

1. Inleiding

Graag zeg ik de organisatoren dank dat ik vandaag de tweede Egbert Schuurmanlezing mag houden voor de kiesvereniging ChristenUnie Stichtse vecht. De heer Schuurman heb ik hoog. Ik kan me herinneren dat ik hem, toen ik pas werkte op de juridische faculteit van de VU, tegen kwam in het kader van het Christelijk Studiecentrum ICS. Dat was in de jaren '70 en begin '80. In diezelfde tijd leerde ik uw secretaris Sander Griffioen kennen. Beiden waren voor mij inspirerend omdat zij niet alleen nadachten over hun vakgebied in relatie tot het christelijk geloof, maar ook omdat zij daar handen en voeten aan gaven voor de samenleving. De reden dat ik hier nu sta is dat Sander Griffioen bij mijn afscheidsrede op de VU in 2012 was, die luidde: vrijheid, gelijkheid en redelijkheid (libertas en aequitas) en dat hij blijkbaar dacht dat dit thema zich leende voor deze avond. Naar ik hoop zal ik aan die verwachting voldoen.

Misschien moet ik nog even uitleggen waarom ik mijn afscheidsrede ook een Latijnse titel heb gegeven: libertas betekent vrijheid en het aardige van aequitas is dat het in de loop der tijd zowel gelijkheid als redelijkheid heeft betekend. Blijkbaar bevinden deze begrippen zich in het Romeinsrechtelijk denken, dat ook eeuwen het Europese rechtsdenken heeft beïnvloed, in dezelfde sfeer. Het leek me goed om hierop de aandacht te vestigen, nu in de huidige tijd het nastreven van gelijkheid niet altijd gepaard gaat met het nastreven van redelijkheid. Daarom is de titel voor de lezing van vandaag: "Gelijkheid voor alles?"

Eerst zal ik in grote passen door de geschiedenis gaan om te bespreken waar het hedendaagse gelijkheidsstreven vandaan komt (2). Daarna ga ik in op de uitwerkingen van het recht op gelijke behandeling in relatie tot de kerk-staatverhouding (3). Dan de relatie van gelijke behandeling tot pluriformiteit (4). Hierna volgt: gelijke behandeling in de overhand (5). Na deze globale observaties ga ik nader in op de Nederlandse regeling ter zake van gelijke behandeling (6); in het verlengde daarvan zeg ik iets over botsing van grondrechten (7) en over de benadering daarvan in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (8). Hoe het toepassen van privaatrechtelijke principes tot redelijker resultaten zou leiden, wordt behandeld in de volgende paragraaf (9). Ik besluit met een conclusie en de vraag hoe christenen hier in moeten staan (10).

2. Het gelijkheidsstreven en de scheiding van kerk en staat in perspectief

Sinds minstens twee eeuwen, zeg maar de Franse revolutie, doet zich in Europa de secularisatie als een belangrijke ontwikkeling voor. Maatschappelijke normen zijn daarbij niet meer gebaseerd op het christelijk geloof en zijn niet meer gericht op de (veronderstelde) christelijke gemeenschap zoals daarvoor, maar zijn gebaseerd op niet-godsdienstige uitgangspunten en gericht op normering van de staat tegenover haar burgers (als individu). Deze secularisatie heeft in ieder geval twee filosofische wortels: het verlichtingsdenken van Kant waarbij de individuele autonomie voorop staat en het democratisch socialisme van Rousseau. Wat de individuele autonomie inhoudt is denk ik wel duidelijk. Bij het democratisch socialisme moet u het zich zo voorstellen dat mens en staat sterk op elkaar zijn aangewezen. De mens moet zich richten op het algemeen welzijn en de staat bepaalt wat het algemeen welzijn is. Dit secularisatiestreven, waarbij de menselijke autonomie en de behoefte om van staatswege doelen en normen aangereikt te krijgen groeit. Deze concepten hebben eigenlijk een tegengestelde richting, maar zoals in dit kabinet te zien is, kunnen ze het samen op een of andere manier goed vinden en gezamenlijk met andere partijen die meer of minder uitgesproken op dit gedachtegoed gebaseerd zijn, vormen zij een behoorlijke meerderheid in het parlement. Bij deze secularisatie past een nadruk op gelijke behandeling van de burgers. Denk aan de Franse revolutieus: liberté, égalité et fraternité. In omstreeks dezelfde periode heeft zich de scheiding tussen kerk en staat voltrokken, die daar ook mee samenhangt (waarschijnlijk is het veeleer zo dat de secularisatie volgt uit de scheiding van kerk en staat) . In de jaren '80 van de vorige eeuw is een en ander in de grondwet neergelegd. In art. 1 is de gelijke behandeling als norm neergelegd en het hoofdstuk over godsdienst is uit de Grondwet geschrapt. De financiële banden tussen de staat en de kerken werden geslaakt.

