



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gender: van analytisch instrument tot discriminatiegrond

Holtmaat, H.M.T.; Loof, J.P.; Lawson, R.

Citation

Holtmaat, H. M. T. (2024). Gender: van analytisch instrument tot discriminatiegrond. In J. P. Loof & R. Lawson (Eds.), *Diverse mensen en gelijke rechten anno 2024: Essays ter gelegenheid van het emeritaat van prof. Titia Loenen als hoogleraar Mensenrechten en diversiteit* (pp. 85-91). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4194924>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4194924>

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

18 | Gender: van analytisch instrument tot discriminatiegrond

Rikki Holtmaat

1 INLEIDING

Titia Loenen en ik begonnen in 1985 onze wetenschappelijke loopbaan samen in een ‘duobaan’. Daarmee gaven we invulling aan de fulltime universitair docent-positie die de Leidse rechtenfaculteit voor de ontwikkeling van het nieuwe vakgebied ‘Vrouw en Recht’ beschikbaar stelde. Aan die pioniersjaren met haar bewaar ik bijzonder mooie herinneringen. Omdat Titia niet alleen juriste maar ook historica is, is een terugblik hier op zijn plaats. Ik beperk me daarbij tot één begrip – ‘gender’ – en zal laten zien dat de betekenis en het gebruik daarvan *binnen het kader van het gelijkebehandelingsrecht* in de loop van die bijna veertig jaar is verschoven.¹ Gender is niet langer alleen een *conceptual tool* waarmee de systemische, structurele aard van discriminatoire patronen in de samenleving kunnen worden opgespoord, het is nu ook erkend als discriminatiegrond. Maar is dat wel een grond die zomaar kan worden toegepast – dat wil zeggen: zonder in aanvaring te komen met enkele belangrijke kenmerken van het bestaande gelijkebehandelingsrecht? Die vraag stel ik aan de orde naar aanleiding van een recent oordeel van het College voor de Rechten van de Mens (CRM).

2 GELIJKHEID, VERSCHIL EN GENDER

Om ‘Vrouw en Recht’ op de kaart te zetten schreven Titia en ik om te beginnen een ‘*Inleiding*’ op dit terrein.² Daarin onderzochten we in welke opzichten de rechtspositie van vrouwen verschilde van die van mannen en welke juridische instrumenten er bestonden om meer gelijkheid te bereiken. Ook ons daaropvolgend promotieonderzoek stond in het teken van ‘verschil en gelijk-

1 Ik beperk me dus tot dit specifieke juridisch discours. Zie voor een bredere analyse: J. Butler, *Wie is er bang voor gender?*, Utrecht: Ten Have 2024.

2 R. Holtmaat & T. Loenen, *Inleiding Vrouw en Recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1989. Een tweede, herziene druk verscheen in 1997: R. Holtmaat & T. Loenen (red.), *Vrouw en Recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

heid'. Terwijl Titia de mogelijkheden onderzocht om binnen de juridische gelijkheidsnorm ruimte voor het m/v-verschil te behouden,³ keek ik naar de manieren waarop dat verschil mede door juridische normen in stand werd gehouden, en zelfs werd gecreëerd.⁴ Daarbij speelde het begrip 'gender' een belangrijke rol. Daarmee werd uitgedrukt dat datgene wat we onder 'man' en 'vrouw' verstaan niet alleen gebaseerd is op het 'biologische sekseverschil' (xy ? xx), maar vooral wordt bepaald door sociaal en cultureel geconstrueerde opvattingen over wat 'mannelijk' en 'vrouwelijk' zou zijn. Het begrip gender opende de ogen voor de structurele en systemische dimensie van de hardnekkige maatschappelijke, sociale, culturele patronen van sekseongelijkheid, die zich ook in en door het recht manifesteren.

