



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving.

Holtmaat, H.M.T.

Citation

Holtmaat, H. M. T. (2002). Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving. *Gelijkheid En Rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke Vraagstukken Rondom 'minderheden'*., 161-175. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/35481>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/35481>

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

Dagelijks Bestuur van de Staatsrechtkring:

Prof. mr. D.J. Elzinga (voorzitter)
Prof. mr. P.J. Boon
Prof. mr. A.K. Koekkoeck
Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann
Prof. mr. H.R.B.M. Kummeling
Prof. mr. R. de Lange
Prof. mr. J.M. de Meij
Mr. M.L.W.M. Viering (secretaris)

Erevoorzitter Prof. mr. M.C.B. Burkens

Secretariaat van de Staatsrechtkring:

p/a mr. M.L.W.M. Viering, UU, Achter Sint Pieter 200, 3512 HT Utrecht. De lidmaatschapscontributie bedraagt €22,69 per jaar; bij collectieve aanmelding van 15 of meer leden is dit bedrag €18,15.

Redactie 'Publikaties van de Staatsrechtkring':

Prof. mr. D.J. Elzinga

Redactieadres:

p/a Prof. mr. D.J. Elzinga, RUG, Vakgroep Staatsrecht, postbus 716, 9700 AS Groningen, tel. 050-3635683, faxnr. 3635670.

Eerder verschenen:

Zie voor een overzicht van eerder verschenen publikaties de in bijlage I opgenomen lijst.
Eerder verschenen publikaties kunt U bestellen bij de boekhandel.

PUBLIKATIES VAN DE STAATSRECHTKRING
— STAATSRECHTCONFERENTIES —

6

**Gelijkheid en rechtvaardigheid
Staatsrechtelijke vraagstukken
rondom 'minderheden'**

Staatsrechtconferentie 2001

onder redactie van

M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.Th.D. ten Napel

met bijdragen van

J.P. Loof
D. Heirbaut
E.A. Alkema & A.C. Rop
M.L. Haimé
G.J. Schutte
G. Visscher
Tj. Gerbranda
A.J.Th. Woltjer
H.K. Fernandes Mendes
B.C. Labuschagne & H.-M.Th.D. ten Napel
R. Holtmaat
M. Kroes
J.E. Goldschmidt

KLUWER 

DEVENTER - 2002

Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving

1. Inleiding

Ronald Dworkin begint zijn in 2000 verschenen boek *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* met de zin: 'Equality is the endangered species of political ideals.'¹ Politiek rechts en links lijken verenigd in de wens om het aloude ideaal van gelijkheid definitief bij de vuilnis te zetten en tussen liberalisme en communisme een 'derde weg' te kiezen, een weg waar gelijkheid geen rol van betekenis meer speelt, op individueel noch op collectief niveau. Toch, zo concludeert Dworkin, is het nodig en mogelijk om gelijkheid opnieuw een plaats te geven in het spectrum van politiek-filosofische waarden die aan de basis liggen van onze samenleving. Wil gelijkheid opnieuw die plaats veroveren, dan zal zij volgens deze auteur, verbonden moeten worden met de uiteindelijke legitimatie van ieder overheidsoptreden: 'No government is legitimate that does not show equal concern for the fate of all those citizens over whom it claims dominion and from whom it claims allegiance. Equal concern is the sovereign virtue of political community – without it government is only tyranny – and when a nation's wealth is very unequally distributed, (...) then its equal concern is suspect.'² Daarmee schetst Dworkin een uitdaging van groot formaat: hoe, immers, moet je gelijkheid in de term *equal concern* operationaliseren? En is gelijkheid bij uitstek de waarde die staatsgezag en -macht legitimeert, of kunnen ook andere waarden die rol vervullen?³

De oproep van Dworkin om het gelijkheidsbeginsel opnieuw te doordenken lijkt te werken. Het voor deze bundel gekozen thema, waarin gelijkheid wordt verbonden met rechtvaardigheid, illustreert dat gelijkheid niet zo 'dood' is als

* Mr. R. Holtmaat is fellow bij het E.M. Meijers Instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek te Leiden en werkt daarnaast als free-lance onderzoeker en adviseur op het terrein van gelijkheid en non-discriminatie. Een overzicht van haar publicaties en projecten is te vinden op www.rik-holtmaat.nl.

1. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge: Harvard University Press 2000, p. 1.
2. Ibidem. De argumentatie die Dworkin hier ontwikkelt, lijkt veel op de achttiende-eeuwse grond voor gelijkheid die Heirhaut beschrijft in zijn bijdrage aan deze bundel ('Gelijkheid was daarbij vooral een gelijkheid tegenover de staat en een uitschakeling van de privileges en niet zozeer een daadwerkelijke gelijke behandeling van de individuen').
3. Niet iedereen denkt dat we gelijkheid daarvoor nodig hebben. Zie bijvoorbeeld Margalit, die meent dat de norm van 'a decent society' veel belangrijker is, dan die van (abstracte, politiek-filosofische) gelijkheid. Avishai Margalit, *The Decent Society*, Cambridge: Harvard University Press 1996.

deze rechtsfilosoof vreest en dat gelijkheid evenmin als een op zichzelf staand ideaal of op zichzelf staande juridische norm wordt beschouwd.⁴

Zijn aan de abstracte verbinding tussen de legitimatie van staatsgezag en het recht op gelijke behandeling wel concrete 'aanwijzingen' te ontleen, waaruit oplossingen zijn af te leiden voor de problemen waar gelijkheidsjuristen iedere dag weer mee worstelen? In de in 2000 verschenen bundel *De toekomst van gelijkheid*⁵ is door een breed scala van auteurs een beeld geschetst van deze problemen en van de uitdagingen waar het juridisch gelijkheidsbeginsel in de 21e eeuw voor staat.

Voordat ik een van de in mijn ogen belangrijkste knelpunten nader zal verkennen, wil ik stilstaan bij een tweetal verschillende oorzaken van de gelijkheidsproblemen waar we heden ten dage mee worstelen. In de eerste plaats betreft dat de steeds toenemende verfijning van het gelijkheidsprincipe in het recht en in de tweede plaats het gebrek aan doordenking van de grondslagen van het gelijkheidsprincipe. Beide oorzaken blijken, dat zal niet verbazen, sterk met elkaar samen te hangen. Tot slot zal ik schetsen hoe via de ontwikkeling van een nieuw systeem van drie typen van gelijkerechtenwetgeving⁶ gepoogd kan worden de verlamdende werking van de geschetste dilemma's te doorbreken.