Overigens is er de laatste tientallen jaren ook wel een andere lijn in de samenleving te ontwaren: de groeiende toestroom van immigranten met hun eigen culturen en geloven. De diversiteit en daarmee de behoefte aan erkenning van eigen cultuur en godsdienst neemt daarmee toe. Deze groepen zijn (grotendeels nog) niet geraakt door de secularisatie. De vraag is of zij in een geseclariseerde maatschappij als de onze

een goed leven kunnen leiden. Dat zij een eigen rechtssysteem zouden kunnen krijgen, ligt weinig voor de hand. Worden zij voldoende beschermd door de vrijheid van godsdienst en van vereniging?

In dit verband moeten we bezien hoe de scheiding tussen kerk (godsdienst) en staat in Nederland is uitgewerkt. De scheiding tussen kerk en staat kent bij ons een redelijk milde vorm. Uitgangspunt is dat kerk en staat elkaars terrein eerbiedigen en zich daar niet op begeven. In Nederland mag - tot nog toe - de godsdienst een zekere rol spelen in de samenleving. In Frankrijk is dat heel anders. De scheiding tussen kerk en staat is daar heel strikt: godsdienst heeft geen plaats in het publiek domein, alleen maar in het privéleven.

Beide landen maken deel uit van Europa en beide benaderingen worden legitiem geacht. Het Europese Hof voor de rechten van de mens meent dat de overheid bij het bepalen wat noodzakelijk is in een democratische samenleving een eigen beleid mag voeren, dat het Europese Hof slechts marginaal toetst.

Het is dus een puur politieke zaak of het parlement en/of de gemeenten de bestaande coöperatieve houding van de overheid ten opzichte van kerken en organisaties met een godsdienstige grondslag handhaaft.

3. Uitwerkingen van het recht op gelijke behandeling in relatie tot de kerk-staatverhouding

Het type kerk-staatverhouding dat in een bepaald land bestaat, heeft overigens ook gevolgen voor de manier waarop het beroep op gelijke behandeling werkt.

In het Nederlandse kerk-staatsysteem kan worden gesteld dat godsdienstige organisaties, omdat zij recht hebben op gelijke behandeling met niet-godsdienstige organisaties, evenveel mogelijkheden op subsidie moeten hebben als de anderen; er moet alleen naar de kwaliteit van 'het product' worden gekeken. Een heel pregnant voorbeeld is het Leger des Heils dat verreweg het grootste deel van de opvang van daklozen voor zijn rekening neemt en daarvoor heel veel geld van het Ministerie van Sociale Zaken krijgt.

In het Franse systeem past het echter niet dat godsdienstige organisaties publieke taken aanpakken, tenzij hun godsdienstig karakter in het geheel niet in de openbare ruimte aan de orde komt. Zo'n organisatie moet zich naar buiten toe dus seculier gedragen.

