



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Discriminatieverboden in Nederland: achtergronden en discussie

Loof, J.P.

Citation

Loof, J. P. (2003). Discriminatieverboden in Nederland: achtergronden en discussie. *Het Discriminatieverbod Van Artikel 1 Grondwet: Nationale En Internationale Perspectieven*, 36-81. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12696>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12696>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Discriminatieverboden in Nederland: achtergronden en discussie

Jan-Peter Loof^{*}

1. Inleiding en verantwoording

Zoals uit de hiervoor opgenomen inleiding blijkt, is het discriminatieverbod in verschillende nationale en internationale regelingen terug te vinden en is met betrekking tot bepaalde discriminatiegronden soms uitvoerige uitvoeringswetgeving tot stand gebracht. Dit leidt ertoe dat men in de rechtspraak, de antidiscriminatiebureau's voorop, wordt geconfronteerd met een veelheid en diversiteit aan discriminatieklachten. Het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel zijn relatief moeilijk te realiseren grondregels, met name vanwege het onzelfstandig karakter ervan. Bij gelijke behandeling gaat het immers steeds om gelijkheid vanuit een bepaald gezichtspunt (gehuwden/ongehuwd samenwonenden, mannen/vrouwen, gehandicapten/niet-gehandicapten etc.). Dit heeft als consequentie dat voor uiteenlopende gebieden geregeld moet worden op welke aspecten en in welke mate gelijke behandeling wenselijk of geboden is.

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om een uitputtende bespreking te geven van alle gelijke-behandelingsregelgeving in Nederland. In deel A van deze bijdrage wordt echter wel een beknopt overzicht geboden van de belangrijkste in Nederland geldende discriminatieverboden. De diverse regelingen worden kort beschreven en daarbij worden enkele opmerkingen geplaatst over hun totstandkoming, onderlinge verhouding en betekenis. Deze informatie is ook van belang voor een goed begrip van de discussie die tijdens het symposium plaatsvond.

Tijdens het symposium werd telkens door een referent gereageerd op de uitgesproken inleidingen en aan het slot van de dag vond een debat plaats waarbij alle inleiders en referenten ondervraagd werden door discussieleider Hubert Fermina (directeur van het Landelijk Bureau voor de bestrijding van Rassendiscriminatie – LBR) en symposiumdeelnemers uit de zaal. In deel B van deze bijdrage wordt verslag gedaan van de opmerkingen van een aantal referenten en van de

* Mr. J.P. Loof is als docent staats- en bestuursrecht verbonden aan het departement publiekrecht van de faculteit der rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Hij is tevens coördinator van het F.M. van Asbeck Centrum voor Mensenrechtenstudies van die universiteit.

opmerkingen tijdens het slotdebat. Om het geheel overzichtelijk te houden, zijn deze opmerkingen min of meer thematisch gegroepeerd en her en der voorzien van aanvullende informatie. Bovendien wordt her en der stilgestaan bij ontwikkelingen die zich in de periode na het symposium (dat wil zeggen in de tweede helft van 2002) hebben voorgedaan, maar die aansluiten bij de tijdens het symposium besproken onderwerpen.

DEEL A: ACHTERGRONDEN VAN ENKELE DISCRIMINATIEVERBODEN

2. Artikel 1 Grondwet

Grondslag voor het symposium vormde de discussie die zich in de eerste maanden van 2002 (met name in de aanloop naar de verkiezingen van 15 mei 2002)¹ ontspon over de status en waarde van artikel 1 Grondwet. Daarom past het om als eerste nog wat nader stil te staan bij de tekst en achtergronden van dit artikel.

Artikel 1 Grondwet luidt:

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

In de eerste zin van artikel 1 is het gelijkheidsbeginsel opgenomen. In het gelijkheidsbeginsel ligt een opdracht besloten aan de wetgever, het bestuur en de rechter om bij het stellen van regels of het nemen van beslissingen in concrete gevallen alleen ter zake doende en gerechtvaardigde verschillen van de zich voordoen- de gevallen in aanmerking te nemen. De tweede zin bepaalt dat discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, of op welke grond dan ook, niet is toegestaan. De woorden ‘op welke grond dan ook’ breiden

1 Waar Pim Fortuyn in het geruchtmakende Volkskrant-interview in februari 2002 de in zijn ogen bestaande (maar overigens niet door jurisprudentiële voorbeelden te onderbouwen) dominantie van het discriminatieverbod over bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting bekritiseerde (‘je kan in Nederland niets zeggen over buitenlanders zonder van discriminatie beticht te worden’), maakte de VVD zich in de campagne voor de verkiezingen van 22 januari 2003 juist sterk voor de onvoorwaardelijkheid van het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet (‘het discriminatieverbod geldt voor iedereen, ongeacht religieuze of culturele achtergrond’; e.e.a. n.a.v. de discussie over vermeend discriminerende uitspraken van imam El Moumni). Het is niet onwaarschijnlijk dat met beide op zich tegengestelde uitingen gepoogd werd hetzelfde kiezerspubliek te bereiken.

het verbod van discriminatie tot andere dan de in deze volzin genoemde discriminatiegronden uit.

De bewoordingen van artikel 1 zijn een product van de laatste integrale grondwetsherziening, die in 1983 haar beslag kreeg. Voor die tijd gold (sinds 1887) de beperkter formulering van het toenmalige artikel 4, eerste lid, Grondwet: ‘Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen’.² De woorden ‘op welke grond dan ook’ zijn tijdens de parlementaire behandeling van hoofdstuk 1 Grondwet aan de tekst van artikel 1 toegevoegd, doordat de regering een daartoe strekkend amendement van het Kamerlid Marcus Bakker (CPN), dat door de rest van de Kamer niet werd bestreden, overnam.

Bedacht moet worden dat niet alle in artikel 1 genoemde criteria absoluut zijn, in die zin dat onderscheid op een van die gronden nimmer is toegestaan. Ingevolge artikel 1 moeten ongelijkheden in behandeling gerechtvaardigd zijn. Gevallen welke zo met elkaar overeenstemmen dat een ongelijke behandeling niet op zijn plaats is, mogen niet ongelijk worden behandeld. Het algemene gelijkheidsbeginsel, verwoord in de eerste zin van artikel 1, houdt door zijn algemeenheid een vrij ruime interpretatiemarge in.

‘Het discriminatieverbod van de tweede zin geeft aan het gebod gelijke gevallen gelijk te behandelen meer inhoud en concretiseert dit voor zover dit verbod de genoemde kenmerken betreft. Terwijl de eerste zin met name voor de wetgever een vrij grote beleidsvrijheid openlaat, schrijft de tweede zin voor dat discriminatie wegens de daar genoemde kenmerken in geen geval is toegelaten’.

aldus de memorie van toelichting.³ Het verbod van discriminatie op de genoemde gronden betekent echter niet dat nooit een van de in artikel 1 genoemde criteria een onderscheidende rol mag spelen. Zo is bijvoorbeeld het criterium politieke gezindheid van groot belang bij benoemingen van burgemeesters, commissarissen van de koningin en leden van de Raad van State. Discriminatie is dus iets anders dan onderscheid. In de vele debatten hierover in de Kamer is echter niet zonder

2 De regering gaf als belangrijk argument voor de vervanging van de tekst van het oude artikel 4, dat uit die oude tekst niet zou blijken dat het gelijkheidsbeginsel zich ook tot de wetgever richt. De nieuwe formulering is door Kortmann bekritiseerd: ‘De redactie van de oude bepaling was in zoverre pregnanter dat zij duidelijker aangaf dat eenieder gelijke aanspraak op bescherming geniet. Dat kan betekenen dat de zwakkeren in de samenleving in hogere mate beschermd worden dan de sterken, juist omdat zij de zwakken zijn. Aldus wees de oude bepaling niet alleen op het formele, doch tevens op het materiële gelijkheidsbeginsel. Zij hield mede een doelstelling voor de overheidsmaatregelen in: het effect van de overheidsmaatregelen moet zijn een door allen als gelijk ervaren bescherming.’ (C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 60).

3 *Kamerstukken II* 13 872, nr. 3, p. 25.

meer duidelijk geworden wat discriminatie dan wel is. Minister De Gaay Fortman zei hierover bij de grondwetsherziening 1983: 'Discriminatie is een ander behandelen op een zodanige wijze dat hij die ander duidelijk maakt dat hij deze aspecten van zijn mens-zijn als een onwaardige beschouwt.' De ongelijkheid in behandeling moet dus een krenkend element bevatten, dat is gericht op als wezenlijk te beschouwen eigenschappen. Welke eigenschappen van personen dat precies zijn, was volgens de regering ten tijde van de grondwetsherziening iets dat 'door de maatschappelijke werkelijkheid' zou moeten worden bepaald. Uit deze weinig concrete normering blijkt al dat voor de invulling van het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel veel afhangt van uitvoeringswetgeving en rechterlijke toetsing in concrete casus.

Van de vooropstelling van het discriminatieverbod in de grondwettelijke grondrechtencatalogus gaat de suggestie uit dat het om een grondslag voor andere grondrechten gaat, om een recht dat belangrijker is dan de andere grondrechten. Deze gedachte is tijdens de grondwetsherziening van meet af aan door regering bestreden.⁴ De jurisprudentie sinds 1983 geeft ook geen basis voor deze gedachte, desalniettemin wordt ze nog altijd wel verdedigd, bijvoorbeeld met het argument dat artikel 1 – anders dan de meeste andere grondrechtenartikelen – geen beperkingsclausule bevat.⁵

Zowel met betrekking tot artikel 1 Grondwet als met betrekking tot andere algemene discriminatieverboden is het van belang om onderscheid te maken tussen directe en indirecte discriminatie. Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een op zich neutrale regeling in zijn toepassing bijvoorbeeld veel meer vrouwen dan mannen treft, te denken valt aan een regeling die deeltijdwerkers uitsluit van deelname aan een pensioenaccommodatie. Directe discriminatie is in beginsel steeds verboden; indirecte discriminatie kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn indien het gekozen middel beantwoordt aan een werkelijke behoefte en het criterium op grond waarvan het onderscheid gemaakt wordt geschikt en noodzakelijk is om een op zichzelf redelijk doel te realiseren.⁶

4 De regering gaf aan dat in de Grondwet van 1972 het gelijkheidsbeginsel in artikel 4 was neergelegd; omdat de artikelen 1, 2 en 3 bij de herziening van 1983 vervielen of elders geplaatst werden, bleef het gelijkheidsbeginsel als het ware over als eerste bepaling van het grondrecht hoofdstuk.

5 Bijv. Tj. Gerbranda, 'Botsing van grondrechten: is een rangorde onvermijdelijk?' in: M.Kroes, J.P. Loof & H.M.T.D. ten Napel, *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderbeden'* (staatsrechtconferentie 2001), Deventer: Kluwer 2002, p. 115-131. De bekende staatsrechtjurist J. van der Hoeven, verdedigde in zijn boek *Botsing van grondrechten* (Amsterdam-Oxford-New York: 1983) de min of meer tegenovergestelde stelling dat een in historie en wetgeving uitgekristalliseerd grondrecht als dat van artikel 23 (onderwijsvrijheid) door zijn grotere bepaaldheid juist voorrang zou moeten hebben op de algemene, op deelgebieden nog lang niet voldoende uitgewerkte norm van artikel 1 Grondwet.

6 Deze formulering is afgeleid van de EG HvJ-jurisprudentie over artikel 119 (oud) EG-Verdrag

3. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens

De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, op 10 december 1948 aanvaard door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is waarschijnlijk het meest bekende en meest tot de verbeelding sprekende mensenrechtendocument van de moderne tijd. Elementen van het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod worden in diverse bepalingen van de verklaring aan de orde gesteld. De toon wordt gezet in artikel 1: ‘Alle mensen worden gelijk en vrij in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander in een geest van broederschap te gedragen.’ Artikel 2, eerste lid, bevat een algemeen discriminatieverbod: ‘Een ieder heeft aanspraak op alle rechten en vrijheden, in deze Verklaring opgesomd, zonder enig onderscheid van welke aard ook, zoals ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status. Artikel 7 voegt daaraan toe: ‘Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder onderscheid aanspraak op gelijke bescherming door de wet. Allen hebben aanspraak op gelijke bescherming tegen iedere achterstelling in strijd met deze Verklaring en tegen iedere ophitsing tot een dergelijke achterstelling.’

Niettegenstaande de bekendheid van de Universele Verklaring en de prominente plaats van anti-discriminatiebepalingen daarbinnen, is de juridische relevantie van de Verklaring in de Nederlandse rechtspraak relatief gering. De Verklaring is geen bindend verdrag, want de Algemene Vergadering van de VN heeft niet de bevoegdheid om voor de VN-Lidstaten bindende regels vast te stellen. De bepalingen van de UVRM zijn daarom ook geen ‘een ieder-verbindende’ verdragsbepalingen of ‘besluiten van een volkenrechtelijke organisatie’ zoals bedoeld in artikel 94 Grondwet, zodat de Nederlandse rechter niet de mogelijkheid heeft om nationale wetgeving of besluiten te toetsen aan de UVRM-bepalingen, aldus de Hoge Raad in 1984.⁷

4. Artikel 26 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)

De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens is in VN-verband uitgewerkt in een tweetal verdragen. Deze opsplitsing in twee verdragen is het gevolg van het karakterverschil dat doorgaans wordt aangenomen tussen de zogenaamde ‘klassieke’ rechten (burger- en politieke rechten) en de ‘sociale’ grondrechten.

(gelijke beloning voor mannen en vrouwen bij gelijke arbeid), maar wordt ook in het kader van andere discriminatieverboden gehanteerd.

7 Hoge Raad 7 november 1984, NJ 1985, 247, m.nt. Alkema.

Daarbij is de eerste groep rechten vooral gericht op het creëren van een vrijheids-sfeer zonder overheidsinmenging voor de burger en geldt ten aanzien van de tweede groep rechten juist een inspanningsverplichting voor de overheid om actief op te treden ter realisering van de bedoelde rechten. Van een strikte scheiding tussen beide groepen rechten kan echter niet worden gesproken, het gaat meer om accentverschillen.

De twee verdragen, in VN-termen aangeduid als ‘covenants’, kwamen in 1966 tot stand: het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR). Het IVBPR kent in artikel 26 een algemeen discriminatieverbod, dat voor de Nederlandse rechtspraak van behoorlijke invloed is geweest. Het artikel 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 een ieder 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.

De memorie van toelichting bij de goedkeuringswet inzake het IVBPR⁸ beschrijft artikel 26 IVBPR als het beginsel van gelijkheid van allen voor de wet en gelijke bescherming door de wet (min of meer analoog aan het toen nog geldende artikel 4 Grondwet). De toelichting vermeldt dat de travaux préparatoires niet met zekerheid aangeven of in het artikel een norm gelegen is alleen voor de toepassing van de wet of ook voor de inhoud ervan:

‘De ondergetekenden zijn van mening dat het (...) artikel is op te vatten in die zin, dat het tot uitdrukking brengt het (...) beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Aldus opgevat is deze bepaling, hoewel uiteraard in de concrete situatie verschil van mening mogelijk is over de vraag welke gevallen en welke behandelingen gelijk zijn, toch een norm gelegen niet alleen ten aanzien van de toepassing van wettelijke voorschriften, maar ook ten aanzien van de inhoud ervan.

De tweede zin van het artikel bevat voor de wetgever een nadere uitwerking van de eerste zin, door een verbod van discriminatie en een waarborg van gelijke en effectieve bescherming voor te schrijven ten aanzien van discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht taal, godsdienst, politieke of andere overtuigingen, eigendom, geboorte of andere status.’

Bij de interpretatie van artikel 26 IVBPR doet zich dezelfde vraag voor als bij

8 Kamerstukken II 1976/77, 13 932 (R 1037), nr. 3, p. 35.

artikel 1 Grondwet, namelijk: wat is discriminatie? Het IVBPR noch de toelichting bij dit verdrag geeft een exacte definitie. In de opinies en commentaren van het VN-Mensenrechtencomité (dat toezicht houdt op de naleving van het IVBPR door de verdragsstaten) heeft zich inmiddels echter wel een soort van definitie uitgekristalliseerd:⁹

‘the Committee believes that the term “discrimination” as used in the covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.’