2. Verfijningen in het gelijkheidsprincipe

Gelijkheid is als juridische norm steeds verder geoperationaliseerd in de afgelopen decennia. Zo'n vijftig jaar geleden kenden we hooguit enkele grondrechtelijke en/of verdragsrechtelijke waarborgen voor gelijkheid en non-discriminatie. Echt veel 'handen en voeten' hadden die normen niet; ze boden niet of nauwelijks concrete rechtsaanspraken van burgers op bescherming tegen discriminatie, laat staan concrete aanspraken op het hebben of krijgen van gelijke kansen. Intussen is een rechtsgebied ontwikkeld waar niemand meer om heen kan: op zowel mensenrechten- en grondrechtenniveau als op het niveau van het (nationale) positieve recht is een uitgebreid stelsel van rechtsnormen en handhavingmechanismen ontstaan, waarover met gemak een vuistdik handboek te vullen zou zijn. Daarbij is een toenemende 'verfijning' opgetreden, in de eerste plaats wat betreft de inhoud van het gelijkheidsconcept zelf (van formele naar materiële gelijke behandeling, van het bestrijden van directe tot indirecte discriminatie en zelfs verder naar bestrijding van zogenoemde 'systeemdiscriminatie'). Deze verfijning heeft echter ook een aantal ingewikkelde problemen opgeroepen, zoals (als het gaat om de invulling van het materiële

4. Het doordenken van de relatie tussen gelijkheid en rechtvaardigheid is een exercitie die het thema van deze bijdrage te buiten gaat. Zie met name de hoofdstukken van Heirbaut en Alkema in deze bundel. Ik kom er echter in deze bijdrage nog wel even op terug waar ik inga op de rechtvaardigingsgronden voor wetgeving op het terrein van gelijke behandeling en non-discriminatie.
5. R. Holtmaat (eindred.), *De toekomst van gelijkheid; de juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijke behandelingsnorm*. Utrecht en Deventer: Commissie Gelijke Behandeling/Kluwer 2000. Zie met name de slotbeschouwing: 'De toekomst van gelijkheid; een agenda voor wetgeving, beleid en onderzoek op het gebied van discriminatiebestrijding en gelijke behandeling'.
6. Met het 'gelijkerechtenwetgeving' wordt bedoeld op alle juridische constructies die vorm geven aan het gelijkheidsbeginsel. Zie de laatste paragraaf van deze bijdrage.

gelijkheidsconcept) de vraag in hoeverre ten behoeve van groepen van (historisch) achtergestelde burgers, speciale maatregelen mogen of moeten worden getroffen. Of de vraag aan welke voorwaarden moet worden voldaan om deze maatregelen niet in strijd te laten komen met het beginsel van algemeenheid van de wet of van gelijkheid voor de wet.⁷ Steeds weer lijkt het erop dat verschillende invullingen die aan het juridisch gelijkheidsbeginsel (kunnen) worden gegeven elkaar eerder in de weg zitten dan elkaar versterken in hun (heilsame) werking.

In de tweede plaats bestaat er verfijning wat betreft de 'groepen' van personen die zich op het gelijkheidsbeginsel kunnen beroepen. Betrof het historisch mensen die op grond van ras, sekse, geloof, politieke overtuiging, et cetera, systematisch werden achtergesteld of gediscrimineerd, nu komen ook mensen met een bepaald type arbeidscontract, zoals deeltijders of arbeidscontractanten, in aanmerking voor bescherming op grond van het gelijkheidsbeginsel. Ook uit deze verfijning komen problemen voort. In de eerste plaats is het bij sommige gronden de vraag of er nog wel een aanwijsbare groep bestaat, die zich op een bepaalde 'discriminatiegrond' kan beroepen. Is er in de samenleving een groep 'arbeidscontractanten' of 'deeltijdwerkers' of 'alleenstaanden' in die zin dat deze mensen een duidelijk achtergestelde maatschappelijke dan wel economische positie innemen, herkenbaar zijn, 'telbaar' zijn? Als dat niet zo is: hoe kun je dan ooit vaststellen dat deze mensen indirect gediscrimineerd worden? Want dat vereist, zoals de test in de doctrine is ontwikkeld, dat een bepaalde neutraal geformuleerde regel een aantoonbaar nadelig effect oplevert voor de door de discriminatiegrond beschermde groep.⁸

Maar er zijn meer problemen. Zo is het onmogelijk om bij het maken van direct onderscheid op grond van leeftijd niet ook objectieve rechtvaardigingsgronden daarvoor toelaatbaar te achten, waarmee een inbreuk wordt gemaakt op de doctrine dat alleen bij indirect onderscheid een beroep op een dergelijke open rechtvaardigingsgrond mogelijk zou moeten zijn. Hetzelfde geldt bij een grond als het type arbeidscontract dat iemand heeft. Ook het beschermen van mensen tegen discriminatie op de grond handicap levert in dat opzicht veel problemen op, vooral omdat het symmetrische model van non-discriminatie in dat geval noodgedwongen door een asymmetrisch model zal moeten worden

7. Een klassieke verhandeling over de verhouding tussen het beginsel van gelijkheid voor de wet (formeel) tegenover het beginsel van gelijkheid in de wet (materieel) is te vinden bij E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*. Den Haag: Nijhoff 1973, hoofdstuk II.
8. Zie de definitie van indirecte discriminatie in de nieuwe EU-Richtlijnen op het terrein van gelijke behandeling. Het meest strikt is de definitie in het voorstel tot amendering van de Tweede Richtlijn: 'Indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice disadvantages a substantially higher proportion of the members of one sex, unless that provision, criterion or practice is appropriate and necessary and can be justified by objective factors unrelated to sex.' Zie: Proposal of the EU-Commission, amending Directive 76/207 EEC (Equal Treatment Directive) (COM(2000) 334 Final, Brussels 7 June 2000). Het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur of type arbeidsovereenkomst is neergelegd in respectievelijk de Wet verbod Onderscheid Arbeidsduur (WOA), *Stb.* 1996, 391, en het wetsvoorstel Uitvoering van de Richtlijn 1999/70/EG (...) inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 661.

vervangen.⁹ Daarmee krijgt het verbod op discriminatie op grond van handicap echter per definitie een ander karakter dan de meeste andere gronden. Ook speelt bij handicap sterker dan bij andere gronden de evidentie van het bestaan van positieve verplichtingen.¹⁰

Samenhangend met de diversiteit in de wijze waarop het discriminatieverbod c.q. het gebod tot gelijke behandeling wettelijk is uitgewerkt is er het probleem dat voor de verschillende gronden verschillende 'regimes' bestaan voor zover het gaat om de personele en materiële reikwijdte van de betreffende regelingen. Daardoor ontstaat het risico van *ranking* van de gronden. Dit verschijnsel is heel goed te zien nu op grond van art. 141 en art. 13 van het EG-verdrag verschillende richtlijnen zijn ontstaan in het Europese recht, elk met een eigen bereik.¹¹

De toename van het aantal discriminatiegronden zorgt er tevens voor dat er in toenemende mate sprake is van samenloop van discriminatiegronden. Dat wil zeggen: iemand ervaart dat hij/zij ongelijk behandeld wordt, maar dat kan liggen aan (bijvoorbeeld) het feit dat hij/zij een transseksueel is, of omdat hij/zij van Turkse afkomst is, of omdat hij/zij een ander arbeidscontract heeft dan de rest van de collega's (maar heeft hij/zij niet juist een ander contract omdat hij/zij transseksueel of Turk is?). Juist bij deze samenloop is het problematisch wanneer de ene grond anders (meer of minder uitgebreid) beschermd wordt (bijvoorbeeld meer of minder uitzonderingen toelaat) dan de andere grond.¹²