Binnen juridische vrouwenstudies werd gender om te beginnen ingezet als een analytisch instrument waarmee je die structurele ongelijkheid kunt opsporen.⁵ De hamvraag was vervolgens: is er ook een juridische norm voorhanden om deze vorm van ongelijkheid effectief te bestrijden? Die norm werd gevonden in artikel 5a van het VN-Vrouwenverdrag (CEDAW).⁶ In 2004 heeft het CEDAW-Comité (in Algemene Aanbeveling 25) erkend dat het Verdrag drie verschillende verplichtingen meebrengt: het garanderen van gelijkheid voor de wet (formele gelijkheid), het bevorderen van *de facto* gelijkheid door rekening te houden met verschil (materiële gelijkheid) en het bestrijden van structurele discriminatie (transformatieve gelijkheid). Zelf heb ik die drietrapsraket verbonden met drie strategieën tegen discriminatie: (1) een *individual rights strategy* (IRS) waarin gelijke rechten worden geclaimd; (2) een *strategy of social support* (SSS) voor het bereiken van meer *de facto* gelijkheid; en (3) een *strategy of social and cultural change* (SSCC), waarin belemmerende of beschadigende genderstereotypen worden opgespoord en waarin ruimte wordt gemaakt voor diversiteit.⁷ Gender is vooral in de derde strategie een sleutelbegrip. Ook in de individuele rechtenstrategie kan het echter een rol spelen door genderstereotypen als oorzaak van (sekse)discriminatie te benoemen en door het gebruik ervan te erkennen als een vorm van discriminatie. Daarmee kan de

3 T. Loenen, *Verschil in Gelijkheid. De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot vrouwen en mannen in Nederland en de Verenigde Staten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992. In haar werk kwam daarna steeds meer nadruk te liggen op diversiteit en mensenrechten, zoals ook tot uiting kwam in de titel van haar leerstoel in Leiden.

4 R. Holtmaat, *Met zorg een recht? Een analyse van het politiek juridisch verzoeg over bijstandsrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

5 H.M.T. Holtmaat, 'Gender, een bruikbare categorie voor een juridische analyse', *Justitiële Verkenningen* 1997/9, p. 64-91.

6 R. Holtmaat, *Naar ander recht en beleid; de betekenis van artikel 5a VN-Vrouwenverdrag voor het uitbannen van structurele genderdiscriminatie*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid / Doetinchem: Reed Business Information 2004.

7 R. Holtmaat, 'Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.M.Th.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*, Deventer: Kluwer 2002.

bewustwording van de kwalijke, vrijheidsbeperkende en stigmatiserende rol die dergelijke stereotypen spelen, worden vergroot. In het kader van individuele non-discriminatieclaims werden genderstereotypen aanvankelijk echter maar mondjesmaat erkend.⁸

3 GENDERIDENTITEIT ALS NIEUWE DISCRIMINATIEGROND

Gender speelt inmiddels een grotere rol in individuele gelijkebehandelingszaken, althans in Nederland. Daarbij heeft zich een belangrijke betekenisverschuiving voorgedaan. Het begrip heeft niet langer uitsluitend betrekking op de sociale en culturele constructie van ‘mannelijkheid’ en ‘vrouwelijkheid’ en de daaruit voortkomende systemische en structurele discriminatie, maar heeft ook een ‘identitaire’ betekenis gekregen. Het gaat er nu (ook) om hoe individuen hun persoonlijke ‘geslachtsidentiteit’ psychologisch en/of gevoelsmatig beleven en zelf vorm willen geven. Gender is een kernbegrip geworden in de strijd voor gelijke rechten van LHBTI en non-binaire personen. Terwijl homoseksuelen, lesbiennes en biseksuelen, die meenden dat ze ongelijk werden behandeld op grond van hun ‘seksuele gerichtheid’, al sinds de invoering van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) in 1994 een rechtsingang hadden via de verbodsnorm van ongelijke behandeling op die grond, hadden trans-, interseks- en non-binaire personen tot voor kort moeite om een aanspraak op gelijke behandeling erkend te krijgen. Dit is formeel veranderd toen in 2020 in de Awgb werd opgenomen dat ‘onder onderscheid op grond van geslacht mede [wordt] verstaan onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie’ (artikel 1, tweede lid Awgb).⁹ De reden daarvoor wordt samengevat in een recent oordeel van het College voor de Rechten van de Mens:

‘Met het nieuwe lid is “beoog[d] te expliciteren dat vrouwen en mannen, en eenieder die op het man/vrouw-continuüm een plaats inneemt die zich niet of moeilijk laat vertalen in het zijn van «vrouw» of «man» in de klassieke opvatting van die termen, onder de bescherming van de Awgb vallen.” (...) Verder volgt uit de toelichting dat “de wet eveneens eenieder die niet voldoet aan de stereotiepe ideeën over hoe mannen en vrouwen eruit zien, spreken of zich gedragen expliciet beschermt tegen het maken van onderscheid voortkomend uit de vooroordelen, de uitsluiting en de vormen van discriminatie waarmee zij worden geconfronteerd. Daarbij kan gedacht worden aan personen die zich zowel man als vrouw voelen; ertussenin of wisselen van gevoel; aan personen die zich niet met een genderidenti-

8 A.S.H. Timmer, *Strengthening the Equality Approach of the ECHR; the Potential of the Concepts of Stereotyping and Vulnerability* (diss. Gent), Gent: Faculty of Law 2014.

9 Wet van 30 aug. 2019, *Stb.* 2019, 302. Dit was al sinds 2018 de praktijk in de Oordelen van het College voor de Rechten van de Mens. Zie oordeel 2018-48, overweging 4.1.

teit identificeren; of personen die zich niet gebonden voelen aan de binaire geslachten en geslachtsrollen.”¹⁰

Deze wetswijziging gaat veel verder dan de erkenning dat het gebruik van genderstereotypen (ook) een vorm van discriminatie is. Het woord geslacht in het gelijkebehandelingsrecht betekent niet uitsluitend meer het ‘zijn’ van ‘man’ óf ‘vrouw’, en/of het *opgelegd krijgen* van stereotype ‘mannelijke’ of ‘vrouwelijke’ rollen of kenmerken – afgaande op *uiterlijke geslachtskenmerken* die bij dat begrippenpaar horen; het omvat nu een in theorie oneindige variatie aan ‘genderidentiteiten’ die mensen zelf mogen kiezen en vormgeven. Het *gevoel*, dat wil zeggen de *innerlijke ervaring of beleving* van een bepaalde genderidentiteit is daarbij maatgevend. Lang leve de vrijheid en de diversiteit, zou je denken. Want wat is er mooier dan dat mensen vrijelijk kunnen bepalen hoe ze zichzelf ervaren en hoe ze zich willen presenteren aan de buitenwereld?

Dit nieuwe, geïndividualiseerde genderbegrip werd toegepast in het hierboven al aangehaalde recente oordeel van het College voor de Rechten van de Mens (CRM).

4 GENDER(ON)GELIJKHEID IN DE SAUNA

Op 15 mei 2024 oordeelde het CRM over een zaak die betrekking had op de toegangsprijs voor een sauna. Op de website van het CRM wordt de casus als volgt samengevat:

‘Steamworks B.V. is een sauna in Arnhem. Op de website staat dat op gemengde dagen de toegang tot de sauna € 32,50 voor mannen is en € 17,50 voor vrouwen. Een persoon informeert bij de sauna wat het tarief is voor non-binaire personen. Steamworks reageert dat je betaalt voor de categorie waar je geslachtsdeel bij hoort. De persoon is non-binair en voelt zich door deze reactie gediscrimineerd omdat die wordt aangemerkt als man en wordt geacht om het duurdere toegangskaartje voor mannen te betalen.’

Het CRM stelt vast dat onderscheid op grond van geslacht, waaronder begrepen onderscheid op grond van genderidentiteit, bij het aanbieden van goederen en diensten in Nederland bij wet verboden is. Het concludeert daarop:

‘Het College is van oordeel dat de persoon is gediscrimineerd omdat Steamworks geen rekening heeft willen houden met diens genderidentiteit en die heeft aangemerkt als een man. Dat de persoon de toegangsprijs voor mannen moest betalen heeft ook als gevolg dat die het duurste kaartje moest betalen. Er is geen aantoonbare reden dat de persoon meer zou moeten betalen voor een toegangskaartje dan

¹⁰ Samenvatting van deze wetsgeschiedenis door het College voor de Rechten van de Mens in Oordeel 2024-41, overweging 6.4.

vrouwen. Ook om deze reden oordeelt het College dat er sprake is van discriminatie.’