Een ander voorbeeld van het verschil in benadering is m.i. ook het volgende. In Frankrijk is sinds 2010 een wet van kracht die vrouwen verbiedt in het openbaar gelaatsbedekkende kleding (nikaab, burka) te dragen. Een moslima klaagt erover bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Zij stelt dat zij daarvoor in haar vrijheid van geloof wordt beperkt en wordt gediscrimineerd. Het beroep van de staat op de openbare veiligheid vindt bij het Hof overigens geen gehoor. De Franse overheid wint echter met de stelling dat de beperking is opgelegd vanwege de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, namelijk respect voor de minimumeisen van het leven in een gemeenschap of samenleving. Anderen hebben het recht om te leven in een omgeving van socialisatie, die het samenleven vergemakkelijkt. Aldus verworpt het Hof het beroep van de moslima tegen de wet (EHRM 1 juli 2014, 4385/11 EHRC 2014/208). Omdat er in Europa geen consensus is over dit onderwerp geeft het Europese Hof Frankrijk hier een ruime beleidsvrijheid (margin of appreciation). Wat opvalt is dat Frankrijk een beroep doet op de gezamenlijke normen die voor het samenleven gelden. We moeten elkaar allen in de ogen kunnen kijken en niet worden afgeleid door vreemde (door godsdienst) geïnspireerde kleding. Ze bedoelen daar in feite mee dat godsdienstige uitingen in het openbare domein niet gepast zijn. Zo'n argument "dat de burger het recht heeft om te leven in een omgeving van socialisatie, die het samenleven vergemakkelijkt" zou de Nederlandse overheid denk ik niet snel aanvoeren. Dat is het verschil tussen onze manier van samenleven en die in Frankrijk. Wij staan open voor een zekere pluriformiteit.

4. Relatie van gelijke behandeling tot pluriformiteit

In Nederland kunnen mensen op allerlei grondslagen verenigingen, stichtingen en kerkgenootschappen oprichten, en in de statuten en reglementen uitdrukking geven aan wat zij zich ten doel stellen en hoe zij hun organisatie inrichten. De overheid is daar - anders dan in Frankrijk - niet bij betrokken. Die private organisaties kunnen ook relaties aangaan met overheden. De overheden zijn daarin niet beperkt behalve dat zij de verschillende organisaties gelijk moeten behandelen. Veel private organisaties zijn betrokken bij het leveren van publieke diensten. De pluriformiteit is wat dit betreft een belangrijk kenmerk van de Nederlandse samenleving. De vraag is hoeveel pluriformiteit Nederland zich in Europa kan veroorloven. In dit verband zal allicht bij velen de SGP-affaire te binnen schieten. Die wil ik hier even de revue laten passeren om te zien in hoeverre hier de gelijkheid - van mannen en vrouwen - als burgerlijke norm wordt opgelegd. De zaak draait om de vraag of de Nederlandse staat inbreuk maakt op het VN-Vrouwenverdrag, waaraan Nederland zich heeft verbonden en waarin o.a. staat dat de staten die partij zijn bij het verdrag alle geëigende maatregelen zullen nemen om discriminatie tegen vrouwen in het politieke en publieke leven van het land uit te bannen. Let wel dit is een VN-verdrag, niet een Europees verdrag. De inbreuk zou bestaan uit het subsidiëren van de SGP, die immers in haar beginselprogramma heeft staan dat vrouwen weliswaar gelijkwaardig zijn aan mannen maar niet in vergetenwoordigende lichamen zitting dienen te nemen. Een aantal mensenrechtenorganisaties, met voorop het Clara Wichmann Proefprocessenfonds, vordert bij de rechtbank 's-Gravenhage dat deze verklaart dat de staat in strijd met dit vrouwenverdrag en daarmee onrechtmatig tegenover hen ...en de Nederlandse vrouwen in het

algemeen... handelt, door subsidie te verlenen aan de SGP. De rechtbank 's-Gravenhage kende hen op 7 september 2005 (AB 2005, 398) de vordering toe. De minister van Binnenlandse Zaken weigert op grond van dit vonnis vervolgens subsidie aan de SGP; deze gaat naar aanleiding van deze beslissing in beroep bij de Raad van State en krijgt daar gelijk. De Raad van State oordeelt dat gezien de mogelijkheden voor vrouwen - ook SGP-vrouwen - in de samenleving en gezien de gewenste pluriformiteit in de samenleving en in het parlement, de SGP niet geacht kan worden met de democratische rechtsorde in strijd te zijn.