Uit de opinies en commentaren van het VN-Mensenrechtencomité blijkt tevens de juistheid van de veronderstelling van de regering ten tijde van de goedkeuring van het IVBPR. Het comité stelt dat artikel 26:¹⁰

‘prohibits discrimination in law or in fact in any field regulated and protected by public authorities. Article 26 is therefore concerned with the obligations imposed on States parties in regard to their legislation and the application thereof. Thus, when legislation is adopted by a State party, it must comply with the requirement of article 26 that its content should not be discriminatory.’

Hoewel artikel 26 dus genot van alle rechten en vrijheden op voet van gelijkheid nastreeft, betekent dit volgens het comité niet dat er in alle gevallen gelijk behandeld moet worden. Bij onderscheid in behandeling is geen sprake van discriminatie indien de voor het onderscheid gehanteerde criteria redelijk en objectief gerechtvaardigd zijn en een legitiem doel dienen.¹¹ Daarnaast vergt het gelijkheidsbeginsel soms van staten dat zij positieve actie ondernemen om omstandigheden die discriminatie in de hand kunnen werken te verminderen of geheel weg te werken. Dergelijke positieve actie kan met zich brengen dat bepaalde groepen die in een achterstandspositie verkeren met betrekking tot het genot van alle rechten een zekere voorkeursbehandeling krijgen (hetgeen door sommigen wel aangeduid wordt als ‘positieve discriminatie’).¹²

9 Zie o.m. *General Comment* no. 18 van het VN-Mensenrechtencomité, VN-doc. A/45/40 (1990), § 7.

10 *General Comment* no. 18, § 12.

11 *General Comment* no. 18, § 13. Zie voor een diepgravende analyse van de Nederlandse en buitenlandse jurisprudentie m.b.t. de vraag wanneer sprake is van redelijke en objectief gerechtvaardigde gronden, J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (diss. Maastricht), Den Haag 2002.

12 *General Comment* no. 18, § 8 en 10.

Artikel 26 IVBPR is in Nederland reeds menigmaal toetssteen bij conflicten geweest, veel meer dan artikel 1 Grondwet. Dit is ook logisch want de vraag of de wetgever in formele zin en wet met discriminatoire bepalingen tot stand heeft gebracht, kan ingevolge het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet niet door de rechter aan artikel 1 getoetst worden, terwijl artikel 94 Grondwet de rechter wel de mogelijkheid biedt om wetten in formele zin te toetsen aan ‘een ieder verbindende verdragsbepalingen’ (waarvan artikel 26 IVBPR een voorbeeld is).

Grote opschudding veroorzaakte een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in 1988 waarin deze oordeelde dat de ongelijke behandeling van gehuwde vrouwen in de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) in strijd kwam met artikel 26.¹³ Toepassing van artikel 26 in andere, soortgelijke gevallen (waarin een uitkeringsregeling gebaseerd was op bijvoorbeeld een inkomenseis of op kostwinnerschap) zou volgens de regering de Nederlandse schatkist een fortuin kunnen gaan kosten. De toenmalige Minister van Sociale Zaken, De Koning, stelde naar aanleiding van deze uitspraak zelfs voor het IVBPR op te zeggen en vervolgens met een voorbehoud ten aanzien van artikel 26 weer toe te treden. Zo ver is het echter uiteindelijk niet gekomen, de sociale zekerheidswetgeving is op een aantal punten aangepast om mannen en vrouwen gelijke rechten op uitkeringen te geven. Of dit echter geheel gelukt is kan worden betwijfeld, want er worden nog altijd veel rechterlijke procedures gevoerd over ongelijke behandeling in de sfeer van de sociale zekerheid.

Ook het VN-Mensenrechtencomité is een tweetal malen over onderscheid in de Nederlandse sociale zekerheid komen te oordelen. De eis van kostwinnerschap als voorwaarde voor het recht op een uitkering in de (inmiddels afgeschafte) Wet Werkloosheidsvoorziening werd door het comité als discriminerend voor vrouwen aangemerkt.¹⁴ Het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden zoals dat in de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet werd gemaakt oordeelde het comité in 1987 echter niet strijdig met artikel 26 IVBPR, omdat er tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden verschil was in de wederzijdse verplichtingen van de betrokken partners (een verschil dat er inmiddels niet meer is).¹⁵

Artikel 26 IVBPR kan een belangrijke accessoire rol vervullen ten aanzien van bepaalde sociale grondrechten, waarop de burger doorgaans niet rechtstreeks een beroep op kan doen in een rechterlijke procedure. ‘Over de band van artikel 26’ kan een individu bijvoorbeeld een beroep doen op het recht op sociale zekerheid

13 CRvB 8 januari 1988, *RSV* 1988, 198.

14 VN-Mensenrechtencomité 4 maart 1987, *RSV* 1987, 245 (zaak-Broeks), m.nt. Levelt-Overmars; *NJCM-Bulletin* 1987, p. 377-391, m.nt. Zwart.

15 VN-Mensenrechtencomité 7 april 1987, *RSV* 1988, 201 (zaak-Danning).

van artikel 9 IVESCR, indien hij meent dat dit recht hem op discriminatoire wijze wordt ontzegd.

5. Artikel 14 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)

Ook in het EVRM is een algemene anti-discriminatiebepaling opgenomen. Artikel 14 EVRM luidt:

Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

Het grote verschil tussen artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR is dat het eerste artikel geen zelfstandig recht bevat op vrijwaring van discriminatie; het verbod op onderscheid geldt slechts ten aanzien van de eerbiediging van de andere EVRM-rechten. Artikel 14 EVRM is daarmee een connex recht, dat alleen in combinatie met een andere EVRM-bepaling kan worden ingeroepen. Volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vormt artikel 14 als het ware ‘an integral part of each of the Articles laying down rights and freedoms.’¹⁶ Het is echter niet zo dat artikel 14 alleen dan geschonden kan worden geacht indien ook sprake is van schending van een andere EVRM-bepaling, wel dient de kwestie waarover wordt geklaagd samenhang te vertonen met een van de door het EVRM gegarandeerde rechten en vrijheden. Ongelijke behandeling op een gebied dat buiten het bereik van het EVRM valt kan geen schending van artikel 14 opleveren.

Het toetsingscriterium dat uit de EHRM-jurisprudentie over artikel 14 naar voren komt, onderscheidt zich niet nadrukkelijk van dat bij artikel 26 IVBPR of artikel 1 Grondwet. Ook hier wordt het artikel geschonden geacht indien er sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen, zonder dat daar een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor bestaat of er geen evenredigheid bestaat tussen het beoogde doel en de gehanteerde middelen.

Wat betreft de in artikel 14 EVRM opgesomde discriminatiegronden is er ook geen wezenlijk verschil met de gronden genoemd in artikel 26 IVBPR. Bovendien is in beide gevallen de opsomming illustratief en niet limitatief bedoeld. Onderzoek laat echter wel zien dat in de rechterlijke beoordeling (zowel op nationaal als

16 O.m. EHRM 23 juli 1968, *Series A* vol. 6 (Belgische Taalzaken), p. 33

internationaal niveau) ten aanzien van de wel expliciet opgesomde discriminatiegronden veelal een indringender toets wordt aangelegd dan bij een onderscheidend criterium dat niet in de verdragsbepaling genoemd wordt, maar wel begrepen zou kunnen worden onder ‘welke grond ook’ of de restcategorie ‘andere status’.¹⁷ Indien onderscheid gemaakt wordt op een van de expliciet genoemde – en daardoor bij voorbaat verdachte – gronden, eist de rechter doorgaans dat de onderscheid makende partij zeer zwaarwegende gronden aanvoert ter rechtvaardiging van het onderscheid,¹⁸ terwijl bij onderscheid op een andere grond volstaan wordt met een veel marginaler (redelijkheids)toets.¹⁹

Overigens gaat er op het punt van de beperkte strekking van het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM (discriminatie alleen verboden voor zover het door het EVRM beschermde rechten betreft) iets veranderen. Binnen de Raad van Europa werd reeds lange tijd de beperkte bescherming van artikel 14 EVRM als een gemis beschouwd, ook in het licht van de toetreding van Midden- en Oost-Europese staten tot de Raad van Europa (aangezien deze dikwijls niet of slechts beperkt gebonden waren en zijn aan internationale non-discriminatie-normen (als artikel 26 IVBPR)). Daarom is op 4 november 2000 in Rome de tekst vastgesteld van een Twaalfde (aanvullend) Protocol bij het EVRM, waarin het toepassingsgebied van artikel 14 in algemene zin wordt verruimd en een niet-uitputtende opsomming van discriminatiegronden wordt opgenomen. Artikel 1 van dit Twaalfde Protocol luidt als volgt:

1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale min-

17 Dit verschil doet zich overigens niet alleen voor bij artikel 14 EVRM, maar ook bij artikel 1 Grondwet en artikel 26 IVBPR.

18 Aangezien de onderscheid makende partij doorgaans de verwerende partij is, zorgt der rechter dan dus ook voor een omkering van de bewijslast: niet de eiser hoeft de discriminatie aan te tonen, maar de verweerder moet laten zien dat er van geen discriminatie sprake is.

19 Zie bijvoorbeeld CRvB 4 november 1993, *AB* 1994, 213, m.nt. Hennekens; *TAR* 1994, 6; *NJCM-Bulletin* 1995, p. 22, m.nt. Gerritsen. Vgl. verder: A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 132: ‘Uit het jurisprudentieoverzicht blijkt dat de toets die de rechter toepast om te bepalen of het discriminatieverbod (...) is geschonden afhankelijk is van de in het geding zijnde verbodsnorm. De toetsen hebben gemeen dat differentiatie vanwege een benoemd criterium vrijwel direct een verdenking van discriminatie oplevert, terwijl rechters onbenoemde differentiatiecriteria (...) in de regel slechts met terughoudendheid in de overwegingen betrekken.. het maken van onderscheid is volgens vaste artikel 26 IVBPR-rechtspraak toegestaan, voorzover er hiervoor een redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Kenmerk van de rechtvaardigingstoets is, dat wordt gekeken of met het onderscheid een legitiem doel wordt nagestreefd en of het onderscheid kan worden aangemerkt als een passend middel. Bij onbenoemde differentiatiecriteria (...) wordt het maken van onderscheid al snel “passend” in de zin van geëigend, gevonden.’

derheid, vermogen, geboorte of andere status.

2. *Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op met name een van de in het eerste lid vermelde gronden.*²⁰

De in het Twaalfde Protocol genoemde discriminatiegronden zijn dezelfde als die van artikel 14 EVRM, het Protocol breidt het discriminatieverbod echter uit tot alle juridische en feitelijke handelingen van de overheid. Hierbij heeft artikel 26 IVBPR als inspiratie gediend. Verschil met artikel 26 IVBPR is echter dat artikel 1 Twaalfde Protocol in het tweede lid nadrukkelijk de woorden ‘door enig openbaar gezag’ bevat. Volgens de Nederlandse regering is door de opstellers van het protocol met deze woorden getracht mogelijke horizontale werking van het protocol te beperken. Of de Nederlandse rechter – die uiteindelijk zal moeten beoordelen of artikel 1 Twaalfde Protocol ook in een geschil tussen burgers onderling kan worden ingeroepen – hierin mee zal gaan staat nog te bezien, wel is duidelijk dat het Twaalfde Protocol in materieel opzicht niets extra’s brengt in aanvulling op het discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR.²¹ De regering acht het belang van het Twaalfde Protocol vooral gelegen in het feit dat de staat niet verplicht is een de het VN-mensenrechtencomité geconstateerde schending van het IVBPR ongedaan te maken, terwijl een uitspraak van het Europees hof voor de rechten van de mens (EHRM) juridisch wel bindend is.

Het Twaalfde Protocol is inmiddels ter goedkeuring voorgelegd aan het Nederlandse parlement. Het protocol zal in werking treden na ratificatie door tien staten. De regering heeft verklaard te verwachten

‘dat het protocol ertoe kan bijdragen dat Nederlandse bestuursorganen – voor zover dat nog nodig mocht zijn – zich beter realiseren dat hun rechtsplicht tot naleving van het non-discriminatiebeginsel bij feitelijke handelingen en bij eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen niet beperkt is tot de vijf non-discriminatiegronden, die uitdrukkelijk zijn vermeld in artikel 1 Grondwet (godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht), maar zich uitstrekt over alle in de voor het Koninkrijk relevante verdragen genoemde non-discriminatiegronden, zoals bijvoorbeeld het verbod van discriminatie op grond van taal, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. Het Protocol bevat een niet-limitatieve lijst van discriminatiegronden. Een beter besef bij overheid én burgers over de reikwijdte van het discriminatieverbod in onze rechtsorde kan bijdragen aan de kwaliteit van het openbaar bestuur en daarmee indirect ook van de Nederlandse samenleving.’²²

20 *Trb.* 2001, 18, zoals gewijzigd door *Trb.* 2001, 173.

21 *Zie Kamerstukken I/II* 2001/02, 28 100 (R1705), nr. 1 en nr. 7, p. 8.

22 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 100 (R 1705), nr. 7, p. 6.

6. Het Internationaal Verdrag tot uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (IVRD)

Vergeleken bij andere mensenrechtenverdragen is het IVRD erg snel totstandgekomen.²³ Het was er zelfs eerder dan de algemene VN-mensenrechtenverdragen, het IVBPR en het IVESCR, hoewel het werk daaraan al veel eerder begonnen was. In december 1960 nam de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een resolutie aan (nr. 1510 (XV)) waarin alle uitingen van rassenhaat werden veroordeeld als zijnde schendingen van het Handvest van de Verenigde Naties en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Van de lidstaten werd gevraagd om maatregelen te nemen ter voorkoming van dergelijke uitingen. Twee jaar later werd een volgende resolutie aangenomen (nr. 1780). Met deze resolutie werd gevraagd om de voorbereiding van een ontwerp-verklaring en een ontwerp-verdrag betreffende de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie. Een ontwerp-verklaring werd in 1963 besproken en nog datzelfde jaar werd de VN-Verklaring inzake de Uitbanning van alle Vormen van Rassendiscriminatie afgekondigd. Direct daarna werd afgesproken dat het opstellen van een ontwerp-verdrag over hetzelfde onderwerp absolute prioriteit zou krijgen. Ook het werk aan deze tekst verliep voorspoedig. Op 21 december 1965 werd het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVRD) aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Zowel de Verklaring als het Verdrag werd unaniem aanvaard. Het verdrag is op 4 januari 1969 in werking getreden. Nederland is op 10 december 1971 partij geworden bij het verdrag en aanvaardde daarbij ook het individuele klachtrecht (op grond van artikel 14 van het verdrag kunnen individuen klachten indienen bij een comité dat toezicht houdt op de naleving van het verdrag (CERD)), mits de staat de bevoegdheid van dit comité om dergelijke klachten te behandelen heeft erkend; het CERD kan naar aanleiding van een klacht ‘aanbevelingen’ doen).

Het eerste artikel van het verdrag geeft een definitie van het begrip ‘rassendiscriminatie’. De tekst van het eerste lid luidt als volgt:

In dit Verdrag wordt onder “rassendiscriminatie” verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst 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.

23 De in deze paragraaf opgenomen beknopte schets van het IVRD is vrijwel geheel ontleend aan en gebaseerd op M.I. van Dooren, *Inleiding mensenrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Hoewel uit deze definitie afgeleid zou kunnen worden dat rassendiscriminatie in al zijn mogelijke verschijningsvormen door het IVRD bestreken wordt,²⁴ had de Nederlandse regering daar ten tijde van de goedkeuring van het verdrag een wat beperkter visie op. Zij meende dat het verdrag niet verder uitstreekte dan tot handhaving van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op terreinen van het *openbare leven* en daarom weinig betekenis zou hebben voor de rechtsverhoudingen tussen particulieren, aangezien die doorgaans niet op enig terrein van het openbare leven zouden liggen.²⁵ Discriminerend gedrag van de individuele burger in de particuliere sfeer zou niet door het verdrag bestreken worden.