Verder is het CRM van oordeel dat Steamworks de persoon heeft gediscrimineerd door de manier waarop is gereageerd op de vraag over de geldende tarieven (bejegening): ‘De reactie is kwetsend en onprofessioneel doordat daarin expliciet is verwezen naar het geslachtsdeel van de persoon.’¹¹

5 EEN PAAR KANTTEKENINGEN BIJ DIT OORDEEL

Het is toe te juichen dat de Nederlandse wetgever het – in weerwil van de uiterst conservatieve en extreemrechtse hetze tegen ‘gender’ waarbij geen middel tot demonisering en verkettering wordt geschuwd¹² – heeft aangedurfd om het binaire m/v-denken te doorbreken en te erkennen dat dit ‘fluïde identiteiten’ zijn. Het is van groot belang dat dit wettelijk is vastgelegd, zeker nu dit extreemrechtse denken ook in Nederland een stevige voet aan de grond heeft gekregen. Desondanks roept de verschuiving van de inhoud van het genderbegrip (van aandacht vragen voor de *structurele aard* van seksediscriminatie naar de *innerlijke beleving* van een persoonlijke genderidentiteit) wel de nodige problemen op. Die hangen samen met hoe het rechtssysteem op grond waarvan individuen aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling (IRS) in elkaar steekt. Dit is niet de plaats om die problemen tot op het bot te analyseren. Ik stip er een drietal aan.

Ten eerste: nu het binaire begrip ‘geslacht’ is opgerekt van man/vrouw naar genderidentiteit is het de vraag welke vergelijkingsmaatstaf moet worden toegepast. De claim dat je *gelijk* behandeld wilt worden, veronderstelt immers dat je je met iemand anders, die een ‘betere behandeling’ heeft gekregen, moet vergelijken (met alle assimilerende effecten van dien).¹³ Maar wie is die ‘iemand anders’ in dit geval? Heeft de non-binaire persoon er recht op om voor alle mogelijke goederen en diensten evenveel te betalen als een vrouw – wat het CRM in dit oordeel lijkt te zeggen? Maar waarom zou juist het lage vrouwentarieef moeten gelden voor een dergelijke persoon? Of moet er een

11 College voor de Rechten van de Mens 15 mei 2024, oordeel 2024-41. De samenvatting is te vinden op: <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2024-41>.

12 Zie Judith Butler (voetnoot 1) voor een beschrijving van deze politisering van gender door rechtsextremistische krachten, waarbij geen middel lijkt te worden geschuwd om dit begrip verdacht te maken en voor te stellen als de grootste crisis die de mensheid op dit moment bedreigt.

13 Hoe problematisch die eis van een vergelijkingsmaatstaf is, heb ik al eens laten zien in het kader van het bestrijden van seksuele intimidatie als een vorm van seksediscriminatie. R. Holtmaat, ‘Sexual Harassment as Sex Discrimination: A Logical Step in the Evolution of EU Sex Discrimination Law or a Step Too Far?’, in: M. Bulterman et al. (eds.): *Views of European law from the Mountain*; Deventer: Kluwer Law International 2009, p. 27-40.

eigen tarief voor non-binaire personen gelden? Wat als er een transpersoon komt die weer een ander tarief eist, of een intersekspersoon die niet gelijk behandeld wil worden aan de non-binaire persoon? Is iedere tariefdifferentiatie mogelijkwijs discriminatoir¹⁴ en dus verboden? Leidt dit uiteindelijk niet tot (een wettelijk opgelegde!) uniformiteit, in plaats van tot meer diversiteit en vrijheid?

Ten tweede: de wetgever heeft vanaf het begin dat discriminatie op grond van geslacht niet alleen als algemene, abstracte grondwettelijke norm, maar ook in specifieke gelijkebehandelingswetgeving werd verboden, erkend dat het soms noodzakelijk kan zijn om rekening te houden met relevante verschillen tussen mannen en vrouwen. Zo kan het nodig kan zijn om vrouwen te beschermen (met name in verband met zwangerschap en moederschap) en kan in een aantal gevallen 'het geslacht bepalend' zijn.¹⁵ De wetgever geeft een limitatieve opsomming van die gevallen (gesloten systeem) in het Besluit Gelijke Behandeling.¹⁶ Het gaat hier onder andere om uitzonderingen ten behoeve van de bescherming van de zedelijkheid van personen onder de 16 jaar (c), seksegescheiden sanitaire voorzieningen, slaap- of kleedruimten (d) of gescheiden sportcompetities (g). Voor zover ik heb kunnen nagaan heeft de uitbreiding van de discriminatiegrond geslacht tot 'genderidentiteit' nog niet tot aanpassing van dit Besluit geleid. Daar is wel reden toe, want juist het bestaan van naar geslacht gescheiden voorzieningen, zoals toiletten en kleedruimtes (maar ik kan me ook voorstellen: sauna's) wordt door trans-, non-binaire en interseks personen als discriminerend ervaren. Dit heeft geleid tot hevige, geëmotioneerde en gepolariseerde discussies. Vrouwen willen wat dat betreft 'veiligheid', andere 'genders' willen 'gelijkheid' – een gelijkheidsclaim die leidt tot de eis van 'genderneutraliteit': dat wil zeggen geen m/v-aanduidingen meer op de deuren. Hoe om te gaan met deze tegenstrijdige belangen? Wie het weet mag het zeggen! En ook hier zien we dat er in plaats van ruimte voor meer diversiteit er juist meer dwingend opgelegde uniformiteit komt.