9. Mannen moeten evenzeer gelijk aan vrouwen behandeld worden als vrouwen aan mannen (symmetrisch). Niet-gehandicapten moeten juist niet evenzeer gelijk aan gehandicapten behandeld worden als gehandicapten aan niet-gehandicapten (=asymmetrisch). Zie voor een nadere uiteenzetting van het verschil tussen beide benaderingen Titia Loenen: *Verskil in gelijkheid. De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot mannen en vrouwen in Nederland en de Verenigde Staten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992. Loenen benadrukt dat alleen een ongunstige, benadelende ongelijke behandeling verboden zou moeten zijn onder de gelijke behandelingswetgeving (p. 246).
10. Uit die aanname van het bestaan van positieve verplichtingen wordt afgeleid dat gehandicapten een recht zouden hebben op een 'reasonable accommodation', dat wil zeggen aanpassingen die hen in staat stellen zoveel mogelijk op voet van gelijkheid deel te nemen. Moet het nalaten van het treffen van deze aanpassingen dan beschouwd worden als discriminatie, of is dat een schending van een norm *sui generis*? Handicap wordt verder behandeld in de bijdrage van M. Kroes aan deze bundel.
11. In de literatuur over het nieuwe Europese gelijke behandelingsrecht wordt van alle kanten kritiek geleverd op deze *ranking*. Zie bijvoorbeeld Sandra Fredman, 'Equality: A new generation?', *Industrial Law Journal* 2001, p. 145-168.
12. In de praktijk loopt de CGB al geregeld tegen deze vormen van samenloop aan. Zie het evaluatierapport van de Commissie: *Gelijke behandeling in beweging. evaluatie van vijf jaar AWGB*. Theoretisch is dit echter nog nauwelijks onderbouwd. Een aanzet is te vinden in het zogenaamde 'kruispuntwaken', waarover Ellen Rose Kampbel bij mijn weten als eerste in Nederland heeft gepubliceerd. Zie Ellen Rose Kampbel, 'Op het kruispunt van gender en etniciteit: Zmv-vrouwen in het Nederlands werkverkeer', *Nemesis* 2001, p. 102-105. Zie hierover ook het artikel van Dianna Pothier, die de Canadese ervaring van samenloop tussen de verschillende gronden bespreekt. Haar stelling luidt, dat '[r]ecent human rights cases involving gender and disability claims illustrate that an understanding of the dynamics of grounds can strengthen a relational understanding of discrimination.' Dianna Pothier, 'Connecting grounds of discrimination to real people's real experiences', *Canadian Journal of Women and the Law/Revue Femmes et Droit* 2001, p. 37-73. Een andere benadering is het *mainstreamen* van gender- en ras in de 'algemene' mensenrechtendocumenten. Zie daarover Ineke Boerefijn, 'Mainstreaming in VN-Comités', *Nemesis* 20001, p. 4-13.

Als je kijkt naar de praktijk van het discriminatierecht die is ontstaan als gevolg van deze toename van het aantal discriminatiegronden, doet zich voelen dat er inmiddels een aanzienlijke verwatering van het discriminatie-concept heeft plaatsgevonden. Betrof het vroeger de (bewuste) vernederende en onterende uitsluiting van mensen op grond van (voor)oordelen die samenhangen met kenmerken die fundamenteel zijn voor de beleving van hun mens-zijn en voor de persoonlijke identiteit, nu lijkt het of iedere vorm van categorisering en differentiatie die een overheid, een instelling of werkgever noodzakelijk acht om beleid te kunnen voeren per definitie verdacht is en gerechtvaardigd moet (kunnen) worden. Het recht van eenieder om niet te worden gediscrimineerd lijkt te worden vereenzelvigd met het recht van eenieder om niet op willekeurige gronden (ongelijk) behandeld te worden door overheid, werkgever, of dienstverlener.¹³ Het willekeurverbod houdt in dat voor iedere categorisering tussen rechthebbenden en niet-rechthebbenden die een overheid maakt, aangetoond moet kunnen worden dat deze doelmatig is en proportioneel in het licht van de beleidsdoelen die aan de categorisering ten grondslag liggen. Het is echter de vraag of aan het recht op gelijke behandeling enerzijds en het willekeurverbod anderzijds wel dezelfde rechtvaardigingen ten grondslag kunnen worden gelegd. Deze verwatering is mogelijk veroorzaakt door het gebruik van neutrale termen als het om het gelijke behandelingsrecht gaat. In het Nederlandse recht is de term discrimineren vervangen door onderscheid maken. Daarmee is het directe conceptuele verband tussen het beginsel van gelijke behandeling en het pejoratieve begrip discriminatie doorgesneden. In de Europese Richtlijnen is dat verband nog wel duidelijk zichtbaar. Zie bijvoorbeeld art. 2 van de Rasrichtlijn (2000/48/EC): 'For the purpose of this Directive, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination based on racial or ethnic origin.'¹⁴

3. Het gebrek aan doordenking van de grondslagen van non-discriminatie en gelijke behandeling

De in de eerdergenoemde bundel *De toekomst van gelijkheid* besproken praktische en theoretische problemen die juristen ondervinden bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel hebben voor een aanzienlijk deel te maken met de verdergaande juridische operationalisering (in de zin van een verfijning van het concept van gelijkheid en een verfijning van het aantal gronden) van dat beginsel. De wirwar aan gelijke behandelingsrechten die is ontstaan is naar mijn idee veroorzaakt door een gebrek aan een goede doordenking van de theoretische of politiek-filosofische grondslagen waarop het (juridische) gelijkheidsprincipe is gebouwd. Een korte exercitie over deze grondslagen is daarom op zijn plaats.

Fredman beschrijft in haar analyse van het Europese gelijke behandelingsrecht een drietal veelvuldig aangedragen (klassieke) grondslagen voor het ge-

13. Zie over het onderscheid tussen het discriminatieverbod en het willekeurverbod, Loenen 1992 (*supra* noot 9).

14. Zie art. 1 AWGB.

lijkebehandelingsrecht en een viertal mogelijke alternatieven.¹⁵ Het recht op non-discriminatie en gelijke behandeling is volgens deze auteur van oudsher zeer sterk verbonden met (liberale) waarden als neutraliteit, individualisme en autonomie. Neutraliteit wordt het best gediend als het de staat verboden is voorkeur te hebben voor een bepaalde groep of voor een bepaalde opvatting over wat 'the good life' zou (moeten) behelzen. Deze neutraliteit wordt evenzeer bevorderd door een opvatting van *fairness as consistency*, die op zijn beurt voortkomt uit de bekende formule van 'gelijke behandeling van gelijken en ongelijke behandeling van ongelijken naar de mate van ongelijkheid'. Het individualisme van het liberale gelijke-rechten-denken leidt er toe dat discriminatie vooral wordt afgewezen en verboden omdat dergelijk gedrag niet de waarde en de vrijheid van het individu tot uitgangspunt neemt, maar mensen in het geval ze worden gediscrimineerd ondergeschikt worden gemaakt aan (aan hen toegeschreven) groepskenmerken. Individuele verdiensten (*merits*) moeten bepalend zijn voor iemands rechten en mogelijkheden, niet (vermeende) groepskenmerken. Tenslotte speelt autonomie in deze liberale theorie de rol van de verbindingslijn tussen vrijheid en gelijkheid: als de staat zich neutraal opstelt en het individu het uitgangspunt is voor hoe mensen (gelijk) behandeld worden bestaat er maximale autonomie om zelf keuzes te maken over hoe men zijn leven wil inrichten.

De kritiek op het liberale gelijke-rechten-denken is breed uitgesponnen in met name de literatuur vanuit *Critical Legal Studies* (CLS) en in de feministische rechtswetenschap. De alternatieven zijn schaarser. Soms wordt gewezen op de noodzaak om het recht op gelijke behandeling 'contextueel' of 'relatief' te denken, soms wordt een communitaristische benadering voorgestaan,¹⁶ soms wordt gelijkheid helemaal afgezworen en de weg ingeslagen van het zoeken naar andere funderende rechtsbeginselen, zoals bijvoorbeeld vrijheid of wederkerigheid.¹⁷ Het probleem van al deze benaderingen blijft dat ze tamelijk abstract zijn en weinig aanknopingspunten bieden voor een concrete rechtspolitiek op het terrein van bestrijding van discriminatie en bevordering van gelijke behandeling.