De in artikel 1 genoemde discriminatiegronden worden zelf in het verdrag niet nader omschreven. Wel blijkt uit de toevoegingen ‘huidskleur, afkomst’ etc. dat ‘ras’ ruim moet worden uitgelegd. Men wilde alle motieven van raciale aard opnemen die de basis voor discriminatie zouden kunnen vormen. Wat ‘ras’ of ‘nationale afstamming’ nu echter precies inhoudt, staat niet in het verdrag. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat het woord ‘ras’ moet worden begrepen in de strikte zin van een verwijzing naar aangeboren en onveranderlijke fysieke eigenschappen en dat met ‘nationale afstamming’ niet wordt bedoeld: nationaliteit. Discriminatie op grond van nationaliteit is namelijk uitdrukkelijk buiten het verdrag gehouden. Uit het tweede lid van artikel 1 blijkt dat discriminatie op grond van nationaliteit (want dat wordt bedoeld met de woorden ‘onderscheid (...) tussen onderdanen en niet-onderdanen’) geen rassendiscriminatie is en dus niet wordt verboden door het IVRD.

Het vierde lid van artikel 1 IVRD geeft aan dat maatregelen van positieve discriminatie zijn toegestaan. Daaraan worden wel enkele voorwaarden verbonden. Zo mag een staat zulke maatregelen niet langer dan strikt noodzakelijk instandhouden.

Naast de definitiebepaling van artikel 1 is artikel 2 is een van de centrale bepalingen van het IVRD. Hierin wordt namelijk aangegeven welke verplichtingen de staten die het verdrag hebben geratificeerd op zich nemen. Van Dooren vat deze verplichtingen kernachtig samen:²⁶

‘Er zijn vijf verplichtingen geformuleerd en elke volgende verplichting gaat als het ware een stapje verder dan de vorige. Kort gezegd komen de verplichtingen op het volgende neer. In de eerste plaats neemt de staat op zich om zichzelf niet schuldig te maken aan rassendiscriminatie (lid 1 sub a van artikel 2). Vervolgens is de staat verplicht zich te onthouden van steun wanneer anderen dan de staat (personen of orga-

24 Zie Van Dooren 2002 (*supra* noot 20), p. 93.

25 *Kamerstukken II* 1968/69, 9 723 (R 663), nr. 5, p. 6.

26 Van Dooren 2002 (*supra* noot 20), p. 93.

nisaties) zich schuldig maken aan rassendiscriminatie. Op grond van lid 1 sub c moeten staten nagaan of de wet- of andere regelgeving geen discriminerende elementen bevat. Nog weer een stap verder gaat de vierde verplichting. Staten zijn niet alleen verplicht om rassendiscriminatie door derden niet te steunen, maar moeten ook actief een eind proberen te maken aan dergelijke discriminatie. Het artikel eindigt met een aansporing om positieve activiteiten te ondernemen: staten moeten steun geven aan organisaties of andere initiatieven die gericht zijn op het tegendeel van rassendiscriminatie, dat wil zeggen op integratie en gelijke behandeling van een ieder ongeacht ras.’

Een derde kernbepaling uit het verdrag is artikel 5. Dit artikel vormt een geheel met het tweede artikel, waarnaar ook wordt verwezen. Volgens artikel 5 nemen de verdragsstaten op zich ‘rassendiscriminatie in al haar vormen te verbieden en uit te bannen en het recht van een ieder, zonder onderscheid naar ras, huidskleur of nationale of etnische afstamming, op gelijkheid voor de wet te verzekeren, in het bijzonder wat het genot van de navolgende rechten betreft: (...)’ De rest van het artikel wordt gevormd door een lijst van de rechten die bijzondere aandacht verdienen bij de bestrijding van rassendiscriminatie. Het IVRD verplicht staten derhalve ervoor te zorgen dat mensen niet gediscrimineerd worden naar ras bij de uitoefening hun mensenrechten.

Een van de rechten die artikel 5 noemt is het recht op huisvesting. Als dus aan iemand bijvoorbeeld een huurcontract geweigerd wordt omdat hij van buitenlandse afkomst is, dan is er sprake van rassendiscriminatie bij zijn uitoefening van het recht op huisvesting. Reeds kort na de Nederlandse toetreding tot het IVRD deden zich in Nederland enkele kwesties in deze sfeer voor. In juli 1974 vernietigde de regering een besluit van de gemeenteraad van Rotterdam, waarmee werd beoogd een zodanige regulering van de huisvesting van Antillianen, Surinamers en buitenlanders dat in bepaalde wijken hun aantal een bepaald percentage van de bevolking van die wijk niet zou overschrijden. De regering achtte deze regeling in strijd met het verbod van rassendiscriminatie.²⁷ Enkele jaren later oordeelde de rechter echter dat het (op dat moment wel wat anders vormgegeven) spreidingsbeleid voor buitenlanders bij woonruimteverdeling door de gemeente Rotterdam niet discriminerend of anderszins onrechtmatig was, omdat het beoogde beleid juist gericht was op het scheppen van meer kansen op goede huisvesting voor deze categorie.²⁸

Bij de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet van het IVRD ging de Nederlandse regering nog uit van een zeer beperkt effect van het verdrag binnen de Nederlandse rechtsorde. In de memorie van antwoord bij de goedkeu-

27 KB 19 juli 1974, *Staatsblad* 1974, 496; zie ook KB 10 september 1974, *Staatsblad* 1974, 556.

28 Rb. Rotterdam 10 april 1981, *NJ* 1981, 525.

ringswet stelde zij dat de materiële verdragsbepalingen slechts bepaalde verplichtingen van de verdragsstaten inhielden met betrekking tot hun wetgeving en bestuur: ‘Het verdrag kent aan de burgers niet rechtstreeks individuele rechten toe.’²⁹ De uit het IVRD voortvloeiende verplichtingen moesten in Nederland vooral geëffectueerd worden door middel van speciale uitvoeringswetgeving, met name in de sfeer van het strafrecht. Er werden diverse bepalingen aan het Wetboek van Strafrecht toegevoegd inzake rassendiscriminatie en daarbij werden ook andere vormen van discriminatie (zoals discriminatie op grond van geslacht, godsdienst, levensovertuiging) meegenomen. Artikel 90 quater Sr geeft vandaag de dag een definitie van discriminatie. Deze definitie is vrijwel gelijklopend aan die van artikel 1 IVRD. In artikel 429 quater Sr is discriminatie op de arbeidsmarkt strafbaar gesteld als overtreding. De huidige tekst van dit artikel luidt:

Hij die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen discrimineert wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie.

In 1991 heeft men dit strafbare feit aangescherpt en het ook als misdrijf strafbaar gesteld in artikel 137g Sr. Tevens is in dat jaar de discriminatiegrond ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ aan de anti-discriminatiebepalingen van het Wetboek van Strafrecht toegevoegd.

Discriminatoire uitlatingen worden in de artikelen 137c tot en met 137f Sr in diverse vormen strafbaar gesteld. Artikel 137c en 136d Sr nemen daarbij een centrale plaats in:

Art. 137c: Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste 1 jaar of een geldboete van de derde categorie.

Art. 137d: Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, +aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste 1 jaar of een geldboete van de derde categorie.

29 *Kamerstukken II* 1968/69, 9 723 (R 663), nr. 5, p. 5.

De Nederlandse rechter heeft herhaaldelijk veroordelingen uitgesproken op basis van artikel 137c, met name vanwege uitlatingen in de antisemitische of racistische sfeer,³⁰ veroordelingen op grond van artikel 137d zijn zeldzamer.³¹

Naast de wetgeving in formele zin, zijn er ook diverse richtlijnen en gedragscodes tot stand gekomen. Er zijn richtlijnen gemaakt voor de vervolging van rassendiscriminatie door de politie en het Openbaar Ministerie. In 1993 werd een gedragscode voor uitzendbureaus aangenomen. Daarin staat onder meer dat uitzendbureaus niet mogen meewerken wanneer werkgevers bijvoorbeeld vragen om ‘geen buitenlander’ te sturen als zij een arbeidskracht nodig hebben. Ook de arbeidsbureaus hebben een gedragscode.³²

De Nederlandse toetreding tot het IVRD heeft dus tot de nodige activiteiten van wet- of regelgevende aard geleid, daarmee zijn echter nog niet alle discriminerende praktijken uitgebannen, zoals bleek het eerste oordeel van het CERD (in 1988) over een individuele klacht: het betrof namelijk een zaak tegen Nederland. Van Dooren geeft een heldere schets van de betreffende casus:³³

‘Een werkgever wilde een Turkse werknemer die zwanger was ontslaan. Dit kon alleen door een verzoek bij de Kantonrechter in te dienen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In zijn verzoekschrift aan de Kantonrechter beriep de werkgever zich op de economisch moeilijke omstandigheden van zijn bedrijf en op extreem hoog ziekteverzuim van zijn Turkse werknemer. Hij ging er echter zonder meer van uit dat het ziekteverzuim zijn grond vond in de niet-Nederlandse afkomst van zijn werknemer, zoals blijkt uit de volgende passage in het verzoekschrift: “Wanneer een Hollands meisje trouwt en een baby krijgt houdt zij op met werken. Onze buitenlandse werkneemsters daarentegen brengen het kind bij burens of familie en bij de minste of geringste tegenslag verdwijnt men in de ziektewet en herhaalt dit tot in den treure.” Met voorbijgaan aan deze discriminerende uitlatingen ontbond de Kantonrechter de arbeidsovereenkomst en motiveerde die beslissing door er op te wijzen dat het hoge ziekteverzuim onaanvaardbaar was voor de in een economisch moeilijke situatie verkerende werkgever. In antwoord op de aangifte van discriminatie op grond van artikel 429 quater Sr stelde ook de Hoofdofficier van Justitie dat het hoge ziekteverzuim voldoende rechtvaardiging opleverde. De handelwijze van de werkgever zou losstaan

30 Zo werd in november 2000 iemand veroordeeld tot twee weken voorwaardelijke gevangenisstraf en een boete van f 1500 omdat hij antisemitische en racistische teksten op het internet had geplaatst (Rechtbank Arnhem 28 november 2000, *Rechtspraak Rassendiscriminatie 1995-2000*, nr. 572).

31 Een voorbeeld daarvan is de veroordeling van Hans Janmaat en de CentrumDemocraten, o.m. vanwege uitlatingen als ‘eigen volk eerst’ in de zendtijd voor politieke partijen. HR 16 april 1996, *NJCM-Bulletin* 1996, p. 676 e.v., m.nt. Woltjer.

32 Zie over deze gedragscodes ook de bijdrage van Silversmith aan deze bundel. De Richtlijn (Aanwijzing) Rassendiscriminatie van het OM wordt nader besproken in § 14 van deze bijdrage.

33 Van Dooren 2002 (*supra* noot 20), p. 97-98.

van discriminatie naar ras. Het Hof (oordelend over de klacht van de werknemer betreffende het niet instellen van strafvervolgning) was “met de Hoofdofficier van mening, dat niet kan worden volgehouden dat beklaagde met haar handelen ten aanzien van klaagster het maken van onderscheid wegens ras heeft beoogd dan wel dat haar handelen dit maken van onderscheid tot gevolg heeft gehad, nu slechts het verschil werk-verzuim wegens bevalling en ziekte van buitenlandse werknemers aan de orde is gesteld aan de hand van door beklaagde geregistreerde objectieve cijfers”.

Het is nog maar de vraag of de door de werkgever gebruikte grond van hoog ziekteverzuim los stond van rassendiscriminatie. Hij baseerde zijn motivering immers op het vooroordeel dat buitenlandse vrouwen met een baby per definitie een onaanvaardbaar hoog ziekteverzuim hebben. Zoals in de noot bij de uitspraak van het Hof wordt gesteld hebben we hier te maken met een op grond van artikel 429 quater verboden vorm van onderscheid, omdat de werknemer ongunstiger werd behandeld “niet op grond van haar individuele gedrag (...) maar op basis van een (al dan niet vermeend) groepskenmerk”. De discriminatie is bovendien direct. Er is geen op zichzelf neutraal criterium in het spel waarvan een bepaalde groep achteraf nadelige gevolgen blijkt te ondervinden: in dat geval zou slechts sprake zijn van indirecte discriminatie. Het criterium was hier zonder meer “buitenlandse afkomst”. Er komt nog bij dat het ziekteverzuim van de werknemer tot dan toe niets met een baby of een buitenlandse afkomst te maken had, maar met herstel van de gevolgen van een auto-ongeluk. Dat de werkgever er desondanks van uitging dat de werknemer ook in de toekomst een hoog ziekteverzuim zou hebben, omdat zij van buitenlandse afkomst was, versterkt de indruk dat sprake was van een vooroordeel en dus het vermoeden dat discriminatie een belangrijke rol speelde bij het besluit van de werkgever om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te gaan. De verschillende instanties hebben nagelaten om ten minste te onderzoeken waarom de werknemer in kwestie zo veel verzuimde. Daarmee is men aan de discriminerende opmerkingen van de werkgever voorbijgegaan.

De Kantonrechter dient een werkelijke belangenafweging te maken waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Dit is uitdrukkelijk uitgesproken door het Rassendiscriminatiecomité, waarop van de kant van de werknemer een beroep was gedaan toen met het beklag bij het Hof alle nationale rechtsmiddelen waren uitgeput. In zijn uitspraak kwam het comité tot de conclusie dat, nu de Kantonrechter (die de uiteindelijke beslissing nam intake het ontslag) de beweerde discriminatie niet in de overwegingen heeft betrokken, het ontslag het resultaat was van een nalaten om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval.’

Deze uitspraak van het Rassendiscriminatiecomité deed in Nederland het nodige stof opwaaien. Hij werd gezien als een smet op het goede mensenrechtelijke blazen van Nederland en er werd zelfs gesuggereerd het IVRD op te zeggen. Zo ver is het echter niet gekomen.

7. Het VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens de vrouw

In 1980 werd tijdens de Wereldvrouwenconferentie in Kopenhagen de tekst vastgesteld van het VN-Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens de vrouw (hierna: Vrouwenverdrag). De Nederlandse delegatie op deze conferentie speelde een actieve rol bij de totstandkoming van het verdrag. Toch duurde het tot 1991 voor Nederland het verdrag goedkeurde en ratificeerde. Deze vertraging werd vooral veroorzaakt door politieke ontwikkelingen op nationaal niveau (discussie over de conceptualisering van een algemene Nederlandse wet inzake gelijke behandeling, onzekerheid over de verhouding tussen de nieuwe gelijke-behandelingswetgeving en de verplichtingen ingevolge het Vrouwenverdrag).³⁴

Het Vrouwenverdrag is opgebouwd uit een preambule en zes delen. De preambule is vrij lang en heeft een politiek getinte inhoud. In de preambule worden de redenen en doelen aangegeven voor het opstellen van een apart verdrag inzake vrouwendiscriminatie. Ze verwijst niet alleen naar de gelijke rechten tussen mannen en vrouwen zoals die in andere verdragen zijn neergelegd, de preambule geeft ook factoren aan die kunnen bijdragen aan het uitbannen van de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen. Het Vrouwenverdrag bevat vier typen van bepalingen, die terug te vinden zijn in de opbouw van het verdrag (enigszins vergelijkbaar met het IVRD). In de eerste plaats zijn dit bepalingen betreffende de internationale en nationale veroordeling van vrouwendiscriminatie zoals gedefinieerd in het verdrag. In de tweede plaats zijn er bepalingen die staten verplichten tot verandering van het nationale recht. In de derde plaats zijn er bepalingen die staten verplichten tot maatschappelijke actie en ten vierde zijn er bepalingen met betrekking tot het internationaal toezicht.³⁵

Deel I van het Vrouwenverdrag bevat de algemene bepalingen, waaronder in artikel 1 de definitie van vrouwendiscriminatie (hierop kom ik verderop nog terug). In artikel 2 en 3 veroordelen de staten vrouwendiscriminatie en komen ze overeen onverwijld beleid te ontwikkelen ter uitbanning daarvan, dat gericht is op de ontplooiing en ontwikkeling van vrouwen, waardoor ze gebruik kunnen maken van hun rechten. In artikel 4 is vastgelegd dat positieve discriminatie niet als discriminatie gezien dient te worden. De noodzaak tot beïnvloeding van cultuurpatronen die een minderwaardige positie van vrouwen bewerkstelligen of leiden tot een stereotype rolverdeling tussen mannen en vrouwen is vastgelegd in artikel 5.

34 Zie J.C. Hes & C.E. van Vleuten, Het Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde, Den Haag: Ministerie van SZW 1996, p. 3.