Het Hof 's-Gravenhage oordeelde echter enkele weken later in het hoger beroep tegen het vonnis van de Haagse rechtbank in de civiele procedure, dat de staat wel degelijk onrechtmatig handelt tegen het Proefprocessenfonds en consorten. Het hof heeft overigens wel een heel beperkte kijk op wat godsdienst inhoudt. Zo overweegt het: 'Men kan niet zeggen dat het vrouwenstandpunt een directe uitdrukking van de geloofsopvattingen van de SGP is' en 'De SGP kan haar geloof toch net zo uitdragen wanneer de vrouwen wel passief kiesrecht hebben?' en ten slotte: 'Het staat de SGP toch vrij haar statuten zo te wijzigen dat het probleem is opgelost?' Dat laatste is inderdaad waar, maar de vraag is wat de SGP dan moet opgeven.

Alle drie partijen gaan in cassatie. De Hoge Raad (HR) kiest op 9 april 2010 (NJ 2010, 388) voor een andere benadering dan de Raad van State of het hof 's-Gravenhage. Om te beginnen stelt de HR dat het VN-Vrouwenverdrag geen 'margin of appreciation' toelaat. Het democratische recht om te stemmen en verkozen te worden is zo wezenlijk voor de democratie dat afwijking van het VN-Vrouwenverdrag niet geduld kan worden op grond van de vrijheid van godsdienst, zo stelt de HR. Hij ontkent niet dat de SGP die opvatting over het vrouwenkiesrecht heeft op religieuze gronden. De Hoge Raad stelt dat de SGP vanuit haar godsdienstige opvattingen tot bepaalde beginselen en programma's kan komen – o.a. betreffende het vrouwenkiesrecht – maar dat er slechts praktische uitvoering aan die programma's en beginselen kan worden gegeven met inachtneming van wetten en verdragen. Dat laatste doet de SGP klaarblijkelijk niet door haar vrouwenstandpunt in het Program van Beginselen te formuleren en daaraan ook bij de kandidaatstelling binnen de partij vorm te geven. De staat handelt daarom volgens de HR inderdaad onrechtmatig tegenover het Clara Wichmann Proefprocessenfonds door geen maatregelen te nemen tegen de SGP. De Hoge Raad voelde zich blijkbaar niet vrij te redeneren zoals de Raad van State. Enige tijd later doet de SGP een beroep op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, met de stelling dat de staat Nederland inbreuk maakt op de vrijheid van godsdienst en van vereniging van de SGP. Omdat de staat Nederland nog geen maatregelen tegenover de SGP heeft genomen is de gang naar het Europese hof prematuur en verwerpt zij het beroep van de SGP (EHRM 10 juli 2012, EHRC 2012/183). Het hof wil er desalniettemin wel iets over zeggen. In de eerste plaats benadrukt het hof dat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) uitgaat van democratie als enig politiek stelsel dat met het EVRM compatibel is. Het EHRM maakt ongevroegd expliciet duidelijk dat het EVRM en het VN-Vrouwenverdrag wat dit betreft op een lijn zitten. Mijns inziens zou het hof nu hebben kunnen volstaan met de conclusie dat het standpunt van de SGP inzake het passief vrouwenkiesrecht in strijd is met de door het EVRM beleden fundamentele democratische beginselen, namelijk kiesrecht voor iedereen, en daarmee onacceptabel is.