Fredman noemt in haar artikel vier 'sets of values' die in de plaats van de liberale noties van neutraliteit, individualisme en autonomie zouden kunnen treden: 'individual dignity and worth, restitution, redistribution and democracy.'¹⁸ Met name de waarde van de menselijke waardigheid krijgt, gezien een aantal recente publicaties uit de rechtstheoretische hoek, tegenwoordig veel

15. Fredman 2001 (*supra* noot 11), p. 154.

16. Belangrijk is in dit verband het werk van Martha Minow, *Making All the Difference*, New York: Cornell University Press 1990. Zie voorts Elisabeth Frazer en Nicola Lacey, *The Politics of Community: A Feminist Critique on the Liberal-Communitarian Debate*, New York: Harvest/Wheatseaf 1993. Zie ook het werk van Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, N.J.: Princeton University Press 1990.

17. Zie bijvoorbeeld D.M.W.J. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel*, Amsterdam: Faculteit der Rechtsgeleerdheid 1999 (diss. Amsterdam UvA).

18. Fredman 2001 (*supra* noot 11), p. 155.

aandacht.¹⁹ Het verdelen of herverdelen van goederen en/of maatschappelijke posities met het oog op het compenseren van schade als gevolg van discriminatie in het verleden (*restitution*) of het creëren van gelijke kansen voor de toekomst (*redistribution*) is in de afgelopen decennia vooral aan de orde geweest in (verhitte) debatten over positieve actieprogramma's en lijkt, met de teloorgang van het socialisme als politiek systeem, steeds meer van het toneel te verdwijnen als grondslag voor het gelijkebehandelingsrecht. Het waarborgen van het democratisch gehalte van de samenleving, tenslotte, als grondslag voor non-discriminatie en gelijke behandelingsrecht is een betrekkelijk nieuwe ster aan het firmament.

Wat opvalt als je het viertal mogelijke 'waardensets' van Fredman wat nader bekijkt, is dat ze elk voor een ander type non-discriminatierecht of gelijke behandelingsrecht als grondslag aangewezen zouden kunnen worden. Menselijke waardigheid is vooral kandidaat als het gaat om non-discriminatierecht in de strikte zin van het formele verbod om mensen anders te behandelen op bepaalde welomschreven gronden. Dit verbod is in de meeste rechtssystemen op de een of andere wijze strafrechtelijk gesanctioneerd en heeft tevens vaak uitwerking gekregen in wetgeving die de horizontale verhouding tussen burgers regelt: bij het sluiten van overeenkomsten, bij het verlenen van diensten, et cetera, is het niet toegestaan om mensen 'anders' te behandelen enkel en alleen op de grond dat ze vrouw, homoseksueel, neger of islamiet zijn. Dit verbod bestaat omdat 'anders' in de meeste gevallen 'minderwaardig', 'vernerderend' of 'de-humaniserend' is.²⁰ Menselijke waardigheid is daarom bovenal geschikt om die onderdelen van het non-discriminatierecht te 'funderen' die betrekking hebben op de negatieve verplichting om je te onthouden van uitlatingen, handelingen et cetera, die een mens vastpinnen op of dehumaniserend behandelen vanwege belangrijke identiteitsbepalende kenmerken, zoals ras, etnische afkomst, geslacht, en seksuele gerichtheid.²¹

De teruggave en herverdeling van goederen en maatschappelijke posities met het oog op compensatie voor in het verleden opgelopen 'discriminatie-

19. In Nederland schrijft Louise Mulder al langere tijd over dit beginsel en de betekenis die het voor het (non-discriminatie)recht zou kunnen hebben. Zie Louise Mulder, 'Recht voor één is geen recht voor allen', *Nemesis* 1997, p. 4-12; Idem, 'Hoe onvermijdelijk is rechtspluralisme?', in: G. Anders e.a., *De onvermijdelijkheid van rechtspluralisme*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 31-39. Andere recente publicaties met veel aandacht voor de menselijke waardigheid zijn het genoemde boek van Dworkin en het artikel van David Feldman, 'Human dignity as a legal value' (part 1 and 2), *Public Law* 1999/2000. Zie voorts Pothier 2001 (*supra* noot 12).
20. Bij deze 'definitie' van discriminatie staat niet de vergelijking met een niet-gediscrimineerde persoon/groep centraal (zoals bij een claim dat er sprake is van ongelijke behandeling), maar de schending van een objectieerbare norm. Juist het vereiste van de vergelijking dat in de gelijke behandelingsclaim verscholen zit leidt vaak tot een stereotypering op grond van groepskenmerken en tot aanpassing aan dominante normen. Zie daarover Fredman 2001 (*supra* noot 11), p. 159 en 160. Ook non-discriminatierecht is echter vaak niet vrij van de eis van vergelijking. De definitie van directe discriminatie in de Europese Gelijke Behandelingsrichtlijnen, bijvoorbeeld, vereist dat er sprake is van een *nadelige behandeling in vergelijking tot iemand anders*. 'Underlying the idea that discrimination is based on a comparison (...) is a notion that the ideal of equality is the elimination of difference.' *Idem*, p. 160.
21. Volgens Fredman is het Europees gelijke behandelingsrecht vooral gericht op formele gelijkheid in de zin van 'consistency' (gelijke gevallen gelijk behandelen). Alleen in zoverre ook 'harassment' nu onder de Richtlijnen is gebracht, is te zien dat ook 'human dignity' ten grondslag is gelegd aan gelijkheid. Fredman 2001 (*supra* noot 11), p. 160.

schade' en het wegwerken van achterstanden en/of het bieden van gelijke kansen is naar mijn idee geen zelfstandige rechtvaardigingsgrond voor gelijkheid of gelijke behandeling. De activiteit van het (her)verdelen is een instrument voor het bereiken van gelijkheid, niet het doel. Ik neem aan dat Fredman daarom bedoelt dat een²² politiek-filosofisch concept van verdelende rechtvaardigheid ten grondslag ligt aan bepaalde gelijkebehandelingsmaatregelen. Een dergelijk concept is bij uitstek geschikt, in mijn ogen, als het om gelijke behandeling in materiële zin gaat.²³ Het resultaat van de (on)gelijke behandeling staat daarin voorop. Gelijke behandeling in deze zin van het bieden van gelijke kansen en mogelijkheden kan mensen ten deel vallen omdat ze om wat voor reden dan ook de facto in een andere (dat wil zeggen relatief nadelige) positie verkeren dan politiek of maatschappelijk of uit ethisch oogpunt wenselijk wordt gevonden. Die reden kan gelegen zijn in discriminatie die in het verleden of heden heeft plaatsgevonden c.q. plaatsvindt, maar kan ook in andere factoren liggen, zoals een ongunstige geografische ligging van de woonplaats van deze mensen of het hebben van een bepaalde fysieke handicap. Om die redenen kan het gelegitimeerd zijn om mensen in Oost-Groningen een pakket aan economische ondersteuningsmaatregelen aan te bieden of om speciale scholen voor blinden te stichten.²⁴