35 H.C. van Maarseveen, 'Het verdrag tegen vrouwendiscriminatie', *NJB* 1985, p. 1022.

Artikel 6 richt zich op de bestrijding van vrouwenhandel. Deel II van het verdrag, de artikelen 7-9, betreft de verzekering van gelijke politieke rechten. Hier gaat het om maatregelen met betrekking tot het kiesrecht, participatie aan het openbare leven, representatie en nationaliteit. In deel III, de artikelen 10-14, wordt ingegaan op de verzekering van gelijke culturele, sociale en economische rechten. De burgerrechten staan centraal in deel IV, artikel 15 en 16, van het verdrag. Daarna volgen in deel V (artikelen 17-22) bepalingen aangaande het toezichthoudend Comité (CEDAW) en het supervisiesysteem (bestaande uit een periodieke rapportageverplichting voor de verdragsstaten).

De inhoud van het Vrouwenverdrag bouwt verder op het geloof in fundamentele mensenrechten en gelijke rechten voor mannen en vrouwen zoals dat is neergelegd in de preambule van het VN-Handvest.³⁶ De hoofddoelstelling van het verdrag is de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen op alle denkbare terreinen. Deze doelstelling wordt vooral nagestreefd door middel van een opdracht tot handelen aan de verdragsstaten. Het verdrag schrijft een uitgebreid programma van eisen voor. De Nederlandse Rapportagecommissie, die in 1997 verslag deed over de implementatie van het verdrag in Nederland, verdeelt deze hoofddoelstelling in drie subdoelstellingen. Deze kunnen worden afgeleid uit de artikelen 2, 3, en 5 van het verdrag. Zij dienen volgens de Rapportagecommissie in samenhang te worden nagestreefd. De eerste subdoelstelling is het realiseren van volledige gelijkheid van mannen en vrouwen voor de wet en in het openbaar bestuur. Dit betekent een verbod van directe en indirecte discriminatie in alle wet- en regelgeving. De tweede subdoelstelling is de positieverbetering van vrouwen. De overheid dient alles in het werk te stellen om aan discriminatie in de samenleving en aan feitelijk bestaande ongelijkheid tussen mannen en vrouwen een einde te maken. De derde subdoelstelling is de bestrijding van de dominante gender-ideologie. De gender-ideologie bewerkstelligt onderscheid tussen mannen en vrouwen door aan hen bewust of onbewust verschillende waarden en kwaliteiten in gedrag, gevoelens, waardeoordelen en verwachtingen toe te schrijven.³⁷

Op de reikwijdte van de bepalingen van het VN-Vrouwenverdrag is bij de totstandkoming niet uitvoerig ingegaan door de VN-lidstaten. Wel zijn door de Nederlandse regering en Staten-Generaal ten tijde van de goedkeuring van het

36 In deze preambule is de volgende zinsnede opgenomen: 'Wij, de volken van de Verenigde naties, vastbesloten (...) opnieuw ons vertrouwen te bevestigen (...) in gelijke rechten voor mannen en vrouwen (...) hebben besloten (...)'.
37 *Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997. Verslag van de commissie voor de eerste nationale rapportage over de implementatie in Nederland van het Internationaal verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen* (Commissie-Groenman), Den Haag: VUGA 1997, p. 21-26. Bij de goedkeuring van het Vrouwenverdrag werd door de Tweede Kamer bepaald dat de Nederlandse regering niet alleen verslag over de implementatie van het verdrag zou moeten doen aan het toezichthoudend Comité (CEDAW), maar ook aan de Tweede Kamer.

verdrag de nodige opmerkingen gemaakt over de reikwijdte van de verdragsbepalingen. De algemene begripsbepaling van artikel 1 Vrouwenverdrag, moet volgens de regering gezien worden als een vertrekpunt en een leidraad. Nadere uitwerking van deze term op verschillende terreinen is te vinden in de volgende artikelen van het verdrag.³⁸ Artikel 1 Vrouwenverdrag luidt:

Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder 'discriminatie van vrouwen' verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting of beperking op grond van geslacht, die tot gevolg of tot doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening door vrouwen van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, op het terrein van de burgerrechten of welke ander gebied dan ook, ongeacht hun huwelijkse staat, op de grondslag van gelijkheid van mannen en vrouwen aan te tasten of teniet te doen.

Uit de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet van het Vrouwenverdrag werd niet geheel duidelijk of de regering het discriminatiebegrip van artikel 1 ruim opvatte en of het verdrag volgens de regering ook materiële gelijkheid beoogde. Volgens de regering had het discriminatiebegrip wel mede betrekking op indirecte discriminatie.³⁹ Direct onderscheid is verboden, tenzij bij wet uitzonderingen zijn toegestaan. Deze uitzonderingen zijn limitatief. Voor het maken van indirect onderscheid dient een objectieve rechtvaardigingsgrond aangevoerd te kunnen worden.⁴⁰

De regering was verder van mening dat de bepalingen van het verdrag zich niet uitstrekten tot de privé-sfeer. Een andere beperking die de regering aanbracht is dat kerkgenootschappen buiten de reikwijdte van het verdrag vallen.⁴¹ Tijdens de parlementaire behandeling werd uitgebreid gediscussieerd over de horizontale werking (de werking in de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling) van de verdragsbepalingen. Hierbij speelde vooral de vraag of horizontale werking niet zou leiden tot een botsing met andere grond- en mensenrechten. Met name de christelijke fracties in de Tweede Kamer maakten zich zorgen over de vrijheid van godsdienst, onderwijs en meningsuiting die in het geding zou kunnen komen. De regering erkende dat er een spanningsveld zou kunnen ontstaan tussen de verplichtingen op grond van het vrouwenverdrag en andere grondrechten. Zij meende echter dat het verdrag op nationaal niveau de ruimte liet voor het maken van een belangenafweging, de regering wilde nadrukkelijk geen keuze maken of prioritering aanbrengen ten aanzien van botsende grondrechten.⁴²

38 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 950, nr. 3, p. 10.

39 Dit werd afgeleid uit de woorden 'die tot gevolg of tot doel heeft' in artikel 1 Vrouwenverdrag.

40 *Kamerstukken II* 1986/87, 18 950, nr. 6, p. 20.

41 Zie Hes & Van Vleuten 1996 (*supra* noot 34), p. 80-86.

42 *Idem.*, p. 86-88.

Het is goed om erop te wijzen dat het discriminatieverbod van artikel 1 Vrouwenverdrag zich richt op de bestrijding van vrouwendiscriminatie en niet op discriminatie op grond van geslacht: onderscheid op grond van geslacht dat louter en alleen nadelige effecten heeft voor mannen valt niet onder het verdrag.⁴³ Verder wordt in de literatuur in het algemeen aangenomen dat het verbod van discriminatie van vrouwen breed opgevat dient te worden in die zin dat het verdrag niet alleen formele, maar ook materiële gelijkheid beoogt.⁴⁴ Weliswaar bevat het verdrag een groot aantal bepalingen met zinsneden als ‘dezelfde rechten’ of ‘op gelijke voet met mannen’, waaruit een beperking tot formele gelijkheid lijkt te spreken, uit het feit dat ook indirecte discriminatie onder het verdrag valt en uit de tekst van enkele verdragsbepalingen wordt doorgaans afgeleid dat het verdrag een minimumverplichting van formele gelijke behandeling van vrouwen met zich brengt en een maximumverplichting om materiële gelijkheid te bereiken.⁴⁵ Materiële gelijkheid reikt verder dan een strikt formele gelijkheidsbenadering waarbij van discriminatie op grond van geslacht geen sprake kan zijn, zolang mannen en vrouwen hetzelfde behandeld worden. Om materiële gelijkheid te bereiken kan het nodig zijn om de achterstandpositie van vrouwen op bepaalde terreinen te bestrijden door een vorm van voorkeursbeleid. Vanuit dat perspectief zijn vormen van gelijke behandeling die de positie van vrouwen verslechteren in strijd met het doel en de strekking van het verdrag. *Leveling down*, het bevorderen van gelijkheid door vrouwen even slecht te behandelen als mannen (daar waar vrouwen een bevoorrechte positie innemen), levert dus strijd op met het Vrouwenverdrag.

De nationale overheid dient, uitgaande van artikel 2 Vrouwenverdrag, zorg te dragen dat ook tussen burgers onderling het non-discriminatiebeginsel wordt nageleefd. Hierboven werd al even de discussie in de Tweede Kamer hierover aangestipt. Tot dusverre is de horizontale werking van het verdrag vooral van belang geweest met betrekking tot de bestrijding van seksespecifiek geweld in de privé-sfeer. De inbreuk op de rechten van vrouwen vindt vaak plaats in de privé-sfeer. Specifiek voor de situaties waar de inbreuk op de rechten van vrouwen gepaard gaat met geweld is door het CEDAW een algemene aanbeveling (nr. 19) opgesteld, die van de verdragsstaten maatregelen tot bestrijding van dit geweld tegen vrouwen eist. Over de situaties waarin horizontale werking van de bepalingen van het Vrouwenverdrag een botsing zou kunnen opleveren met andere

43 Van Maarseveen 1985 (*supra* noot 35), p. 1023.

44 Zie o.m. S. van Walsum, *Het Vrouwenverdrag en het Nederlandse vreemdelingenbeleid: een onderzoek naar de relevantie van het VN-Vrouwenverdrag voor het Nederlandse vreemdelingenrecht*, Amsterdam: Clara Wichmann Instituut 1996, p. 40.

45 Hes & Van Vleuten 1996 (*supra* noot 34), p. 35-36 en 203; T. Loenen, ‘Het discriminatiebegrip’, in: A.W. Heringa, J.C. Hes & L. Lijnzaad (red.), *Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag ...*,

grondrechten is nog niet zoveel meer duidelijkheid gekomen. Het verdrag zelf zegt er niets over, de regering is hier bij de goedkeuring van het verdrag slechts zeer summier op ingegaan en het ontbreekt vooralsnog aan expliciete rechtspraak op dit punt (wellicht gaat dit echter veranderen, zie daarvoor de discussie in § 12 van deze bijdrage).

8. De Algemene wet gelijke behandeling

Op 1 september 1994 trad de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) in werking, na een voorgeschiedenis van meer dan tien jaar.⁴⁶ In de bijdrage van *Goldschmidt* aan deze bundel wordt reeds uitvoerig stilgestaan bij diverse aspecten van deze wet. Op deze plaats wordt derhalve volstaan met een zeer beknopte schets van de inhoud en achtergronden van de wet.

De wet is vooral bedoeld als een nadere uitwerking op deelterreinen van artikel 1 Grondwet. Zoals ook reeds door *Goldschmidt* is aangestipt hebben de internationale discriminatieverboden bij de totstandkoming van de Awgb geen nadrukkelijke rol gespeeld. Desalniettemin vormt de Awgb natuurlijk ook een onderdeel van de wetgeving waarmee Nederland beoogt te voldoen aan de verdragsverplichtingen van artikel 26 IVBPR, artikel 14 EVRM, het IVRD en het Vrouwenverdrag. De wet is zowel van toepassing op de verhouding overheid-burger (verticaal) als op de verhouding tussen burgers onderling (horizontaal). Het moeilijke totstandkomingsproces is vooral veroorzaakt door de horizontale werkingssfeer van de wet. Het bleek heel moeilijk om allerhande situaties in de verhoudingen tussen burgers onderling waarin het gelijkheidsbeginsel zou kunnen botsen met andere grondrechten (bijvoorbeeld de verenigingsvrijheid, de onderwijsvrijheid of de godsdienstvrijheid) in algemene normen en (wets)termen te vatten.

De structuur van de wet wordt bepaald door de hoofdregel dat het maken van onderscheid verboden is. Daarbij wordt onder onderscheid, zowel direct als indirect onderscheid begrepen. Onder direct onderscheid wordt verstaan: ‘onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of

Apeldoorn: Maklu 1994, p. 5-6.

46 *Voorontwerp van een wet gelijke behandeling*, wetsontwerp en memorie van toelichting, Ministerie van CRM, Den Haag 1981; initiatiefvoorstel Haas-Berger/Van Nieuwenhoven, *Kamerstukken II* 1986/87, 20 065; eerste regeringsvoorstel, *Kamerstukken II* 1987/88, 20 501; tweede regeringsvoorstel, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014. Zie A.W. Heringa, A.K. Koekkoek & L. Mulder, *Gelijke behandelen. Commentaren op het voorstel Algemene wet gelijke behandeling*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, B.P. Vermeulen, T.E. Rosier & A.A.M. Mattijssen, *De Algemene wet gelijke behandeling*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, A.W. Heringa, *Algemene wet gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 1994.

burgerlijke staat' (artikel 1 aanhef en onder b, Awgb). Indirect onderscheid is 'onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft' (artikel 1 aanhef en onder c, Awgb). Het verbod van indirect onderscheid geldt niet 'ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is'.

Het verbod van onderscheid van de Awgb beperkt zich echter tot een aantal met name genoemde vormen van onderscheid en tot aantal maatschappelijke terreinen c.q. een aantal in het maatschappelijk verkeer belangrijke handelingen. Voor die terreinen en handelingen moeten uitzonderingen op en nuanceringen van het verbod van onderscheid expliciet in een wet in formele zin zijn neergelegd. De Awgb geeft zelf reeds een aantal van die uitzonderingen. Artikel 2 Awgb bepaalt onder meer dat het verbod van onderscheid op grond van geslacht niet geldt 'in gevallen waarin het geslacht bepalend is'. Ook zondert dit artikel positieve discriminatie uit van het onderscheidverbod. Op grond van artikel 3 Awgb is de wet niet van toepassing op de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en met betrekking tot het geestelijk ambt.

De artikelen 5, 6 en 7 bakenen de werkingssfeer van de wet af voor wat betreft de maatschappelijke terreinen en handelingen waarbij het verbod van onderscheid geldt. Artikel 6 verbiedt onderscheid 'met betrekking tot de voorwaarden voor en toegang tot het vrije beroep'. Artikel 5 bepaalt dat het maken van onderscheid verboden is bij (a) het aanbieden van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking, (b) het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding, (c) het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar, (d) arbeidsvoorwaarden, (e) het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding en (f) bevordering. Artikel 7 verbiedt onderscheid bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van advies of voorlichting over school- en beroepskeuze, indien dit geschiedt: (a) in de uitoefening van een beroep of bedrijf; (b) door de openbare dienst; (c) door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs of (d) door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt.

In het tweede lid van zowel artikel 5 als artikel 7 zijn enkele nuanceringen op het onderscheidverbod opgenomen voor instellingen op een godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs. Deze instellingen worden de vrijheid gelaten om 'eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag', mits deze eisen niet leiden tot 'onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit,

hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Deze fameuze ‘enkelefeitconstructie’ bevat het politieke compromis dat nodig was om de wet tot stand te brengen. Bij de totstandkoming van de wet zijn hier vele felle debatten over gevoerd, zowel binnen als buiten het parlement. Het accent lag daarbij dikwijls op de vraag of scholen voor bijzonder onderwijs een homoseksuele leerkracht zouden mogen weigeren. In de praktijk sinds de inwerkingtreding van de wet heeft een dergelijke casus zich echter opvallend genoeg niet of nauwelijks voorgedaan.

In het derde lid van artikel 5 en 7 Awgb wordt aangegeven dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op eisen die gelet op het privé-karakter van de werkverhouding respectievelijk van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld. Het vierde en vijfde lid van artikel 5 bepalen dat het verbod van onderscheid niet geldt voor eisen met betrekking tot de politieke gezindheid die in redelijkheid kunnen worden gesteld in verband met de vervulling van functies in bestuursorganen of adviesorganen of de vervulling van vertrouwensfuncties.

Op de naleving van de Awgb wordt in de eerste plaats toegezien door de Commissie gelijke behandeling (artikel 11 e.v. Awgb). Deze commissie kan, op verzoek van een direct belanghebbende of op verzoek van een aantal in de wet genoemde organen en rechtspersonen (bijvoorbeeld een ondernemingsraad), een onderzoek instellen om te zien of sprake is van een schending van de wet. Een dergelijk onderzoek kan eventueel ook preventief geschieden, door de commissie een oordeel te vragen over de geoorloofdheid van een voorgenomen vorm van te maken onderscheid. De commissie kan ook op eigen initiatief onderzoek doen en een oordeel geven, indien zij denkt dat er sprake zou kunnen zijn van ‘stelselmatig onderscheid’ in de openbare dienst of binnen één of meer sectoren van het maatschappelijk leven. Daarnaast kan de commissie aanbevelingen doen en eventueel in rechte (bij de burgerlijke rechter) vorderen dat een gedraging die in strijd is met de Awgb onrechtmatig wordt verklaard, dat deze wordt verboden of dat een bevel wordt gegeven om de gevolgen van die gedraging ongedaan te maken.

