, Sandra (2005), 'Changing the Norm: Positive duties in equal treatment legislation', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 12, No. 4, p. 369-397.
- Griffiths, John (1999), 'The Social Working of Anti-Discrimination Law', in: Titia Loenen & Peter Rodrigues, *Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, p. 312-330.

- Holtmaat, Rikki (2000), 'De toekomst van gelijkheid; een agenda voor wetgeving, beleid en onderzoek op het gebied van discriminatiebestrijding en gelijke behandeling', in: R. Holtmaat (eindredactie), *De Toekomst van Gelijkheid; De juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijkebehandelingsnorm*, Deventer: Kluwer, p. 253-267.
- Holtmaat, Rikki (2002), 'Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.M.Th.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*. Deventer: Kluwer, p. 161-175.
- Holtmaat, Rikki (2004), *Grenzen aan gelijkheid. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar internationaal non-discriminatierecht op 1 oktober 2004 te Leiden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Holtmaat, Rikki, (2004), Gelijkheid en non-discriminatie als grondrecht; een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling. In: Rikki Holtmaat (eindred.) *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer, p. 67-96.
- Holtmaat, Rikki (2006), 'Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling, principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 3-113.
- Holtmaat, Rikki (2011), 'Van Gelijke Behandeling naar Ander Recht', in: E. Brems & L. Stevens, *Recht en Gender in België*, Brugge: Uitg. Die Keure, p. 237-261.
- Holtmaat, Rikki (2013), 'CEDAW: A Holistic Approach to Women's Equality and Freedom', in: Anne Hellum & Henriette Sinding-Assen (eds), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 95-124.
- Holtmaat, H.M.T. & G.T. Terpstra (2011), 'Leve de pluriformiteit bij de discriminatiebestrijding; Een kritiek op het ideaal van een uniforme aanpak van de verschillende discriminatiegronden', *NTM-NJCM-Bulletin*, nr. 2, p. 159-173.
- Loenen, T. (2009), *Gelijkheid als juridisch beginsel, Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: Boon Juridische Uitgevers.
- Loenen, Titia & Peter Rodrigues (eds) (1999), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague/London/Boston: Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International.
- Rodrigues, P.R. (2004), 'Islamfobie en antisemitisme: een paar apart', *NJCM-Bulletin*, p. 999-1001.
- Rodrigues P.R. (2011), 'Eén voor allen: collectieve acties en gelijke behandeling', in: C. Forder (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 309-324.
- Terlouw, A.B. (2010), *Gelijke behandeling en diversiteit in de multiculturele samenleving*, Reeks Multiculturele samenleving in ontwikkeling, deel 5, Den Haag: Sdu.
- Terlouw, Ashley (2011), 'Draagt wetgeving bij aan gelijkheid?', in: M. Hertogh & H. Weijers, *Recht van onderop*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.