In de vierde plaats noemt Fredman de democratie zelf als rechtsgrond voor gelijkheid en non-discriminatie. In het kort komt haar redenering op het volgende neer: het kan zijn dat mensen er systematisch niet aan te pas komen als het gaat om het kunnen beïnvloeden van het politieke besluitvormingsproces. Bestaande ongelijkheid kan, met andere woorden, van invloed zijn op de manier waarop mensen kunnen deelnemen aan de participerende democratie. Het gelijke behandelingsrecht is dan noodzakelijk om te garanderen dat die invloed ook (meer) gelijk wordt. Als oorzaak van het systematische buitensluiten van bepaalde groepen noemt Fredman dat er bepaalde dominante waarden- en normenpatronen zijn, die de spraakmakende politieke elite er op na houdt. Daardoor wordt in het politieke besluitvormingsproces te weinig rekening gehouden met de wensen en opvattingen van de 'minderheden'. Het doorbreken van

22. Welk concept laat ik nog even in het midden. Zoals Dworkin 2000 (*supra* noot 1) aantoonst, kun je ook verdelende rechtvaardigheid op zeer vele manieren invulling geven.

23. Dat wil zeggen: als het gaat om verdeling van aardse goederen en daarmee samenhangende rechten of posities. Het concept biedt geen etiket soelaas als het om politieke rechten en persoonlijkheidsrechten gaat. Hoe wil je namelijk het recht om politieke invloed uit te oefenen 'herverdelen' of hoe wil je het recht op privacy of persoonlijke integriteit 'verdelen'? Zie daarover met name het werk van Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, N.J.: Princeton University Press 1990; en Rikki Holtmaat, 'Juridisering van zorg? Nieuwe impulsen voor een juridisch-feministische discussie over zorg', *Recht en Kritiek* 1997, p. 207-224.

24. Wat de blinden betreft: er zou sprake kunnen zijn van discriminatie. De primaire reden voor blindenscholen is echter niet het bestrijden van discriminatie maar het bieden van gelijke kansen aan visueel gehandicapten, welke ze op een 'normale' school niet zouden hebben. Het is ook niet zo dat de menselijke waardigheid van de blinden aangetast zou worden als de speciale scholen niet zouden bestaan. Wel is het waarschijnlijk zo dat ze zich met behulp van speciaal onderwijs meer volledig kunnen ontplooiën dan zonder speciaal onderwijs. Als dat laatste op goede gronden betwist zou worden, zou de grond onder dat speciale onderwijs komen te vervallen omdat gelijke kansen dan evengoed op andere wijze zouden kunnen worden gerealiseerd. Een project als 'weer samen naar school' laat zien dat de opvattingen over hoe gelijke kansen aan gehandicapte kinderen het best kunnen worden geboden door de tijd veranderen. Bovendien kunnen andere waarden, zoals 'integratie', op een bepaald moment belangrijker gevonden worden dan 'gelijke kansen'.

die dominante cultuur of die dominante waarden en het 'opwaarderen' van diversiteit lijkt dan de aangewezen weg om (meer) politieke gelijkheid te bereiken. Deze benadering van gelijkheid komt overeen met het voorschrift van art. 5a van het Vrouwenverdrag, de enige juridische bepaling die naar mijn weten tot nu toe recht doet aan of een uitwerking vormt van deze grondslag.

4. Van dilemma's naar oplossingen

Het beschrijven van dilemma's-of problemen is één ding, het aangeven van oplossingen is een tweede. Dat laatste vereist immers vaak niet alleen een grondige analyse, maar vooral ook het beredeneerd aangeven waarom uiteindelijk bepaalde keuzes worden gemaakt. Daarom hier een poging om enkele knopen door te hakken. Al is het alleen maar om de discussie aan te jagen. Ik beperk me daarbij tot één onderwerp, namelijk de spanningsverhouding tussen formele en materiële gelijkheid.²⁵

Het is tijd opnieuw de verhouding tussen formele en materiële gelijkheid te doordenken. Formele gelijkheid 'will not do the trick', dat wil zeggen: zorgt er niet voor dat mensen ook daadwerkelijk als gelijken worden behandeld, of in (meer) gelijke posities komen te verkeren. Vandaar dat met name progressieve en feministische juristen in de afgelopen jaren een sterk pleidooi hebben gehouden voor (meer) materiële gelijkheid. Tot welke botsingen dat leidt, is uitvoerig beschreven in de bundel *De toekomst van gelijkheid*. Met name bij de toepassing van het concept van indirecte discriminatie en bij het 'leerstuk' van de toelaatbaarheid van positieve actie komt die spanning duidelijk aan het licht. Hoe moeten we daar nu uit komen?

In het non-discriminatie en gelijke behandelingsrecht zitten twee concepten van gelijkheid verscholen: het recht om niet te worden gediscrimineerd c.q. om gelijk te worden behandeld en het recht om gelijke kansen en mogelijkheden te krijgen om de door de internationale conventies gegarandeerde politieke, culturele, economische en sociale mensenrechten ten volle te realiseren. Het probleem is dat deze beide concepten door elkaar heen zijn gaan lopen. Non-discriminatie en gelijke behandeling worden nogal eens zo uitgelegd dat ze ook het recht op gelijke kansen inhouden en vice versa. Beide begrippen worden dan vervolgens formeel en symmetrisch uitgelegd. Gelijk zijn en recht hebben op gelijke kansen zijn echter twee verschillende zaken. Het een hoeft niet automatisch tot het andere te leiden. Ik kan erkennen dat alle mensen fundamenteel gelijk zijn (in de zin van dragers van menselijke waardigheid) en in die zin recht hebben op gelijke behandeling, maar dat wil nog niet zeggen dat alle mensen (daarmee) recht hebben op gelijke kansen.²⁶ Het recht op gelijke behandeling 'is the right to an equal distribution of some opportunity or

25. In de bundel *De toekomst van gelijkheid* is een achttal uitdagingen voor het gelijkheidsbeginsel genoemd. Zie met name de slotbeschouwing van mijn hand.

26. Vergelijk het door Dworkin beschreven verschil tussen 'the right to equal treatment' en 'the right to be treated as an equal'. Dworkin stelt het laatste duidelijk boven het eerste: 'the right to treatment as an equal is fundamental, and the right to equal treatment derivative.' Ronald Dworkin, 'The DeFunis Case: The Right to Go to Law School', *The New York Review of Books* 1976, nr. 1, p. 29-33.

resource or burden.' Het recht op gelijke kansen, in de termen van Dworkin het recht op behandeling als gelijke, 'is the right, not to receive the same distribution of some burden or benefit, but to be treated with the same respect and concern as anyone else'.²⁷ Met behulp van een voorbeeld is het verschil duidelijk te maken. Als ik 50 euro heb te besteden, kan ik besluiten dat geld gelijk te verdelen over mijn twee kinderen (gelijke behandeling) of ik kan besluiten het bedrag grotendeels te besteden aan noodzakelijke ondersteuning voor het ene kind dat een handicap heeft (gelijk respect c.q. gelijke kansen). De conceptuele vermenging van gelijke behandeling en gelijke kansen lijkt mij de oorzaak van heel wat oeverloos geharrewar tussen juristen. Tijd dus om die knoop weer te ontwarren.