Er zijn momenteel twee wetsvoorstellen aanhangig om naast de Awgb aanvullende gelijke-behandelingswetgeving tot stand te brengen, namelijk het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte⁴⁷ en het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs (hierna: wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie).⁴⁸ Op de naleving van beide wetten zou de Commissie gelijke behandeling toezicht moeten houden.

In de zomer van 2002 vond de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Ge-

47 *Kamerstukken II* 2001/02 en *Kamerstukken I* 2002/03, 28 169.

48 *Kamerstukken II* 2001/02 en 2002/03, 28 170.

lijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte plaats in de Tweede Kamer. Bij die gelegenheid werd duidelijk dat er binnen de Kamer brede steun was voor dit wetsvoorstel. Dat nam niet weg dat vele fracties kritische opmerkingen maakten bij het voorgelegde wetsvoorstel. Deze hadden met name betrekking op de beperkte strekking van het wetsvoorstel, het ging in het wetsvoorstel namelijk alleen om arbeid en beroepsopleidingen. Bijna alle fracties wilden graag de gelijke behandeling doortrekken naar openbaar vervoer, sport en de toegankelijkheid van overheidsgebouwen en openbare ruimtes. Hiertoe werden diverse amendementen ingediend, maar ook de verantwoordelijke staatsecretaris, Vliegthart (op dat moment demissionair), kwam tijdens het debat met een nota van wijziging om de werkingsfeer van het wetsvoorstel uit te breiden tot in ieder geval ook het openbaar vervoer. Een ander punt waarop veel fracties nog om nadere duidelijkheid verzochten was het begrip 'onevenredige belasting' in artikel 2 van het wetsontwerp. Daarin wordt namelijk aangegeven dat degene tot wie het verbod om onderscheid te maken op grond van handicap gericht is, gehouden is doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een 'onevenredige belasting' vormen. De staatsecretaris had eerder – in de memorie van antwoord – reeds betoogd dat zij op dit niet al te ver wilde aangeven wat volgens haar nu wel of niet evenredig belastend was 'om de jurisprudentie niet voor de voeten te lopen', maar een groot deel van de Kamer wilde met betrekking tot dit criterium graag toch meer houvast. Desalniettemin bleef de staatsecretaris erbij dat het geven van explicietere criteria op dit punt onwenselijk was, zij toonde zich bijvoorbeeld geen voorstander van een lijst met generiek noodzakelijke aanpassingen. Alle moties tot verdere uitbreiding van de werkingssfeer van het wetsvoorstel richting sport en openbare ruimtes werden uiteindelijk verworpen, het wetsvoorstel werd wel met algemene stemmen aanvaard.⁴⁹ Verwacht wordt dat in het voorjaar van 2003 ook de Eerste Kamer met het wetsvoorstel zal instemmen.

De behandeling van het wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie is nog niet zover gevorderd. Het wetsvoorstel werd in de Tweede Kamer tamelijk kritisch ontvangen. Hoewel de doelstelling van het wetsvoorstel kamerbreed werd ondersteund, waren er vele vragen over de in het wetsvoorstel gekozen terminologie en systematiek, de meerwaarde van het wetsvoorstel en de samenhang met andere gelijke behandelingswetgeving. Door diverse fracties werd en wordt betwijfeld of de voorgestelde wettelijke bepalingen de noodzakelijke rechtszekerheid bieden voor betrokkenen, zodat zij voldoende en concreet weten of en in welke situaties er conform de wet wordt gehandeld en wat hun rechten en plichten zijn.⁵⁰ Ook met betrekking tot de vraag in welke situaties en omstandigheden onderscheid op

49 *Handelingen II* 2001/02, afl. 85, p. 5057-5080; afl. 89, p. 5276-5283 en afl. 91, p. 5445-5446.

50 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 4, m.n. p. 1-5

grond van leeftijd objectief gerechtvaardigd is werd diverse keren een nadere uitleg van de regering verlangd, onder meer in verband met het door de regering gerechtvaardigd geachte verplichte ontslag bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd.⁵¹ Begin 2003 was het nog steeds wachten op een plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer.

Bij de stemming over het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap werd een motie aanvaard waarin de Tweede Kamer zich uitsprak voor een integratie op relatief korte termijn van zowel het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap als het wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie in de Awgb. In december 2002 werd door de regering toegezegd om spoedig na aanvaarding van beide wetsvoorstellen, met een integratiewetsvoorstel te komen.⁵²

9. De Europese Unie en het discriminatieverbod

Eén van de basisbeginselen van de Europese Unie (EU) is dat er geen onderscheid gemaakt mag worden tussen de burgers van de verschillende lidstaten. Dit is terug te vinden in de eerste volzin van artikel 12 van het EG-Verdrag:

Binnen de werkingssfeer van dit verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.

Dit verbod uit het EG-Verdrag geldt automatisch en uit eigen kracht binnen de nationale rechtsorde van de EU-lidstaten, dus ook in Nederland. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit geldt echter alleen ten aanzien van personen die de nationaliteit bezitten van een van de EU-lidstaten. Het gevolg is dat personen met een andere nationaliteit juist worden benadeeld. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is op de diverse deelterreinen van de werkingssfeer van het EG-Verdrag nader uitgewerkt, bijvoorbeeld in de artikelen 39, 43, 49 en 50.

Artikel 13 EG-Verdrag stelt dat de Raad van Ministers, op voorstel van de Europese Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen kan nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras, etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. Met name met betrekking tot onderscheid op grond van geslacht zijn in EU-verband reeds van oudsher diverse discriminatiebestrijdende maatregelen getroffen. Zo is het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor

51 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 6 en 7.

52 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 170, nr. 12.

gelijke of gelijkwaardige arbeid terug te vinden in artikel 137 en 141 EG-Verdrag. Dit beginsel is nader uitgewerkt in enkele richtlijnen die door de EU-lidstaten moeten worden uitgevoerd.⁵³

Actueel zijn momenteel een tweetal richtlijnen die in 2000 zijn vastgesteld. Het betreft richtlijn nr. 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (hierna: anti-rassendiscriminatie-richtlijn) en richtlijn nr. 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: kaderrichtlijn). De richtlijnen hebben betrekking op gelijke behandeling op het terrein van de arbeid in ruime zin en het beroepsonderwijs. De kaderrichtlijn heeft tot doel net betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de EU-lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden bij het werken in loondienst of als zelfstandige. De anti-rassendiscriminatie-richtlijn heeft tot doel een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van ras of etnische afstamming. De werkingssfeer van beide richtlijnen strekt zich uit tot zowel de overheidssector als de particuliere sector. Een belangrijk verschil is echter dat de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bovendien betrekking heeft op de sociale bescherming (met inbegrip van de sociale zekerheid en gezondheidszorg), sociale voordelen, onderwijs en de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting.⁵⁴ Of de anti-rassendiscriminatie-richtlijn van grote betekenis zal blijken te zijn voor de concrete discriminatiebestrijding in Nederland staat nog te bezien. Op het eerste oog bevat de richtlijn geen normen die iets wezenlijks toevoegen aan de reeds uit hoofde van andere verdragen of nationale wetgeving geldende discriminatieverboden. Interessant is wel dat de richtlijn in artikel 2, derde lid, apart aandacht besteedt aan discriminatoire intimidatie: intimidatie wordt als discriminatie beschouwd als er sprake is van ongewenst gedrag dat met ras of etnische afstamming verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Deze expliciete aandacht voor intimidatie is met name interessant omdat zich in de praktijk, bijvoorbeeld 'op de werkvloer' nogal eens problemen van deze aard voordoen.⁵⁵ Ter implementatie van dit element van de richtlijn heeft de regering dan ook voorge-

53 Richtlijnen over onder meer gelijke beloning en andere arbeidsvoorwaarden, gelijke toegang tot de arbeidsmarkt en gelijke promotiekansen en beroepsopleidingen, gelijke behandeling in de sociale zekerheid en pensioenen.

54 Artikel 3, eerste lid, onderdelen e t/m h, anti-rassendiscriminatie-richtlijn.

55 Zie daarover ook de inleiding van Goldschmidt, eerder in deze bundel.

steld een bepaling toe te voegen aan de Awgb, waardoor het in de Awgb neergelegde verbod van onderscheid mede een verbod van intimidatie zal inhouden.⁵⁶

Een ander interessant aspect van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn is dat artikel 13 daarvan de lidstaten verplicht een orgaan of organen aan te wijzen voor de bevordering van gelijke behandeling. Deze organen kunnen deel uitmaken van instanties die op nationaal vlak zijn belast met de verdediging van de mensenrechten of de bescherming van de rechten van het individu. Deze organen moeten onder meer slachtoffers bijstaan bij de afwikkeling van klachten betreffende discriminatie, onafhankelijke onderzoeken over discriminatie verrichten en onafhankelijke verslagen publiceren en aanbevelingen doen met betrekking tot discriminatie. De functies die de richtlijn aan dergelijke organen toedicht komt dus neer op een mengvorm van de taken die in Nederland verricht worden door de antidiscriminatiebureau's, de Commissie Gelijke Behandeling en de Nationale Ombudsman.

De implementatie van de kaderrichtlijn vergt meer wijziging van Nederlandse wetgeving. De implementatie van deze richtlijn geschiedt door toevoeging van enkele bepalingen aan de Awgb, maar ook door (aanpassing van) de hierboven (in § 8) reeds besproken wetsvoorstellen inzake gelijke behandeling op grond van handicap en inzake leeftijdsdiscriminatie.

In december 2000 is tijdens de Europese Top in Nice het 'Charter of fundamental rights of the European Union' door de Lidstaten ondertekend. Dit handvest kent in artikel 21 een algemeen discriminatieverbod:

1. *Elke discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbepelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, is verboden.*
2. *Binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het verdrag betreffende de Europese Unie en onverminderd de bijzondere bepalingen van de Verdragen, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.*

Dit EU-grondrechtenhandvest vormt (vooralsnog) echter geen verdrag, maar een verklaring zonder bindende kracht. Burgers kunnen hier derhalve niet rechtstreeks een beroep op doen in een geding voor de nationale of Europese rechter. In het kader van de Europese conventie, die onder leiding van de Franse ex-president Giscard d'Estaing bezig is met de opstelling van een nieuw basisverdrag voor de uitbreidende Europese Unie (gesproken wordt van een nieuw constitutioneel verdrag of een nieuwe Europese constitutie), lijkt zich echter een meerderheid af te

56 Zie het wetsvoorstel EG-implementatiewet Awgb, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nrs. 1-3.

tekenen die voorstander is van het incorporeren van het EU-grondrechtenhandvest binnen het nieuwe EU-verdrag.

DEEL B: DISCRIMINATIE IN DISCUSSIE

10. Internationale normstelling en nationaal anti-discriminatiebeleid

In aanvulling op het betoog van Van Boven over de prominente plaats die het discriminatieverbod inneemt in het internationale normenstelsel inzake de rechten van de mens merkte *Dr. Ineke Boerefijn* (Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten, Universiteit Utrecht) op dat in de algemene mensenrechtenverdragen niet alleen specifieke bepalingen zijn opgenomen waarin het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel worden gegarandeerd, maar dat het discriminatieverbod en gelijkheidsbeginsel ook doorklinken in alle inhoudelijke bepalingen uit die verdragen, die beginnen met termen als ‘een ieder heeft het recht ...’. Tekenend zijn daarnaast uiteraard ook de twee specifieke mensenrechtenverdragen, het VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVRD) en het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van Vrouwen (VN-Vrouwenverdrag), die in hun geheel zijn gericht op de uitbanning van discriminatie wegens ras, resp. geslacht. Deze verdragen bevatten een scala aan rechten van individuen en verplichtingen voor staten om maatregelen te nemen op onder meer wetgevend en bestuurlijk terrein.

Boerefijn benadrukte dat in de praktijk is gebleken dat de verdragen de toezichhoudende comités de mogelijkheid bieden de verdragsbepalingen zodanig te interpreteren dat rekening kan worden gehouden met de eisen die de hedendaagse samenleving stelt. Ter illustratie noemde zij geweld tegen vrouwen, een onderwerp dat niet als zodanig in het VN-Vrouwenverdrag terug is te vinden, maar dankzij interpretatie door het comité dat toezicht houdt op de naleving van het Vrouwenverdrag – naar zijn Engelse afkorting doorgaans CEDAW genoemd – binnen de reikwijdte van artikel 1 is gebracht. Dat het zover gekomen is, is overigens mede te danken aan de ook door al door Van Boven genoemde sterke lobby van vrouwenorganisaties. Ook het VN-Rassendiscriminatiecomité behandelt tegenwoordig onderwerpen die de opstellers van het verdrag vermoedelijk niet hebben voorzien. *Boerefijn* wees in dit verband op de situatie van de Roma, welke inmiddels is uitgegroeid tot een belangrijk aandachtspunt van het Comité. Het ligt voor de hand dat binnenkort de situatie van de Dalits (kastenloze en daardoor kansloze personen in India) aandacht zal krijgen dankzij de lobby van niet-gouvernementele organisaties (NGO's) in Durban tijdens de Wereldconferentie

inzake Racisme, waardoor een relevante paragraaf in de slotverklaring is opgenomen. Zij meende dat het duidelijk is dat als men ernst wil maken met de uitbanning van discriminatie, alomvattende maatregelen noodzakelijk zijn. Zowel in het IVRD en het IVDV als in de Slotverklaring van de Wereldvrouwenconferentie te Beijing (1995) en de Wereldconferentie over Racisme te Durban (2001) worden staten opgeroepen een nationaal actieplan op te stellen waarin zij hun plannen uiteenzetten om discriminatie uit te bannen. Met name in de Verklaring van Durban wordt vrij nauwkeurig omschreven welke elementen zo'n plan zou moeten bevatten. *Boerefijn* lichtte er enkele punten uit:

- In een nationaal actieplan zouden staten onder meer moeten aangeven wat de omvang, oorzaken en achtergronden zijn van discriminatie en hoe men deze denkt te bestrijden. Staten moeten duidelijke doelen stellen en regelmatig toetsen in hoeverre deze doelen worden bereikt. Daarvoor is goede monitoring noodzakelijk.
- Van het grootste belang is ook de toegang tot rechtsmiddelen. Het VN-Rassendiscriminatiecomité besteedt, terecht, veel aandacht aan de noodzaak op nationaal niveau te zorgen voor adequate rechtsmiddelen. Wie meent het slachtoffer van discriminatie te zijn, moet zijn of haar klacht kunnen laten onderzoeken door de nationale rechter of een speciaal ingesteld orgaan.

11. Internationale klachtenprocedures

In het IVRD is de mogelijkheid opgenomen een klacht voor te leggen aan het VN-Rassendiscriminatiecomité. Verhoudingsgewijs weinig landen hebben deze bevoegdheid van het Comité erkend en tot nu toe zijn er maar weinig klachten aan het Comité voorgelegd. De oorzaak van het geringe gebruik van deze mogelijkheid is niet helemaal duidelijk, maar het is goed mogelijk dat de onbekendheid met de procedure en het Comité hierbij een rol speelt, zo stelde *Boerefijn*.

Zij voegde daar aan toe dat onlangs aan het Vrouwenverdrag een Facultatief Protocol is toegevoegd waarin zowel een individueel klachtrecht als een onderzoeksprocedure is opgenomen. De tekst van dit Facultatief Protocol is in oktober 1999 vastgesteld en het protocol is in december 2000 in werking getreden. Nederland was een van de voortrekkers bij de totstandkoming van het Facultatief Protocol, maar was zeer traag met de ratificatie van dit protocol. Deze traagheid was niet te wijten aan een uitvoerige of langdurige parlementaire discussie. De vertraging ontstond vooral in de voorbereidende fase van de ratificatie: pas op 20 februari 2002 werd het protocol door de regering ter stilzwijgende goedkeuring aan

de Staten-Generaal voorgelegd.⁵⁷ Op 22 mei 2002 is het Facultatief Protocol eindelijk door Nederland bekrachtigd.