Ten derde: welke genderidentiteit iemand (voor zichzelf, in de innerlijke beleving) heeft, valt niet op voorhand – dat wil zeggen op grond van uiterlijke kenmerken – vast te stellen. Hoe bot en kwetsend de reactie van de medewerker van Steamworks ook was, ergens is het deze 'dienstverlener' niet kwalijk te nemen dat er gevraagd werd naar enig bewijs van een bepaalde identiteit, zeker als een klant om een 'gunst' (een aangepast of lager tarief)

14 In de pejoratieve zin van het woord; met andere woorden: vervalt hiermee de neutrale betekenis van 'onderscheid maken'? Zie voor deze ontwikkeling R. Holtmaat, 'Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling, principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 3-113.

15 Art. 2 Awgb.

16 Besluit van 18 augustus 1994, *Stb.* 1994, 659.

vraagt. De opmerking over het wel of niet hebben van een piemel wordt door het CRM gekwalificeerd als discriminerende bejegening. Nu is het in veel bejegeningsskwesties al arbitrair wat deze diffamerende kwalificatie verdient (en ligt het gevaar van ‘taalpolitie-spelen’ door de rechter of het CRM levensgroot op de loer), maar in dit geval is het extra lastig. Of en wanneer een dergelijk woord discriminerend is, hangt uitsluitend af van de innerlijke beleving, aldus de klager – én aldus het CRM. In die innerlijke beleving heeft hen geen piemel; of: is het wel bezitten van die piemel voor hen misschien niet belangrijk; of wordt die piemel misschien door hen juist beleefd als een psychisch of lichamelijk ‘obstakel’. (Ook hier: wie het weet mag het zeggen!) Maar hoe moet iemand (in dit geval een sauna-eigenaar) die ‘persoonlijke genderidentiteit’ van hem/haar/hen kunnen zien? En als die identiteit niet te zien is, hoe kan er dan rekening mee worden gehouden? De stap van verboden onderscheid op grond van uiterlijke geslachtskenmerken naar een verbod op het maken van onderscheid op grond van gender, in de betekenis van persoonlijke identiteitskenmerken én de innerlijke beleving daarvan, maakt dat aanbieders van goederen en diensten niet meer kunnen weten hoe ze een klant moeten bejegenen en wat wel of niet discriminatie oplevert. Het kleinste ‘verkeerd gevallen’ woord kan betekenen dat je je bij de rechter of het CRM moet komen verantwoorden. De wetswijziging van 2020 heeft daarmee geleid tot een hoge mate van subjectivering van het discriminatieverbod en daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid. Iets wat mij als zeer onwenselijk voorkomt.

6 TOT SLOT

Let wel: deze kanttekeningen bij dit oordeel mogen niet worden gelezen als argumenten om de wetswijziging van 2020 *an sich* ter discussie te stellen. Wel als argumenten om de constructie van het gelijkebehandelingsrecht kritisch te blijven bevragen: voldoet dat recht (nog) aan de doelen die we ermee willen bereiken? Die doelen zijn wat mij betreft het effectief bestrijden van uitsluiting en onderdrukking én het vergroten van de vrijheid én de ruimte voor diversiteit. Zaken waar Titia zich haar hele loopbaan voor heeft ingezet. Laten we hopen dat een volgende generatie onderzoekers met nieuwe energie en nieuwe ideeën dat werk gaat voortzetten.