De knoop wordt nog wat gecompliceerder wanneer binnen het denken over gelijke behandeling ook onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen non-discriminatie en het recht op gelijke behandeling enerzijds en het willekeurverbod anderzijds. Mijn stelling is dat het non-discriminatierecht moet worden ingezet voor het bestrijden van die vormen van onderdrukking die voortkomen uit een systematische achterstelling van groepen van personen op grond van belangrijke identiteitsbepalende kenmerken (ras, geslacht, et cetera.; de groepen die hierop een beroep kunnen doen zijn beperkt tot de klassieke gronden). De toetsing van deze norm moet streng en stikt zijn: discriminatie is verderfelijk en moet worden uitgebannen. Daarnaast geldt dat iedere burger het recht heeft om niet naar willekeur te worden behandeld door de overheid. De toetsing aan het willekeurverbod is veel minder strikt dan die aan het discriminatieverbod. Zodra de overheid er maar in slaagt een of andere rationaliteit van het eigen handelen aan te tonen is het verbod niet geschonden.

Er is ook een aanzienlijk verschil in toetsing aan het discriminatieverbod en aan de norm dat gelijke kansen moeten worden geboden. Materiële (on)gelijke behandeling, gericht op het opheffen van achterstanden en het bieden van gelijke kansen moet vooraf en tijdens de rit getoetst worden op de vraag of daadwerkelijk van een achterstand of ongelijke kans sprake is, hoe deze achterstand het meest doelmatig kan worden bestreden, en wel zodanig dat de belangen van andere burgers op 'gelijke behandeling' het minst worden geschaad. Fredman beschrijft de toets waaraan de door haar genoemde 'fourth generation equality laws' moeten voldoen: 'it is not a static duty, but requires a continuing process of diagnosing the problem, working out possible responses, monitoring the effectiveness of strategies, and modifying those strategies as required.'²⁸ Hiervoor is dus een sociologisch-politieke analyse nodig van de mate van de facto ongelijkheid in de samenleving, de oorzaken daarvan en de mogelijke oplossingen daarvoor. De groepen die van een dergelijk beleid kunnen profiteren zijn niet beperkt tot die welke door de 'klassieke' discriminatiegronden worden beschermd. Vergelijk het hiervoor genoemde voorbeeld van Oost-Groningen.

27. *Ibidem*.

28. Fredman 2001 (*supra* noot 11), p. 164.

5. Drie typen van gelijkerechtenwetgeving

De 'knoop' van non-discriminatie en gelijke behandeling enerzijds en gelijke kansen anderzijds wordt zoals gezegd nogal eens formeel en symmetrisch uitgelegd. Die formele benadering verdraagt zich slecht met een (meer) materiële notie van wat gelijkheid en gelijke behandeling zijn. Meestal is het zo dat binnen een juridische tekst het formele concept vooropstaat en dat de notie van materiële gelijkheid hooguit aan de orde komt bij wijze van aanvulling of uitzondering op het eerste concept.²⁹ In feite is er sprake van een *ranking*: voor zover gelijke behandeling ook nog betekent dat mensen onder omstandigheden anders behandeld zouden moeten kunnen worden omdat ze de facto in ongelijke omstandigheden verkeren en het wenselijk wordt gevonden dat aan die situatie een eind wordt gemaakt (dat wil zeggen: gelijke kansen *moeten* worden geboden), moet dat in het licht van de (formele) gelijke behandeling speciaal gerechtvaardigd worden.

Het mooiste zou zijn als er een mogelijkheid zou zijn om aan deze *ranking* een eind te maken en een juridisch stelsel te ontwikkelen waardoor deze beide concepten elkaar niet langer in de weg zitten. In dat geval zouden ingewikkelde discussies over rechtvaardigingsgronden voor het verbieden van indirecte discriminatie en voor het opleggen van positieve actiemaatregelen misschien voorgoed de wereld uit zijn. Binnen het bestaande Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke kader zal dat echter moeilijk zijn. Het startpunt voor deze juridische operationalisering van het gelijkheidsbeginsel heeft gelegen in het formele gebod (gericht aan de wetgever en rechtstoepasser) van gelijkheid in en voor de wet. Meer aanknopingspunten biedt echter het VN-Vrouwenverdrag, dat zich van meet af aan heeft gericht op een driedelige doelstelling als het gaat om de uitbanning van alle vormen van discriminatie tegen vrouwen.³⁰ Het Verdrag richt zich op (1) het garanderen van gelijke rechten van vrouwen; (2) het verbeteren van de positie van vrouwen; en (3) het uitbannen van seksstereotype beeldvorming. Idealiter komen al deze drie doelstellingen tot hun recht in de wetgeving en het beleid op het terrein van gelijke rechten.³¹

In de eerste plaats zal de gelijkerechtenwetgeving de 'menselijke waardigheid' moeten beschermen door middel van een strikte normering van het verbod om te discrimineren en het creëren van effectieve handhavingsmogelijkheden voor dit verbod. Het verbod om te discrimineren is een absolute waarde, zonder welke naar mijn opvatting van een democratische rechtsstaat geen sprake kan zijn. Daarmee is het dus een *rechtswaarde*. Iedereen is gelijk in en voor de wet; niemand mag worden gediscrimineerd op grond van ras, geslacht, et

29. Vergelijk de wijze waarop positieve actie in het Europese en Nederlandse gelijke behandelingsrecht is geconceptualiseerd als uitzondering op het verbod om ongelijk te behandelen.

30. Zie de eerste nationale rapportage (aan het parlement) over het Verdrag, het zogenoemde rapport-Groenman: *Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997*, Den Haag: Ministerie SZW 1997.

31. Gelijke rechten is hier het koepelbegrip, waar alledrie de subdoelen onder vallen. Ik noem dat gelijkerechtenwetgeving, in tegenstelling tot het engere begrip gelijkebehandelingswetgeving. Het is mogelijk expliciet te erkennen dat alleen de eerste doelstelling het onderwerp van de gelijkebehandelingswetgeving is en dat de twee andere doelen in andere wetten en maatregelen worden uitgewerkt. Echter, er zal wel een duidelijk verband aangebracht moeten worden tussen deze verschillende instrumenten, omdat anders het risico bestaat dat er onderlinge tegenstrijdigheid of tegenwerking ontstaat.

cetera. Op dat beginsel mogen geen uitzonderingen worden gemaakt, tenzij de wetgever dat aangeeft.³²

De waarde die ten grondslag ligt aan de (meer) materiële benadering van gelijkheid (waarin de op het resultaat van de behandeling gerichte gelijke kansen voorop staan), namelijk die van de verdelende rechtvaardigheid,³³ is een waarde die vooral in en door het politieke proces telkens opnieuw 'gematerialiseerd' moet worden. Dat wil zeggen dat de aanspraken van groepen op een behandeling die hen in staat stelt om 'als gelijke' te participeren telkens opnieuw moeten worden bevochten in een veld van met elkaar concurrerende aanspraken, waarbij tevens verschillende concepties van wat 'de goede samenleving' is met elkaar concurreren.³⁴ Als het goed is,³⁵ mondt dat politieke proces uit in een heleboel wetgeving en beleid ten faveure van 'benadeelde' of 'achtergestelde' groepen in de samenleving. Voor het tot stand brengen van die wetgeving of dat beleid is het bestaan van gelijke behandelingswetgeving (in de zin van non-discriminatiewetgeving) als zodanig geen voorwaarde.³⁶ Voor het toetsen van de vraag of bij die politieke afweging wel de juiste criteria zijn gebruikt, is de rechter nauwelijks geschikt.³⁷ Dat blijkt ook in rechtszaken waarin bij toepassing van een materiële benadering de rechter wel kan aangeven dat er 'onderscheid' is gemaakt, maar niet kan aangeven welke behande-