12. Discriminatie bij politieke en maatschappelijke participatie

Als het gaat om discriminatie is Nederland volgens *Boerefijn* genoodzaakt om nadrukkelijker stil te staan bij discriminatie in de sfeer van de politieke en maatschappelijke participatie en besluitvorming. In 2000 is Nederland op dit punt bekritiseerd door het CEDAW. Na de behandeling van het Nederlandse rapport sprak dit Comité zijn zorg uit over het feit dat er in Nederland een in het parlement vertegenwoordigde politieke partij is, die vrouwen uitsluit van lidmaatschap (namelijk de Staatkundig Gereformeerde Partij – SGP). Het Comité concludeerde dat dit een schending is van artikel 7c Vrouwenverdrag.⁵⁸ Het formuleerde als aanbeveling dat Nederland dringende maatregelen, waaronder het aannemen van wetgeving, zou treffen om aan deze situatie een einde te maken. Het Comité gebruikt hier opvallend scherpe bewoordingen.

De fractievoorzitter van de SGP, Van der Vlies, reageerde op deze veroordeling door het CEDAW met de woorden: ‘De VN dringt ons land gevaarlijk diep binnen’. Staatssecretaris Verstand, in het tweede kabinet-Kok belast met emancipatiebeleid, vond het niet nodig om maatregelen te treffen tegen de SGP, mede in het licht van de vrijheid van vereniging en de vrijheid van godsdienst die hierbij ook in het geding zijn. *Boerefijn* wees er echter op dat het CEDAW duidelijk maakt dat het recht op godsdienstvrijheid geen legitimering geeft voor het voortbestaan van discriminatie van vrouwen. Deze opinie van het CEDAW staat niet op zichzelf, ook op andere terreinen heeft het zich in deze zin uitgesproken, bijvoorbeeld op het terrein van geweld tegen vrouwen (artikel 4 VN-Verklaring inzake geweld tegen vrouwen).

Inmiddels zijn er door diverse organisaties die opkomen voor vrouwenrechten, onder meer door het Clara Wichmann Instituut, gelden verzameld om een proefproces te starten tegen de SGP vanwege handelen in strijd met artikel 7 Vrouwenverdrag (hetgeen dan een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek zou opleveren). In die procedure zal ook de staat worden aangesproken uit onrechtmatige daad, omdat die geen actie onderneemt om aan

⁵⁷ Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 253 (R 1714), nrs. 252 en 1.

⁵⁸ Artikel 7 Vrouwenverdrag: De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie van vrouwen in het politieke en openbare leven van het land uit te bannen, en verzekeren vrouwen in het bijzonder het recht om op gelijke voet met mannen: (...) (c) deel te nemen aan niet-overheidsorganisaties en verenigingen op het gebied van het openbare en politieke leven in het land.

de met het Vrouwenverdrag strijdige situatie een einde te maken. Wellicht zal derhalve in de loop van 2003 een eerste rechterlijk oordeel over deze kwestie worden uitgesproken.

13. De plaats van het discriminatieverbod temidden van de andere mensenrechten

Boerefijn concludeerde aan de hand van het SGP-voorbeeld dat het bij een botsing van grondrechten in de praktijk steeds lastig blijft het verbod van discriminatie en het recht op gelijke behandeling daadwerkelijk voorop te zetten. Zoals te verwachten viel, vormde dit een aanleiding voor een uitvoeriger discussie over dit specifieke onderwerp. Immers: moet het discriminatieverbod wel zonder meer voorop gezet worden? Valt Comité's als het CERD en CEDAW niet te verwijten dat zij een te eenzijdige afweging maken, waarbij onvoldoende gewicht wordt toegekend aan andere grondrechten dan het discriminatieverbod? Een bekend geval dat zich op dit vlak heeft voorgedaan is dat van de Deense journalist Jersild. Deze had in een TV-uitzending een reportage uitgezonden over Deense neo-nazi's die hij in de uitzending vrijelijk hun zegje liet doen. Dit resulteerde in de nodige racistische en discriminerende uitspraken, die tijdens de uitzending door de journalist niet of nauwelijks van kritisch commentaar werden voorzien (volgens Jersild vanuit de gedachte dat iedereen dan zelf zou kunnen constateren wat voor onzin deze neo-nazi's uitkramen). Jersild werd vervolgens strafrechtelijk vervolgd door de Deense justitie en veroordeeld voor het bieden van een podium voor discriminerende en racistische uitingen. Door het VN-Rassendiscriminatiecomité (CERD) werd dit justitieel optreden geprezen als een adequate aanpak van racisme en discriminatie. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens beoordeelde de Deense handelwijze echter als een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting c.q. persvrijheid van artikel 10 EVRM.⁵⁹ Klaarblijkelijk kan dus de ene internationale instantie tot heel andere conclusie komen dan de andere.

Boerefijn en ook *Van Boven* meenden echter dat uit een casus als deze niet zonder meer kan worden afgeleid dat verdragscomité's als CERD en CEDAW lijden aan een te sterke eenzijdigheid. Ook binnen die comité's is zeker aandacht voor de afweging met andere mensenrechten. Daarnaast kan worden opgemerkt dat ook reeds bij het opstellen van de verdragen aandacht is geweest voor de afweging met andere mensenrechten, zodat verdedigd kan worden dat indien een be-

59 EHRM 23 september 1994, *Publ. ECHR Series A* nr. 298 (Jersild / Denemarken); *NJ* 1995, 387, m.nt. EJD; *NJCM-Bulletin* 1995, p. 124 e.v., m.nt. FJ.

paling als bijvoorbeeld artikel 7c Vrouwenverdrag een inbreuk oplevert op de vrijheid van vereniging, deze inbreuk klaarblijkelijk door de verdragspartijen zo gewild is.

Met betrekking tot de SGP werd tijdens de discussie de vraag gesteld wat voor maatregelen de overheid dan zou moeten nemen jegens die partij. *Boerefijn* meende dat strafrechtelijke vervolging wellicht niet als eerste voor de hand ligt, maar dat de regering of de eerstverantwoordelijke ministers toch minimaal eens in gesprek zouden moeten gaan met de SGP en er eventueel aan zouden kunnen denken om de subsidie die partijinstituten van de staat ontvangen te blokkeren om zo de SGP onder druk te zetten haar vrouwenstandpunt te wijzigen. Hier werd door *Woltjer* echter tegenin gebracht dat het zomaar stopzetten van subsidie, zonder dat de partij in Nederland is veroordeeld voor een strafbaar feit of zonder dat door de burgerlijke rechter is uitgesproken dat de partij onrechtmatig handelt, niet zo maar toegestaan is. Rondom de CentrumDemocraten en CP '86 hebben zich vergelijkbare discussies over de overheidssubsidiëring voorgedaan, maar daar is altijd als lijn bepleit (bijvoorbeeld door een mensenrechtenorganisatie als het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten – NJCM) en aanvaard dat stopzetting van subsidie alleen zou kunnen na een onaantastbaar geworden oordeel van een onafhankelijke rechter. Als je die lijn niet zou hanteren zet je de deur namelijk open voor enorme willekeur van de zijde van de uitvoerende macht.

Doorbordurend op de SGP-situatie werd door symposium-deelnemer *Dr. Jaap van Donselaar* (Bestuurskunde, Universiteit Leiden; mede-opsteller Racismemonitor) gesuggereerd om na te denken over een juridische constructie waarmee artikel 1 Grondwet een zodanige vorm van 'horizontale' uitbreiding zou krijgen dat uit dit artikel in ieder geval een verplichting tot interne democratie voor politieke partijen zou kunnen worden afgeleid.

In verlengde van hun beider inleidingen merkten *Alkema* en *Woltjer* op dat bij het hanteren van het juridische instrument van het discriminatieverbod voorzichtigheid en misschien ook wel terughoudendheid geboden is. Naar hun mening laat de juridische praktijk ook menig geval zien waarin wat al te makkelijk bij enige vorm van ongenoegen of gekrenktheid het discriminatieverbod in stelling wordt gebracht. Zij toonden zich dan ook geen groot voorstander van het eventueel uitbreiden van het aantal discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet. Het benoemen van discriminatiegronden in artikel 1 heeft alleen zin voor zover die in nadere wetgeving zijn uitgewerkt. Artikel 1 moet niet worden uitgebreid zonder grens, naar gelang er maar groepen zijn die zich gediscrimineerd voelen. *Goldschmidt* beaamde dit grotendeels en stelde dat bij de toepassing van het discriminatieverbod wellicht uitgegaan zou moeten worden van een zogenaamde *clear and present danger*-test (die ook bekend is uit de Amerikaanse jurisprudentie): alleen als

er duidelijk gevaar is van directe en daadwerkelijke benadeling of achterstelling van groepen burgers of van individuen is toepassing van het discriminatieverbod op zijn plaats. Met zo'n 'mechanisme' kan het discriminatieverbod ook een belangrijke accessoire rol spelen: als hulpmiddel bij de verwezenlijking van andere grondrechten (bijvoorbeeld sociale grondrechten) voor bepaalde groepen of individuen.

14. Discriminatie en vervolgingsbeleid

Mede naar aanleiding van de inleiding van mevrouw *Silversmith*, werd door *Mr. Astrid Mattijssen* (Landelijk Expertisecentrum Discriminatie OM) nog wat nader stilgestaan bij de Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal over discriminatie. Deze aanwijzing is een soort richtlijn voor politie en openbaar ministerie (OM) waarin wordt aangegeven hoe omgegaan dient te worden met aangiften van discriminatie. Uitgangspunt van de aanwijzing is een actieve opstelling van OM en politie. Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor de effectiviteit van de strafrechtelijke handhaving van het discriminatieverbod. In discriminatiezaken dient de strafrechtelijke handhaving, naast een civielrechtelijke en bestuurlijk preventieve en sanctionerende aanpak, een wezenlijke bijdrage te leveren aan de markering van de wettelijke en morele norm. Het OM moet een geloofwaardige en betrouwbare bondgenoot zijn in de strijd tegen de discriminatie. Dit komt de geloofwaardigheid van het beleid ten goede en versterkt het vertrouwen van burgers daarin. Ter versterking van die geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van het OM op het terrein van discriminatie is binnen het OM ook het landelijk expertisecentrum discriminatie opgericht. In de praktijk bleek namelijk dat de diverse officieren van justitie niet altijd heel deskundig zijn op dit specifieke terrein. Dat is ook niet zo vreemd, want per jaar worden gemiddeld 200 discriminatiezaken bij het OM aangekaart en die vormen slechts een zeer klein gedeelte van het totaal aantal zaken dat zich bij het OM aandient. De discriminatiezaken zijn dus zeker geen dagelijkse kost voor de gemiddelde officier van justitie, daarom is er nu het expertisecentrum als vraagbaak en informatiepunt voor alle parketten en is er bij elk parket doorgaans één officier van justitie belast met de coördinatie op het gebied van discriminatiezaken.

De aanwijzing heeft betrekking op de coördinatie tussen het OM, het bestuur, de politie en de Anti-discriminatiebureaus's (ADB's), de procedure voor aangiften en klachten betreffende discriminatie; de vervolging van overtreding van discriminatiebepalingen; de benadering van slachtoffers en de terugkoppeling van afdoening van zaken aan de politie en ADB's. In de aanwijzing wordt het grote belang van afstemming van het strafrechtelijk en gemeentelijk anti-

discriminatiebeleid binnen het driehoeksoverleg (OM, politie, gemeentebestuur) benadrukt. Dit overleg moet zorgen voor een goede aansluiting tussen preventieve gemeentelijke maatregelen, bestuurlijke sancties en de strafrechtelijke mogelijkheden. Hierbij kan worden gedacht aan voorkoming en bestrijding van geweld tegen homoseksuelen en andere minderheidsgroeperingen, horecadiscriminatie, discriminatie in de woningsector en bij sportevenementen.

Mattijssen benadrukte dat ten behoeve van de ontwikkeling van een uniform beleid binnen het OM en de politie een goede onderlinge afstemming noodzakelijk is. Bij de parketten en de meeste politiekorpsen zijn officieren van justitie c.q. contactambtenaren belast met een coördinerende taak op dit terrein. Gebleken is dat door dergelijke aanspreekpunten zowel de afstemming tussen politie, justitie en bestuur als het contact met ADB's wordt bevorderd. Dit komt weer een duidelijk en alert beleid ten goede. Naast het overleg in de driehoeken onderhoudt het OM contact met en overlegt het regelmatig met de (coördinatoren bij de) politie en de ADB's over discriminatie-onderwerpen (bijvoorbeeld gesignaleerde trends, wijze van aanpak en terugkoppeling van de afdoening van de zaken). De aard en intensiteit van het overleg hangen af van het soort en de omvang van de regionale discriminatieproblematiek.

De aanwijzing geeft aan dat van alle aangiften en klachten betreffende discriminatie die bij de politie binnenkomen een proces-verbaal moet worden opgemaakt. Hiervan kan alleen worden afgezien na voorafgaand overleg met het OM over de concrete zaak. Dit zal met name het geval kunnen zijn indien de zaak naar het oordeel van het OM niet valt aan te merken als discriminatie in strafrechtelijke zin. De processen-verbaal dienen zo spoedig mogelijk naar het OM te worden ingezonden. Indien er wel sprake is van discriminatie, doch er geen verdachte bekend is geworden, dan wel de zaak om andere, technische redenen niet tot een veroordeling kan leiden, dient door de politie toch een kort rapport van de betreffende zaak te worden opgemaakt. Deze zaken worden ter kennis gebracht van de coördinerend officier van justitie.

De aanwijzing formuleert tevens als hoofdregel dat bij overtreding van de discriminatiebepalingen altijd een strafrechtelijke reactie volgt (dagvaarding of transactie), indien de zaak zich daarvoor redelijkerwijs technisch leent, gelet op de negatieve werking bij onvoldoende handhaving en de voorbeeldfunctie die van een strafvervolgung uitgaat. In beginsel wordt er gedagvaard. Alleen in lichtere zaken kan evenwel eerst een transactie worden aangeboden. In geen geval is eventueel martelaarschap of uitbuiting van de forumfunctie een argument om dagvaarding achterwege te laten.

In gevallen van commune delicten, bijvoorbeeld overtreding van de artikelen 141 (openlijke geweldpleging), 266 (eenvoudige belediging), 300 (mishandeling) en 350 (vernietiging) Wetboek van Strafrecht, dient volgens de aanwijzing een discri-

minatoire achtergrond in het requisitoir te worden benadrukt en als strafverzwarende omstandigheid in de eis te worden betrokken. De eis dient met 25% te worden verhoogd.

Een situatie waarin zich met een zekere regelmaat discriminatoire gedragingen voordoen is rondom voetbalwedstrijden, onder meer in de vorm van spreekkoren. Bij veroordeling wegens discriminatoire uitingen behoort het opleggen van een strafrechtelijk stadionverbod tot de mogelijkheden. De noodzaak hiervan is echter volgens de aanwijzing minder aanwezig nu de civiele uitsluiting een minstens zo effectief middel is gebleken. De KNVB sluit iedere persoon, omtrent wie de officier van justitie strafrechtelijke informatie heeft verstrekt van het bezoek aan voetbalstadions uit. Een dergelijke uitsluiting kan voor alle voetbalterreinen in Nederland gelden.

15. Discriminatieverbod en uitingsvrijheid

Dr. Peter Rodrigues (Anne Frank Stichting/oud-lid Commissie gelijke behandeling) noemde het opvallend dat de strafrechtelijke discriminatieverboden waarin het discrimineren in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf strafbaar worden gesteld (art. 137g Sr en 429quater Sr) de afgelopen jaren steeds minder bij de parketten als relevante wetsbepaling worden ingeschreven. In 2001 zijn de beide artikelen zelfs bij geen enkel discriminatiefeit door het Openbaar Ministerie toepasselijk beschouwd. Dit sterk afgenomen gebruik van deze strafrechtsartikelen kan deels worden toegeschreven aan de omstandigheid dat discriminatie in de sociaal-economische sfeer in toenemende mate aan de Commissie gelijke behandeling wordt voorgelegd. Daarnaast doet het Openbaar Ministerie ten onrechte zaken op bijvoorbeeld het terrein van de horeca uitsluitend af op de strafrechtelijke uitingsdelicten (art. 137c-e Sr).