Op zich kan ik mij dat voorstellen – de democratie moet zich niet door ondemocratische partijen laten bedreigen – al lijkt het wat overtrokken om een kleine partij als de SGP als een bedreiging van de democratie te zien. Een andere redenering die het hof had kunnen volgen, is te stellen dat het oordeel betreffende de afwijking van de vrijheden van vereniging en godsdienst tegenover het gelijkheidsbeginsel door de Hoge Raad binnen de 'margin of appreciation' die de Nederlandse staat toekomt is gebleven. Dat doet het EHRM niet, ten onrechte.

U weet hoe het is afgelopen. De Nederlandse regering drong er bij de SGP op aan om zelf een oplossing te vinden. Deze heeft daartoe niet de statuten maar een reglement gewijzigd waardoor verkiesbaarheid niet meer is voorbehouden aan mannen.

Wat me in de uitspraak van het EHRM echter verontrust, is dat het hof zegt dat gelijkheid van seksen 'heden ten dage' (today) een hoofddoel is van de staten die bij de Raad van Europa zijn aangesloten. Daar komt bij, zo zegt het hof, dat de bevordering van de gelijkheid van seksen op dit moment (nowadays) de Staat verhindert om - überhaupt - subsidie te verlenen aan organisaties waarin vrouwen worden achtergesteld. M.i. gaat het EHRM veel verder dan zij als rechtelijk college dient te gaan. Moeten culturele en godsdienstige minderheden waarin vrouwen niet (geheel) gelijk worden behandeld beseffen dat zij niet meer van deze tijd zijn en dat er geen rekening meer met hen kan worden gehouden? Hebben staten niet een 'margin of appreciation' hoe ze met deze groepen omgaan? Is hier nog wel een afweging van de vrijheid van godsdienst en van het recht op gelijke behandeling mogelijk? Wordt hier pluraliteit bevorderd of gaat het toch om het extra steun geven aan de meerderheid in plaats van bescherming van de minderheid?

5. Gelijke behandeling in de overhand

De trend van het, ten koste van andere waarden, doorvoeren van gelijke behandeling komt ook in Nederland naar boven. Een wetsvoorstel inzake het verbieden van gelaatsbedekkende kleding, zoals dat in Frankrijk geldt - en in België - is enkele jaren geleden ingediend, maar daar is al een tijd niets van gehoord. Ook hier is het de Raad van State die bezwaar maakt, maar het parlement kan er desondanks mee verder gaan.

Zo is het ook gegaan met de initiatiefwet om de weigerachtige trouwambtenaar uit te bannen. In 2012 is er een initiatiefwetsvoorstel door D66 ingediend waarbij ambtenaren bij hun aanstelling zich moeten verplichten de gelijke behandeling van de algemene wet gelijke behandeling in acht te nemen. De Raad van State vindt het onnodig en overbodig. Zijn redenering is dat de gemeente moet zorgen dat het homohuwelijk moet kunnen worden gesloten; wie dat doet is niet de zaak van het paar. In de praktijk was er veelal een oplossing gevonden in het overslaan van betrokken gewetensbezwaarden vanuit het goed Hollandse principe: leven en laten leven. Het gaat, zo blijkt uit de discussie in de kamer vanuit de seculiere partijen om een principiële zaak. Vanuit de christelijke partijen is er steeds op gewezen dat er praktisch geen problemen zijn. Er vindt, zo werd in mei van dit jaar terecht door het SGP-Eerste Kamerlid Holdijk opgemerkt, een verschuiving van normatieve opvattingen over het gewicht van de waarde van gelijkheid plaats.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zal hier de weigerambtenaar niet in bescherming nemen. Het hof zal dit nader regelen van het antidiscrimineren toejuichen. Ook zonder wettelijk regeling daaromtrent is een ontslag van een weigerambtenaar volgens het Hof - in een arrest van 15 januari 2013 (EHRC 2013/67) - acceptabel omdat het is ingegeven door antidiscriminatiebeleid en omdat het een proportionele sanctie is. Dat laatste zal niet altijd zo zijn als er maar heel weinig weigeraars en veel niet-weigeraars zijn. Het zou mij niet verbazen wanneer allerlei regelingen voor gewetensbezwaarden ook op andere terreinen hun langste tijd hebben gehad.