32. Als ik zeg dat iedereen gelijk is voor de wet, wil dat niet zeggen dat iedereen recht heeft op gelijke behandeling. De wetgever doet niets anders dan ongelijk behandelen: iedere wet of regeling houdt een classificatie in van burgers die wel/niet onder die regeling vallen. Zolang die classificatie niet plaatsvindt op 'verboden gronden' en niet willekeurig is, is die geoorloofd. Op het verschil in toetsing tussen het discriminatieverbod en het willekeurverbod heb ik hierboven reeds gewezen.
33. Waarbij ik net als Dworkin een sterke voorkeur heb voor 'equality of resources' in plaats van 'equality of welfare'. Zie Dworkin 2000 (*supra* noot 1), p. 3.
34. Daarmee stijgt de materiële benadering van gelijkheid ook uit boven de individualiserende en individualistische 'negatieve' benadering die in gelijke behandelingsclaims voorop staat. Fredman spreekt van 'fourth generation duties' in de zin van positieve verplichtingen om een op gelijkheid gericht resultaat te bevorderen (Fredman 2001 (*supra* noot 11), p. 163). 'Equality can only be meaningfully advanced if practices and structures are altered proactively by those in a position to bring about real change, regardless of fault or original responsibility. Positive duties are therefore proactive rather than reactive, aiming to introduce equality measures rather than to respond to complaints by individual citizens.'
35. 'Goed' vanuit het idee dat verdelende rechtvaardigheid een belangrijke politiek-filosofische waarde is, die recht kan doen aan het doel dat de overheid een gelijkere overheid is in de zin van het door mij aangehaalde citaat van Dworkin in paragraaf 1 van deze bijdrage.
36. Met andere woorden: we hadden de AWGB niet nodig om te besluiten tot het oprichten van vrouwenwvkscholen, met behulp waarvan vrouwen een bepaalde scholingsachterstand konden inlopen. De AWGB is in de praktijk juist een belemmering gebleken voor het instandhouden van dezelfde vrouwenwvkscholen, omdat in deze wet het beginsel van formele gelijkheid en dat van materiële gelijkheid met elkaar op gespannen voet staan. Daardoor moet iedere maatregel die beoogt de gelijke kansen en mogelijkheden van bepaalde doelgroepen te bevorderen, worden beoordeeld alsof het gaat om een geval van 'discriminatie' (in de zin van een de-humaniserende behandeling) van mensen die niet tot de doelgroep behoren (zie oordeel 2000-50 van de CGB). Hoewel gelijkebehandelingswetgeving dus geen voorwaarde is voor het ontwikkelen van een op materiële gelijkheid gericht beleid, is het soms wel handig dat er juridische documenten zijn waarin het ontwikkelen van een dergelijk beleid voor de overheid verplicht wordt gesteld. Vandaar dat het toe te juichen is dat bijvoorbeeld het EU-recht de Lidstaten oproept tot het nemen van effectieve maatregelen om aan feitelijke ongelijkheid een einde te maken (zie art. 141 lid 3 EG-Verdrag). Het is echter nog lang niet zover dat de EU dergelijke maatregelen verplicht stelt. Een dergelijke verplichting valt wel af te leiden uit art. 3 juncto art. 24 van het Vrouwenverdrag.
37. Dit is ook de stelling van Titia Loenen. Zie Loenen 1992 (*supra* noot 9).

ling in de plaats moet treden van de gewraakte ongelijke behandeling. Daarvoor is immers weer een politieke keuze uit schaarse mogelijkheden en middelen nodig. Materiële gelijke behandeling bevechten en realiseren via het recht op non-discriminatie en gelijke behandeling is daarom op zijn minst problematisch en controversieel.³⁸ Voor het met juridische middelen bestrijden van discriminatie is het bestaan van non-discriminatiewetgeving echter wel een voorwaarde.

Een mogelijke oplossing zou zijn om binnen onze wetgeving juist een strikte scheiding te gaan aanbrengen tussen non-discriminatierecht en gelijkebehandelingsrecht enerzijds en gelijkekansenrecht anderzijds. Het eerste zou in tijd onbegrensd, symmetrisch en formeel zijn,³⁹ het tweede alleen inzetbaar voor de duur dat achterstand bestaat, asymmetrisch (voorzover achterstand bestaat en alleen voor die groepen die een aantoonbare achterstand hebben) en materieel (dat wil zeggen op het resultaat gericht). Materiële gelijke behandelingsrecht kan nooit zover gaan dat het resultaat zou zijn dat de menselijke waardigheid van mensen erdoor aangetast zou worden. Om die reden is het nodig dat mensen die zich door dergelijke maatregelen gediscrimineerd voelen wel een ingang houden bij de rechter. Deze toetst echter, zodra het om een uitwerking van het gelijkekansenrecht gaat, alleen marginaal of geen schending van het non-discriminatierecht heeft plaatsgevonden.⁴⁰ Bij ieder geval dat de rechter of de Commissie Gelijke Behandeling wordt voorgelegd zou dan eerst vastgesteld moeten worden of de gedupeerde klaagt over discriminatie in de zin van schending van de menselijke waardigheid of klaagt over schending van het principe van verdelende rechtvaardigheid, c.q. het bieden van (on)gelijke kansen en mogelijkheden. Een andere reden om deze normen te scheiden is dat de normadressaat in beide gevallen heel anders ligt: het is voor iedereen (overheid en burgers gelijkelijk) verboden om te discrimineren. De plicht om gelijke kansen te bieden valt echter moeilijk op te leggen aan de individuele burger. Het bieden van gelijke kansen vergt immers in de meeste gevallen een aanzienlijke herverdeling van (doorgaans schaarse) middelen en mogelijkheden. Daarin moeten keuzes gemaakt worden, welke alleen op politiek niveau

38. Dat wil zeggen: via het recht van ieder individu om tegen achterstand of ongelijke kansen op te komen en een op het resultaat van gelijkheid gerichte maatregel te eisen. In dat geval blijft de oplossing op het individuele niveau liggen. Wat wel zou kunnen helpen is een wettelijke plicht voor overheidsinstanties en/of werkgevers of dienstenaanbieders, om maatregelen te nemen om daadwerkelijk gelijke kansen te bieden. Fredman noemt dit, zoals gezien, de 'fourth generation equality laws'. Zij noemt met name voorbeelden in Canada en Noord-Ierland van dergelijke wetgeving. Deze wetgeving wordt beschreven in Bob Hepple e.a., *Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation*, Oxford: The University of Cambridge Centre for Public Law and the Judge Institute of Management Studies/Hart Publishing 2000.

39. Met dien verstande dat erkend wordt dat niet alleen directe discriminatie kan plaatsvinden, maar ook indirecte discriminatie. Voor zover het concept van indirecte discriminatie een uitwerking is van het materiële gelijkheidsbeginsel, is daarmee ook in het gelijkebehandelingsrecht een materieel element aanwezig.