In vervolg hierop werd de vraag gesteld of er bij de vervolging niet al te sterk gefocust wordt op vermeend discriminatoire uitingen, terwijl juist op dat terrein niet zoveel ‘winst’ te behalen valt vanwege de sterke bescherming die in dat soort situaties toekomt aan de vrijheid van meningsuiting. Zou het niet beter zijn om de aandacht van het OM meer te richten op zaken als horecadiscriminatie en discriminatie in de woningsector, omdat daar meer te bereiken valt? *Mr. Astrid Mattijssen* (Landelijk Expertisecentrum Discriminatie OM) reageerde hierop door op te merken dat (vermeend) discriminatoire uitingen door de dikwijls ruime media-aandacht een groter bereik hebben en daardoor ook vaak aanleiding geven tot vele klachten bij anti-discriminatiebureau’s (ADB’s). Dat betekent echter niet dat die klachten allemaal ook zonder meer bij het OM terechtkomen. De ADB’s spelen juist een belangrijke rol bij het ‘filteren’ van klachten, zodat klachten omtrent

vermeende discriminatie die geen hout snijden of eigenlijk niets om het lijf hebben bij justitie worden weggehouden.

Overigens geeft de hierboven reeds genoemde ‘Aanwijzing discriminatie’ van het college van P-G’s aan dat in kader van de bestrijding van horecadiscriminatie juist de samenwerking tussen de justitiële en bestuurlijke autoriteiten van groot belang is. De Drank- en Horecawet en het daarop stoelende Besluit eisen zedelijk gedrag 1999 (artikelen 5 en 31 Drank- en Horecawet jo. artikel 4, lid 1, aanhef, jo. lid 1, onder c van genoemd besluit) bieden de mogelijkheid om de horecavergunning te weigeren respectievelijk in te trekken, wanneer de vergunninghouder binnen een periode van vijf jaar meer dan één maal onherroepelijk is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke geldboete van 500 Euro of meer of tot een andere hoofdstraf als bedoeld in artikel 9, lid 1, onder a, van het Wetboek van Strafrecht wegens dan wel mede wegens overtreding van artikel 137c Sr tot en met 137g Sr of 429quater Sr. In artikel 4, lid 2, van genoemd besluit wordt betaling van een transactie van meer dan Euro 375 hiermee gelijkgesteld. In artikel 4, lid 3, van het besluit staat tevens dat met een veroordeling tot een onvoorwaardelijke geldboete van Euro 500 of meer als bedoeld in het eerste lid wordt gelijkgesteld een bevel tot tenuitvoerlegging van een zodanige voorwaardelijke straf. In voorkomende gevallen dient met deze mogelijkheid – met name die van intrekking van de vergunning – rekening te worden gehouden bij de eis ter terechtzitting.

De grote aandacht voor discriminatoire uitingsdelicten werd tijdens het debat nog maar eens benadrukt doordat juist die middag bekend werd gemaakt dat het OM de politici en journalisten die door de advocaten Spong en Hammerstein waren aangeklaagd wegens het aanzetten tot haat (in de zin van art. 137d Sr) jegens Pim Fortuyn niet ging vervolgen.⁶⁰ De deelnemers aan het debat konden zich wel vinden in die beslissing. De actie van Spong en Hammerstein werd als ‘juridisch enigszins absurd’ bestempeld, aangezien het in art. 137d Sr gaat om aanzetten tot haat jegens *groepen* personen en het artikel niet expliciet van toepassing is op uitlatingen die iemands *politieke* overtuiging betreffen. Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heel nadrukkelijk dat juist politici op dit vlak tegen een stootje moeten kunnen: ‘the limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual.’⁶¹ Bekend zijn een aantal Oostenrijkse zaken waarin allerlei politici – onder meer kanselier Kreisky en FPÖ-voorman Jürgen

60 De strafklacht was o.m. gebaseerd op het feit dat diverse journalisten en politici Fortuyn als rechts-extremistisch zouden hebben afgeschilderd en zodoende Fortuyn zouden hebben ‘gedemoniseerd’, waardoor een klimaat geschapen zou zijn waarin een aanslag op zijn persoon in de hand zou zijn gewerkt.

61 EHRM 8 juli 1986, *Publ. ECHR Series A* vol 103 (Lngens/België), § 42. Zie ook EHRM 23 april 1992, *Publ. ECHR Series A* vol. 236 (Castells/Spanje), § 42-46.

Haider – journalisten hadden aangeklaagd wegens beledigende uitingen. Die leidden aanvankelijk tot strafrechtelijke veroordelingen door de Oostenrijkse rechter, maar het EHRM oordeelde die veroordelingen als een ongerechtvaardigde inbreuk op de uitingsvrijheid en de persvrijheid.⁶²

De verwachting van het panel was dan ook niet dat het door Spong en Hammerstein (ook nog op de dag van het symposium) ingediende beklag bij het gerechtshof (ex art. 12 Sv.) tegen de beslissing om niet te vervolgen enig succes zou kunnen opleveren. Verwezen werd naar een Nederlandse zaak van enkele jaren geleden, waarin het Patriotisch Democratisch Appél, een splinterpartijtje met tamelijk extreme standpunten over het vreemdelingenbeleid en de in Nederland verblijvende allochtonen, door een medewerker van een ADB ‘racistisch’ werd genoemd. De partij spande een civiele procedure aan wegens onrechtmatige uitlating, maar kreeg van de rechter nul op het rekest.

Rodrigues hechtte er daarbij wel aan te benadrukken dat de situatie nu ook niet zodanig voorgesteld moet worden alsof vrijwel alle uitlatingen geoorloofd zijn en er gezien de bescherming van de vrijheid van meningsuiting vrijwel nimmer mogelijkheden zouden zijn om iemand strafrechtelijk te veroordelen vanwege belediging (art. 266 Sr.) of discriminatoire belediging (art. 137c Sr.). Hij verwees hiervoor naar de strafrechtelijke veroordeling van een aanhanger van het Patriotisch Democratisch Appél. Deze had naar aanleiding van de uitlatingen van de ADB-medewerker waarin de activiteiten van de partij als ‘racistisch’ werden aangemerkt een reactie in een lokale krant geschreven, waarin hij het functioneren van het ADB vergeleek met dat van de SA: het ADB zou zich bedienen van ‘SA-praktijken’ en qua structuur overeenkomen met een fascistische organisatie. Het ADB deed aangifte van belediging en de betreffende man werd strafrechtelijk veroordeeld tot een boete van 1000 gulden. Deze veroordeling werd tot in hoogste instantie bevestigd door de Hoge Raad.⁶³ Vervolgens diende de man een klacht in bij het EHRM in Straatsburg vanwege de aantasting van zijn uitingsvrijheid. Hoewel het Hof in zijn uitspraak – conform zijn standaard-jurisprudentie – nadrukkelijk vooropstelde dat ‘freedom of expression is applicable not only to “information” and “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb’ aangezien ‘[s]uch are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”’, oordeelde het dat de inbreuk op

62 Zie o.m. EHRM 23 mei 1991, *Publ. ECHR Series A* vol. 204 (Oberschlick/Oostenrijk); EHRM 28 augustus 1992, *Publ. ECHR Series A* vol. 242-B (Schwabe/Oostenrijk); EHRM 29 augustus 1997, *Reports of Judgments and Decisions of the ECHR* 1997-V (Worm/Oostenrijk), pp. 1550-1551, § 47 en ook EHRM 24 februari 1997, *Reports of Judgments and Decisions of the ECHR* 1997-I (De Haes en Gijssels/België) p. 233-234, § 37.

63 HR 20 februari 1996, rolnr. 101.973 (niet gepubliceerd).

de uitingsvrijheid die de strafrechtelijke sanctie opleverde zonder meer als ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ kon worden beschouwd ‘ter bescherming van de reputatie en rechten en vrijheden van anderen’ en dus geenszins strijd opleverde met het EVRM.⁶⁴

Al met al concludeerde het panel dat aan een relatief grote aandacht van het OM voor de discriminatoire uitingsdelicten moeilijk te ontkomen valt, alleen al vanwege de rol die de media daarbij spelen en de hoeveelheid klachten die dat oplevert. Desalniettemin moest worden toegegeven dat bij de Europese instanties die zich bezighouden met de bestrijding van (rassen)discriminatie wat de Nederlandse situatie betreft niet zozeer extra aandacht wordt gevraagd voor de bestrijding van discriminatoire uitingen als wel voor discriminatie op het gebied van werkgelegenheid. Zo beval de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI)⁶⁵ in haar tweede rapport over Nederland van 15 december 2000 nadrukkelijk aan om verdere maatregelen te nemen om de duurzame deelneming van leden van etnische minderheden aan de arbeidsmarkt te verbeteren.⁶⁶

16. Discriminatieverbod en godsdienstige uitingen: de zaak El Moumni

Mede naar aanleiding van de inleiding van mevrouw *Silversmith* werd tijdens het symposium ook stilgestaan bij de zaak El Moumni. Op 3 mei 2001 trad de Rotterdamse imam Khalil El Moumni (afkomstig uit Marokko) op in het TV-programma NOVA. De uitzending was gewijd aan het soms gewelddadige gedrag van islamitische jongeren jegens homoseksuelen. Aan El Moumni werd zijn mening gevraagd over een vijftal onderwerpen, te weten: wat zegt de Koran over homoseksualiteit, past de Islam zich aan aan de Nederlandse mentaliteit, hoe staat

64 EHRM 17 november 1998, appl. no. 34328/96 (Perez/Nederland).

65 De ECRI is een orgaan van de Raad van Europa en is samengesteld uit onafhankelijke leden (voorgedragen door de lidstaten). Het doel van ECRI is het bestrijden van racisme, vreemdelingenhaat, antisemitisme en intolerantie op pan-Europees niveau, gezien vanuit het oogpunt van de rechten van de mens. Eén van de pijlers van het werkprogramma van ECRI is een individuele benadering per land waarbij wordt geanalyseerd hoe het in elk van de lidstaten van de Raad van Europa gesteld is met racisme en intolerantie en suggesties en voorstellen worden gedaan voor de aanpak van de problemen die uit de analyse naar voren komen. De lidstaten wordt gevraagd een eigen rapport op te stellen en ECRI put daarnaast onder meer uit informatie van NGO's. Aan de hand hiervan stelt ECRI een rapport op, dat vervolgens in een vertrouwelijke dialoog met de autoriteiten van het betreffende land wordt besproken, alvorens het definitief wordt goedgekeurd. Het Nederlandse lid van ECRI is voormalig Minister van Justitie mw. Winnie Sorgdrager.

66 European Commission against Racism and Intolerance, *Tweede rapport over Nederland* (15 december 2000), CRI (2001)40, met name hoofdstuk II.

de Islamiet tegenover de grote vrijheid op bijvoorbeeld seksueel gebied in Nederland, verbiedt de Islam moslims om homoseksuelen lastig te vallen en ten slotte – na de constatering dat de ondervraagde geen Nederlands sprak – hoe kunt u de Nederlandse samenleving begrijpen? Hij zei hierop onder meer (althans in de Nederlandse vertaling van zijn in het Arabisch gesproken antwoord) dat homoseksualiteit ‘een besmettelijke ziekte is’ die ‘schadelijk is voor de Nederlandse samenleving’ aangezien ‘als de ziekte zich verspreid iedereen er mee besmet kan raken’.⁶⁷ Over de uitspraken ontstond veel commotie, ook al omdat bij navraag bleek dat een flink aantal andere imams zich in vergelijkbare bewoordingen over homoseksualiteit uitliet. Overigens bleek al spoedig dat imam El Moumni in zijn NOVA-interview expliciet het gebruik van geweld tegen homoseksuelen als strijdig met de Islam had veroordeeld.⁶⁸ De betreffende passage was door NOVA

67 De voor de strafzaak belangrijkste passages uit het interview worden hier letterlijk geciteerd (tekst ontleend aan: <http://www.rifnet.nl/home/news.php?id=157>, geraadpleegd op 23 januari 2003). El Moumni: ‘Wat de islam over homoseksualiteit zegt, is bij alle moslims bekend. Het is een zonde. De Koran vertelt ons dat die daad voor het eerst door Lot’s volk is gepleegd. Nooit eerder. Zo staat ’t in de Koran. God zegt in de Koran: Lot zei tegen zijn volk: “Jullie plegen een gruweldaad die geen ander voor jullie heeft gepleegd”. Niemand had eerder zo’n daad gepleegd. Pas bij Lots volk kwam die aan het licht. God vernietigde hen en hun dorp waarvan Hij niets overliet. God wijst naar het verhaal van Lot’s volk in vele hoofdstukken van de Koran als een waarschuwing aan de moslims om afstand te nemen van dat gevaarlijke verschijnsel. Want dat verschijnsel is strijdig met de waardigheid van de mens die door God is geëerd en verheven boven vele andere schepselen. God eerde de mens door hem verstand te schenken en een zuivere natuur. Hij sierde hem ook met kennis. Hij mag dus niet van die zuivere natuur afwijken. Als hij toch afwijkt, dan is er behandeling nodig. Zo beveelt de islam om dat verschijnsel voorgoed te laten verdwijnen.’

Vervolgens kwam het gesprek op de in Nederland dominante visie op homoseksualiteit. Naar aanleiding daarvan stelde de imam voorop dat de islam integratie in elke samenleving gebiedt ‘als ’t maar niet strijdig is met onze godsdienst, cultuur en moraal.’ De betekenis van dit laatste werd duidelijk in het vervolg van het interview, waar de geestelijk stelde: ‘Homoseksualiteit is schadelijk voor de samenleving in het algemeen en in het bijzonder voor de Nederlanders, vind ik. Als dat verschijnsel zich onder de jeugd verspreidt, zowel onder jongens als meisjes, dan zal dat tot uitsterven leiden.’ Gevraagd naar zijn oordeel over de ‘permissiveness’ van de Nederlandse democratie waar alles mag, stelt El Moumni: ‘Democratie betekent niet dat alles maar mag. Dat je alles mag doen. Vrijheid wil niet zeggen dat alles mag, ook het verbodene. Je vrijheid eindigt daar waar je aan de vrijheid van anderen komt. Homoseksualiteit blijft niet beperkt tot de mensen die deze ziekte hebben maar kan zich verspreiden. De Nederlandse samenleving is multicultureel. Als die ziekte zich verspreidt, kan iedereen besmet raken. Daar zijn we bang voor. Als het bij een groep blijft, kunnen we die behandelen en opvoeden zodat ze niet wanhopen, en weer op het rechte pad komen. Zo komt er een einde aan die afwijking die indruist tegen de natuur. Tegen de menselijke natuur. God heeft ons niet zo geschapen.’

68 Hierover zei El-Moumni: ‘De islam verbiedt agressie tegen wie dan ook, ongeacht z’n omstandigheden en de ziekte die hij heeft. De islam gebiedt ons zo iemand te behoeden voor het gevaar: of dat nu homoseksualiteit, overspel, alcoholisme of drugsgebruik is. We mogen zo iemand niet doden. Het is niet aan ’t individu om te straffen. Het is aan de rechter om de wetten volgens de Koran toe te passen. De islam accepteert in het strafrecht geen anarchie. Als iemand aan welke ziekte dan ook lijdt, zoals de afwijking die we noemden, ’n drugsverslaving of ’n andere ziekte, dan

echter niet uitgezonden.

Naar aanleiding van deze gebeurtenissen werden 49 aangiften en meldingen van klachten inzake discriminatie geregistreerd bij het openbaar ministerie, zo kon mevrouw *Mattijssen* tijdens het symposium melden. Het OM te Rotterdam besloot enkele maanden later, in het najaar van 2001, El Moumni te vervolgen wegens overtreding van de artikelen 137c (opzettelijke belediging van een groep personen op grond van – in dit geval – homoseksualiteit) en 137d (aanzetten tot haat, discriminatie of geweld jegens een groep vanwege homoseksualiteit) Wetboek van Strafrecht. De officier van justitie vorderde een geldboete van €1.200,-- (bij niet betaling te vervangen door 24 dagen hechtenis). Enkele anti-discriminatie- en homo-organisaties voegden zich in het strafproces als benadeelde partij, met een vordering tot schadevergoeding.

