

GELIJKE GEVALLEN GELIJK, NAAR DE MATE VAN GELIJKHEID

Harm Kloosterhuis & Carel Smith

Het gelijkheidsbeginsel is een belangrijk fundament van de democratische rechtsstaat. Volgens Aristoteles' vroege formulering van het gelijkheidsbeginsel moeten gelijke gevallen gelijk worden behandeld naar de mate van gelijkheid. Dat is een mooi adagium, maar het is een *formeel* adagium: het is 'leeg' als je niet weet onder welk normatieve gezichtspunt gevallen gelijk of vergelijkbaar zijn. Dat leidt vaak tot discussies die terug te voeren zijn tot twee vragen: welk gezichtspunt hanteren we om twee gevallen te vergelijken en zijn die gevallen vanuit dat gezichtspunt vergelijkbaar? Onenigheid over het antwoord op deze vragen resulteert regelmatig in boeiende en soms ook wel humoristische discussies. Een aardig voorbeeld van zo'n discussie over vergelijkbaarheid van gevallen vinden we in een uitspraak van de Commissie Gelijke Behandeling (tegenwoordig College voor de Rechten van de Mens) in een zaak waarbij een man zich gediscrimineerd voelde, omdat hij niet welkom was op de wekelijkse vrouwendag in de plaatselijke sauna. Vrouwen konden door die speciale vrouwendag zeven dagen per week komen met hun abonnement en mannen maar zes dagen. Er waren volgens de man dus geen 'gelijkwaardige voorzieningen' in deze sauna. De commissie was het daarmee oneens en onderbouwde haar standpunt onder meer met de volgende argumentatie: 'Gelijkwaardig heeft in dit verband niet per se dezelfde betekenis als identiek. Een dergelijke beperkte opvatting zou bijvoorbeeld ertoe leiden dat sanitaire voorzieningen voor vrouwen zouden moeten worden voorzien van urinoirs, dan wel dat deze van herentoiletten zouden moeten worden verwijderd, teneinde als gelijk(waardig) te kunnen worden aangemerkt.' (<https://mensenrechten.nl/nl/oordeel/2004-75>). Je moet er maar op komen.

Vanwege het lege karakter van het gelijkheidsbeginsel, is er in de loop van de geschiedenis veel kritiek geuit op het gebruik van dit beginsel in juridische argumentatie. Die kritiek is vooral gericht op het gebruik van de juridische analogieredenering, die uitgaat van het gelijkheidsbeginsel. De meest extreme diskwalificatie is dat de analogieredenering niet rationeel is, omdat deze 'niet logisch' is. Waarom? Omdat de keuze over de vergelijkbaarheid van twee gevallen uiteindelijk inhoudelijk en evaluatief is. En omdat logisch geldige redeneringen uit dienen te gaan van 'ware' of 'zekere' premissen, is de analogieredenering verdacht. Dit is een wonderlijk betoog. Neem het volgende voorbeeld. Enkele jaren geleden waren er mannelijke postbodes die tijdens warme zomerdagen een korte broek wilden dragen. De werkgever verbood dat. De argumentatie van de postbodes kan worden samengevat in de volgende vraag: 'Waarom mogen vrouwelijke postbodes wel een broekrok dragen en wij geen korte broek?' Aristoteles zou deze vraag analyseren als een *enthymem* – een incomplete redenering die iedereen meteen begrijpt als de volgende argumentatie: mannen mogen een korte broek dragen, want: 1 vrouwen mogen een broekrok dragen; 2 mannen en vrouwen, korte broeken en broekrokken zijn op relevante punten vergelijkbaar; 3 gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. Op deze argumentatie valt van alles af te dingen, maar volgens de common-sense-definitie van logische geldigheid is er niets mis met deze redenering: wie de premissen accepteert, kan de conclusie niet ontkennen. Natuurlijk kun je het oneens zijn met de premissen, maar dat geldt voor elke redenering. Bij Aristoteles vindt men het kennistheoretische uitgangspunt dat het in normatieve contexten – de ethiek, het recht, de politiek – te veel gevraagd is om op zoek te gaan naar 'ware' premissen. Aannemelijkheid van premissen is dan het beste wat we kunnen bereiken. En dat is precies waar juristen van uitgaan bij het toepassen van het gelijkheidsbeginsel. Omdat we bij de toepassing van rechtsregels steeds geconfronteerd worden met nieuwe, niet voorziene, gevallen moeten we een oplossing zoeken die aanknoopt bij het bestaande recht. Is een drone op relevante punten vergelijkbaar met een vliegtuig? Is een 'virtueel goed' een goed in de zin van artikel 310 Sr? Het enige juiste antwoord is: het hangt ervan af, want we moeten gevallen gelijk behandelen naar de mate van gelijkheid.