40. Dit betekent een omdraaiing van de huidige praktijk. In het geval er een positief actiebeleid (met name in de vorm van een voorkeursbeleid) wordt toegepast, moet binnen het regime van het huidige (EG) gelijkebehandelingsrecht juist bevestigd worden getoetst of geen schending van het individuele recht op gelijke behandeling heeft plaatsgevonden. Er is veel kritiek op deze uitwerking van het EG-Recht. Zie onder meer Albertine Veldman, 'De nieuwe Europese arresten over het voorkeursbeleid', *Nemesis* 2001, p. 116-120.

of (in het geval van het bedrijfsleven) op managementsniveau gemaakt kunnen worden. Wel kan de overheid een beleid van gelijke kansen opleggen aan bedrijven en instellingen, die dan vervolgens dat beleid moeten ontwikkelen en implementeren. Een individuele burger kan daar naar mijn idee niet of nauwelijks rechten aan ontlelen.⁴¹ De individuele rechtensstrategie van het non-discriminatierecht is met andere woorden een geheel andere dan de sociale ondersteuningsstrategie van de politiek van gelijke kansen.⁴² Voorzover deze laatste politiek zich vertaalt in wetgeving zou die wellicht beter buiten de gelijke behandelingswetgeving gesitueerd kunnen worden. Het toezichts- en handhavingsmechanisme voor een dergelijke wettelijke juridische norm dient ook een geheel ander te zijn dan bij de gelijke behandelingswetgeving.⁴³

Het derde type van gelijkerechtenwetgeving dat in mijn ogen noodzakelijk is, gaat terug op de derde doelstelling van het VN-Vrouwenverdrag, het uitbannen van seksstereotype beeldvorming. Noch in het bestaande gelijkebehandelingsrecht, noch in het recht dat is gericht op het realiseren van gelijke kansen⁴⁴ is deze doelstelling tot op heden expliciet uitgewerkt. Een mogelijkheid om dit te doen zou zijn het verplicht stellen (voor bepaalde overheidsinstanties en voor grote instituties en bedrijven) om ten aanzien van het beleid of de regelgeving die zij voornemens zijn door te voeren een zogenoemde Emancipatie Effect Rapportage (EER) uit te voeren. Daarin zou dan niet alleen aandacht moeten worden gegeven aan de effecten van deze maatregelen op de sociaal-economische positie van vrouwen, maar zou ook onderzocht moeten worden in hoeverre bij de vooronderstellingen waarop dit beleid is gebaseerd is uitgegaan van seksstereotype denkbelden.⁴⁵ Daarmee zou recht kunnen worden gedaan aan de bepaling in art. 5a van het Verdrag, dat immers voorschrijft dat genderstereotype denkbelden effectief worden uitgebannen.

Stereotype beeldvorming is echter niet alleen een aandachtspunt bij het bereiken van werkelijke gelijkheid van de seksen, dit mechanisme speelt evenzeer (maar wellicht op andere wijze) een rol bij de seksuele voorkeur, ras, etniciteit, geloofsovertuiging, handicap en leeftijd. Pas wanneer op systematische wijze aandacht wordt besteed aan de achterliggende waarden en normen en verwachtingspatronen van bestaande juridische constructies en maatschap-

41. In het algemeen is de normadressaat een overheid of een werkgever die een pro-actief beleid moet voeren, gericht op het opheffen van achterstanden en het bieden van gelijke kansen. Dit is een instructienorm. Alleen voor zover deze instanties en bedrijven duidelijk in gebreke zijn bij het uitvoeren van hun plicht zou er, naar analogie van de rechtsreeksse werking van EG-Richtlijnen, wellicht aanleiding kunnen zijn om een individu dat schade ondervindt van deze nalatigheid een aanspraak op gelijke kansen te verlenen. Dat zou kunnen betekenen dat de rechter kijkt welk beleid opgezet en uitgevoerd had moeten worden en dit beleid dan zelf vaststelt en toepast op de klager.
42. Zie voor een uitwerking van deze beide begrippen de bijdrage van Albertine Veldman aan de bundel *De toekomst van gelijkheid*, 'Mainstreaming van gelijkheidsdoelstellingen in regulering van de arbeidsverhoudingen', p. 193-214.
43. In feite zie je bij de voorgestelde wet gelijke behandeling op grond van handicap (en in de zogenoemde Kaderrichtlijn gelijke behandeling (2000/78/EC) een 'individualisering' van het gelijke kansenrecht in de bepaling dat de gehandicapte recht heeft op een redelijke aanpassing. Zie over deze bepaling de bijdrage van M. Kroes aan deze bundel.
44. Zoals gezegd: dergelijk recht bestaat nauwelijks. Gelijke kansen komen alleen aan de orde als toegelaten uitzondering op het discriminatieverbod.
45. Zie over de EER: Ineke de Hondt & Rikki Holtmaat, 'Emancipatie-effectrapportage inzake basissysteem huwelijksvermogensrecht', *NJB* 2001, p. 1994-2000.

pelijke structuren, maar ook van de taal die we⁴⁶ gebruiken om deze constructies en structuren te beschrijven, kan voorkomen worden dat de zogenoemde systeemdiscriminatie⁴⁷ blijft voortwoekeren. Onder systeemdiscriminatie wordt hier verstaan het bestaan van maatschappelijke ordeningsprincipes, structuren en systemen die een systematische benadeling of uitsluiting van niet-dominante groepen meebrengen, zonder dat deze benadeling te vangen is in termen van directe of indirecte discriminatie. In feite gaat het bij dit aspect van het gelijkheidsrecht niet om gelijkheid, in de zin van een assimilerend en gelijkschakelend 'vergelijkend' denken (waarbij telkens moet worden vastgesteld wie met wie vergelijkbaar is en onder welk opzicht die vergelijkbaarheid bestaat), maar gaat het juist om de tegenkant van formele gelijkheid: de ruimte die het recht creëert voor diversiteit, voor 'anderszijn'. Bij deze vormen van uitsluiting is geen sprake van (bewuste) vernedering van mensen of van aantasting van hun integriteit of het (on)bewust onthouden van gelijke kansen, maar gaat het om ingeslepen regels, praktijken of ordeningsprincipes, die een uitsluitende werking hebben, ofwel omdat ze bepaalde groepen blijken te benadelen, ofwel omdat dominante ordeningsprincipes geen rekening houden met het anderszijn van sommige (groepen van) mensen.⁴⁸ Pas wanneer deze oorzaken van onderdrukking of achterstelling zijn blootgelegd en opgeheven is voor alle groepen die tot nu toe van deze uitsluiting last hebben de ruimte geschapen voor het leveren van een actieve bijdrage aan de schepping van beleid en recht. De waarde van de participerende democratie, waarin iedereen, ongeacht afkomst, voorkeuren en achtergrond, die bijdrage kan leveren, kan alleen worden gerealiseerd wanneer aan deze systeemdiscriminatie een eind komt.

Het vat vol dilemma's dat het beginsel van gelijke rechten in de huidige rechtspraktijk en rechtstheorie oplevert kan wellicht worden omgesmolten tot een nieuw, hecht geconstrueerd bouwwerk, een gebouw met de drie pijlers van het non-discriminatie- en gelijkebehandelingsrecht, het gelijke kansenrecht en de bestrijding van systeemdiscriminatie.

46. Vanuit het perspectief van de bestrijding van systeemdiscriminatie is het persoonlijk voornaamwoord 'wij' een indicator dat de dominante visie wordt verwoord. Juist het 'deconstrueren' van die visie is een van de middelen om systeemdiscriminatie bloot te leggen.

47. Ook wel structurele discriminatie genoemd.

48. Zie de slotbeschouwing van de bundel *De toekomst van gelijkheid*.