El Moumni werd door de rechtbank Rotterdam op 8 april 2002 vrijgesproken. In de uitspraak leunde de rechtbank nadrukkelijk op het arrest van de Hoge Raad in de zaak-Van Dijke (RPF-fractievoorzitter Van Dijke was vervolgd wegens discriminatoire belediging vanwege een uitslating in een interview met het weekblad *Nieuwe Revu* waarin hij stelde dat er in het licht van de Bijbelse Tien Geboden geen verschil was tussen een homoseksueel en een dief; na een aanvankelijke veroordeling door de rechtbank werd hij door het gerechtshof Den Haag vrijgesproken en die vrijspraak werd door de Hoge Raad bevestigd).⁶⁹ Beide uitspraken riepen de nodige reacties op in de media, waarbij onbegrip over de vrijspraak aan de zijde van homo-organisaties de boventoon voerde. Tijdens het symposium kwam de vraag ter sprake in hoeverre die kritiek nu terecht was. Om dat te kunnen beoordelen is enige achtergrondinformatie noodzakelijk.

In een reeds lange reeks uitspraken heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of een uitslating kan worden aangemerkt als een belediging in de zin van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht. De opvatting van de Hoge Raad op dit punt is dat dit afhankelijk is van de context waarin een uitslating is gedaan. Om te beoordelen of bepaalde uitslatingen al dan niet beledigend zijn, worden de uitslatingen niet puur op zichzelf beoordeeld, maar in de context van het totale betoog. Hierbij is bijvoorbeeld van belang welke indruk het geheel maakt,⁷⁰ de samenhang van de uitslating met de overige inhoud, het één en ander gelet op de strekking van de overige inhoud.⁷¹ Zo kan een uitslating op zichzelf niet beledigend zijn, maar in de

beveelt de islam dat we hem naar de genezing voeren en hem redden. Hij is toch een van ons, en de ziekte mag zich niet verspreiden. Want alles wat goed of slecht is hier, raakt ook ons. Als er iets goed is, profiteren we ervan. Als iets slecht is, schaadt het ons. Dat wensen we Nederland niet toe.'

69 HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203; *NJCM-Bulletin* 2001, p. 741-753, m.nt. Loof.

70 HR 11 maart 1986, *NJ* 1986, 613 (m.nt. 't Hart)

71 HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 689 (m.nt. 't Hart)

context waarin zij is gedaan wel als zodanig worden gekwalificeerd, terwijl een uitlating die op zichzelf wel als beledigend kan worden aangemerkt, door de context waarin zij is gedaan haar beledigende karakter kan verliezen.⁷²

In het HR-arrest in de zaak-Van Dijke werd een enigszins nieuwe wending aan deze ‘context’- jurisprudentie gegeven. Hierin redeneerde de Hoge Raad namelijk dat op zichzelf genomen beledigende uitlatingen gezien het feit dat zij in direct verband stonden met de uiting van de geloofsopvatting van de verdachte ‘om deze redenen bescherming genieten van artikel 6 van de Grondwet’. In dit arrest werd dus niet zozeer gekeken naar de taalkundige context, maar vooral naar de ‘geloofscontext’. De meer taalkundige context speelde echter in het arrest-Van Dijke ook een rol. In de eerste plaats omdat uit die taalkundige context bleek dat sprake was van een geloofsuiting en in de tweede plaats omdat mede aan de hand van die taalkundige context werd bepaald dat de uitlatingen van Van Dijke binnen de grenzen van het aanvaardbare waren gebleven en daarom een onnodig grievend en beledigend karakter misten. Ten slotte overwoog de Hoge Raad dat de uitlatingen van Van Dijke, aangezien zij in direct verband met de uiting van zijn geloofsopvatting stonden, voor hem van betekenis konden zijn in het maatschappelijk debat, waarvoor in een democratische samenleving ruimte zou moeten bestaan.

Zoals hierboven reeds opgemerkt, de rechtbank Rotterdam plaatste haar uitspraak in de zaak-El Moumni nadrukkelijk in de sleutel van het arrest-Van Dijke: ‘Het beledigende karakter kan evenwel aan in beginsel beledigende uitlatingen komen te ontvallen, aldus de Hoge Raad (...), wanneer die uitlatingen een godsdienstige overtuiging direct uitdrukken.’ Kort door de bocht oordeelde de rechtbank vervolgens dat de uitlatingen van El Moumni niet als beledigend in de zin van artikel 137c Sr konden worden aangemerkt, omdat zij, na consultering van een islamoloog, van oordeel was dat ‘El Moumni zijn uitlatingen kon baseren op fundamentele geschriften waaraan hij zijn godsdienstige overtuiging (mede) ontleent’, zonder zich hierbij te buigen over de vraag of de uitlatingen binnen de grens van het aanvaardbare waren gebleven, en *daarom* een onnodig grievend en beledigend karakter misten. In dat opzicht was het onbegrip over het vonnis van de Rotterdamse rechtbank verklaarbaar. Verdedigd kon worden dat uit het Van Dijke-arrest *niet* voortvloeit dat geen enkele uitlating die direct verband houdt met een geloofsopvatting op grond van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging een strafwaardig karakter kan hebben; van belang is volgens dit arrest immers ook of *de wijze waarop* de verdachte zijn geloofsovertuiging uitdraagt binnen acceptabele

72 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 2001, *NJ* 2001, 101 en HR 18 mei 1999, *NJ* 1999, 634, waarin een op zichzelf niet beledigende uitlating gezien de context waarin zij was gedaan wel als zodanig gekwalificeerd werd.

proporties valt. Aan dit aspect ging de rechtbank echter vrijwel geheel voorbij,⁷³ terwijl het gezien de maatschappelijke omstandigheden waaronder de uitspraken van El Moumni gedaan werden wel degelijk relevant was (vooral in verband met artikel 137d Sr: aanzetten tot haat, geweld of discriminatie)

Mede in het licht van de positieve verplichtingen die op de overheid rusten ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit is waakzaamheid ten aanzien van agressieve fysieke gedragingen jegens bepaalde bevolkingsgroepen op zijn plaats. Het LBR berichtte in mei 2001 dat er verschillende indicaties zijn voor een groeiende intolerantie ten aanzien van homoseksuelen.⁷⁴ Afgaand op berichten in de pers zijn intolerante gedragingen en vormen van geweldpleging jegens homoseksuelen in niet geringe mate afkomstig van islamitische jongeren. In dat licht bezien, zou het relevant zijn om ook mee te wegen of de wijze waarop El Moumni zijn (geloofs)opvatting uitte – wellicht onbedoeld – agressie jegens homoseksuelen zou kunnen uitlokken of legitimeren. Met hantering van een ‘voorwaardelijk opzet’-formule (willens en wetens het risico aanvaarden dat de uitspraken worden gebruikt ter legitimatie van geweld of haat), zou dan namelijk overtreding van artikel 137d Sr in beeld komen. De door El Moumni gehanteerde bewoordingen waarin homoseksualiteit werd neergezet als een ‘gevaarlijke’, ‘besmettelijke’ ‘ziekte’ die tot ‘uitsterven’ zou kunnen leiden en daarom ‘voorgoed’ zou ‘moeten verdwijnen’, maakten het hierboven bedoelde risico niet geheel denkbeeldig (ook al werd aan die karakterisering de opmerking toegevoegd dat de islam elke vorm van geweld jegens anderen verbiedt) en dus had het voor de hand gelegen dat de rechtbank hier nader op in was gegaan.

Op 18 november 2002 oordeelde het gerechtshof Den Haag over de zaak-El

73 De rechtbank nam in dit perspectief wel in aanmerking dat El Moumni homoseksualiteit niet zozeer had aangeduid als ‘ziekte’ (zoals het in de NOVA-uitzending was vertaald), maar als ‘afwijking’ of ‘opvoedingsziekte’. Waarom deze aangepaste vertaling zijn opmerkingen in strafrechtelijke zin minder ernstig zou maken was en is echter niet op voorhand duidelijk. Vanuit het perspectief van de context-jurisprudentie was het wel logisch dat de rechtbank bij zijn beoordeling van de uitspraken ook de niet door NOVA uitgezonden delen van het interview betrok, zeker gezien de standpunten die El Moumni daarin betrok m.b.t. geweldgebruik.

Dat in het kader van een geloofsuiting die mogelijk als discriminatoir valt aan te merken ook de wijze waarop de geloofsopvatting tot uitdrukking is gebracht meeweegt in het kader van de toets aan art. 137c Sr blijkt ook uit HR 14 januari 2003, LJN-nr. AE7632 (het betrof hier iemand die in een ingezonden brief in de Twentse Courant *Tubantia* homofilie als ‘een vieze en vuile zonde’ had aangemerkt. Met het hof oordeelde de HR dat de door verdachte gebezigde terminologie ‘niet onnodig grievend’ was.

74 Zo meldde toenmalig minister Van Boxtel medio 2001 in antwoord op Kamervragen, zie *Handelingen II* 2000/01, aanhangsel 1279. Zie ook de discussie in de Tweede Kamer over homoseksualiteitsbeleid, waarin onder meer de angst van homoseksuele leerkrachten en homovrijheid van leerlingen in het voortgezet onderwijs aan de orde kwamen: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 017, nr. 4.

Moumni.⁷⁵ De door de rechtbank uitgesproken vrijspraak werd bevestigd, zonder daar veel nieuwe overwegingen aan ten grondslag te leggen. Weliswaar stond het Hof wel stil bij de wijze waarop El Moumni zijn geloofsopvatting uitdroeg (beter in lijn met het arrest-Van Dijke dus), maar dit gebeurde slechts zeer marginaal:

‘Gezien de in de grondwet en internationale verdragen verankerde vrijheid van godsdienst stond het verdachte vrij zijn op zijn geloofsovertuiging stoelende opvattingen omtrent homoseksualiteit uit te dragen. *De wijze waarop hij dat deed valt naar het oordeel van het hof binnen de grenzen van het aanvaardbare.* [cursivering JPL] Bij dit oordeel heeft het hof laten meewegen dat het door verdachte in het interview gebezigde woord “marat” in de visie van verdachte niet moet worden vertaald met ziekte (zoals dat in de Nova-uitzending is gebeurd), maar dat een juiste vertaling is “afwijking” of “opvoedingsziekte”. De (...) getuige-deskundige Peters heeft ter terechtzitting in eerste instantie bevestigd dat het woord “marat” niet moet worden vertaald met ziekte en dat het woord moet worden opgevat in overdrachtelijke zin.

Nu er naar het oordeel van het hof geen sprake is van in strafrechtelijke zin beledigende uitlatingen dient de verdachte van het tenlastegelegde te worden vrijgesproken. Gelet op het vorenoverwogene, alsmede op de omstandigheid dat de verdachte in een niet uitgezonden gedeelte van het interview onder meer ook te kennen gaf dat de islam verbiedt anderen lastig te vallen en dat de moslim respect moet geven aan iedereen, dient de verdachte tevens te worden vrijgesproken van de tenlastelegging voorzover inhoudende dat de verdachte – kort omschreven – heeft aangezet tot haat en/of discriminatie van homoseksuelen.’

De conclusie kan zijn dat de naar aanleiding van de zaken Van Dijke en El Moumni veel gehoorde klachten dat ‘je hier blijkbaar ongestraft *alles* kan zeggen als je je maar op een godsdienst baseert’ niet gegrond zijn op een zorgvuldige analyse van de betreffende uitspraken. Wel kan gezegd worden dat de bescherming van de uitingsvrijheid heel ver gaat, dat is echter ten aanzien van geloofsuitingen niet heel veel anders dan bij andersoortige uitingen en is in het licht van de Europese jurisprudentie over artikel 10 EVRM ook onvermijdelijk (zie daarover § 15 van deze bijdrage). Ook bij geloofsuitingen telt echter *de wijze waarop* de geloofsopvatting tot uitdrukking wordt gebracht.

17. Over de formulering van discriminatieverboden: verbieden we discriminatie of verbieden we onderscheid?

Het laatste onderwerp dat tijdens de discussie aan de rode werd gesteld betrof de formulering van de anti-discriminatieregels in de Nederlandse wetgeving. Naar

⁷⁵ Gerechtshof Den Haag 12 november 2002, *NJCM-Bulletin* 2003, nr. 4, m.nt. De Blois.

aanleiding van de wetsvoorstellen Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en EG-implementatiewet Awgb⁷⁶ is in het parlement discussie ontstaan over de in de Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving (met name de Awgb) gehanteerde terminologie. In zijn advies over het laatste wetsvoorstel signaleerde de Raad van State:

‘een discrepantie tussen de EG-richtlijnen en de Nederlandse wetgeving, die door het wetsvoorstel alleen maar wordt bestendigd en verder versterkt. Hoe langer met de Nederlandse wetgeving, met daarin het neutrale begrip “onderscheid” in plaats van “discriminatie”, een eigen weg wordt begaan, des te moeilijker zal het worden om op enig moment alsnog congruentie te bewerkstelligen tussen de Nederlandse wetgeving en de EG-richtlijnen.’

De regering schreef in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel dat zij het onwenselijk vindt om de bestaande Awgb-terminologie te heroverwegen.

Sedert de totstandkoming van de gelijke-behandelingswetgeving in de jaren ’70 is het beginsel van gelijke behandeling zoals dat is neergelegd in EG-richtlijnen in de Nederlandse wetgeving uitgewerkt in een verbod van onderscheid, behoudens specifieke uitzonderingen. Het EG-recht verplicht niet tot het overnemen van Europeesrechtelijke bewoordingen bij implementatie mits de volledige toepassing van de richtlijn daadwerkelijk is verzekerd. De systematiek waarvoor de Nederlandse wetgever heeft gekozen beoogt meer rechtszekerheid (en daarmee een betere rechtsbescherming) te bieden. Het begrip ‘discriminatie’ leent zich wel voor het materiële strafrecht, waarin het een onmiskenbare negatieve inhoud heeft die past bij het strafrecht. Uit de ervaring met het bieden van wettelijke bescherming tegen discriminatie door het verbieden van onderscheid, behoudens wettelijke uitzonderingen, blijkt volgens de regering dat een dergelijk systeem goed werkt. Voor wat betreft de noodzaak om een correcte implementatie te bewerkstelligen, zijn de regering geen uitspraken van het Hof van Justitie van de EG of opvattingen van de Europese Commissie bekend. Op basis waarvan moet worden aangenomen dat in het Nederland bestaande wettelijke systeem, niet kan worden gehandhaafd. Het gebruik van het begrip onderscheid heeft in de Nederlandse wetgeving in de praktijk niet tot problemen geleid.

Tijdens het symposium stelde *Rodrigues* dat het gebruik van het woord ‘onderscheid’ in de Awgb verreweg de voorkeur verdient boven het woord ‘discriminatie’. Hij sloot zich in de eerste plaats aan bij het ook door de regering aangevoerde argument dat op basis van het concept ‘onderscheid’ een verderstrekkende bescherming geboden dan op basis van discriminatie het geval zou zijn en voegde daaraan toe dat op grond van het *stand still*-beginsel zoals opgenomen in de anti-

76 Zie hierover § 8 en 9 van deze bijdrage.

rassendiscriminatie-richtlijn handhaving van de term ‘onderscheid’ zelfs geboden zou zijn. Bovendien heeft het woord discriminatie volgens *Rodrigues* – ten onrechte! – een zeer pejoratieve betekenis. Vanwege deze ‘zondige’ signatuur maakt gebruik van het woord discriminatie het litigieuze handelen onbespreekbaar en rest de beschuldigde niets anders dan te ontkennen of deemoedig het hoofd te buigen. Te meer daar indirect onderscheid vaak onbedoeld of onbewust gemaakt wordt, moeten deze consequenties volgens hem als onwenselijk worden beschouwd.

Het staat te bezien in hoeverre de regering *Rodrigues*’ woorden ter harte zal nemen (of zal gebruiken ter onderbouwing van haar standpunt). De herhaalde adviezen van de Raad van State en de daarover gestelde vragen in de Kamer hebben voorlopig aanleiding gegeven voor het principebesluit dat de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in overleg met de meest betrokken bewindspersonen zal bezien over nader onderzoek moet worden gedaan naar ‘de opportuniteit van een andere terminologie’. Een eventuele wijziging van de terminologie zou zich dan moeten uitstrekken tot de gehele gelijke-behandelingswetgeving en op dezelfde datum in werking moeten treden. Een andere aanpak zou grote bezwaren ontmoeten vanuit een oogpunt van consistentie, transparantie en inzichtelijkheid van de wetgeving.⁷⁷

⁷⁷ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 5.