Raken we nu alle tradities van onze samenleving, ook de oude onschuldige, onder internationale druk kwijt? Hoewel het onderwerp niet zo heel veel met het thema van mijn lezing te maken heeft, kon ik het niet laten om ook de Zwarte Pietzaak erbij te nemen. Daarbij heb ik mij beperkt tot de uitspraak van de Amsterdamse bestuursrechter van 3 juli 2014, (AB 2014/283). Door een aantal belanghebbende zwarte mensen (blanken werden niet ontvankelijk verklaard) werd bezwaar gemaakt tegen de beschikking van de gemeente Amsterdam uit 2013 om een evenementenvergunning te verlenen aan een stichting die het Sinterklaasfeest [d.w.z. de intocht] in Amsterdam organiseert. Daarbij werd o.a. een beroep gedaan op art. 1 Grondwet (recht op gelijke behandeling) en op het recht op een persoonlijke levenssfeer, een in art. 8 EVRM en art. 10 Grondwet beschermd grondrecht. Volgens klagers schuilt de ongelijke behandeling in het feit dat de gemeente bij de verlening van de vergunning geen rekening heeft gehouden met de gevoelens van de zwarte mensen die last hebben van het verschijnsel zwarte Piet. Haat zaaiende en kwetsende uitlatingen zijn discriminerend. Met de wens van blanken op een zwarte Piet als vanouds is wel rekening gehouden. De rechtbank Amsterdam verklaarde echter dat hier geen sprake was van discriminatie. Er was geen ongelijke behandeling naar ras bij het evenement.

Wel meent de rechtbank dat er eventueel inbreuk op ongestoord privéleven kan zijn gemaakt door de negatieve stereotypering van zwarte mensen. Door het Sinterklaasfeest kunnen mogelijk minderwaardigheidsgevoelens van de zwarte mens worden opgeroepen. De gemeente heeft de mogelijke strijd van de beschikking met de vrijheid van privéleven in art. 8 EVRM niet beoordeeld. Daarom is besluit niet zorgvuldig voorbereid en ondeugdelijk gemotiveerd en wordt vernietigd. Het beroep hiertegen van de gemeente bij de Raad van State slaagt. Volgens de Raad van State (12 november 2014) is de burgemeester alleen bevoegd om te toetsen aan de openbare orde en veiligheid maar is hij niet bevoegd om over inbreuk op grondrechten te oordelen.

De rechtbank oordeelde al dat voor de gemeente er een beoordelingsruimte bestaat om met de negatieve gevoelens ten aanzien van Zwarte Piet om te gaan, de Raad van State meent dat de gemeente zelfs alleen mag letten op openbare orde en veiligheid.

6. De Nederlandse regeling ter zake van gelijke behandeling

Tot zover enige globale observaties over het doorvoeren van het beginsel van gelijke behandeling. Nu wil ik iets meer specifiek juridisch naar de geldende regeling in Nederland kijken. Voor ik verder ga wil ik meer juridisch kijken naar de betekenis van gelijkheid.

De fundamentele norm voor gelijke behandeling staat in art. 1 van de Grondwet. Daar staat: allen die zich in Nederland bevinden worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of welke grond ook, is niet toegestaan. In het Europese Verdrag voor de rechten van de mens is een enigszins andere insteek betreffende gelijke behandeling: zie art. 14: "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, politiek of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status."

Dit is ook in Nederland geldend recht, zelfs van iets meer gewicht dan Nederlandse wetten (en de Grondwet). In eerste instantie is gelijke behandeling een overheidsplicht, de norm geldt ook zoveel mogelijk in verhoudingen tussen burgers en tussen burgers en private organisaties. Of het passend is deze ook in horizontale verhoudingen – tussen burgers – te hanteren is de vraag. Als het om normen gaat die als algemeen geldende normen voor behoorlijk handelen kunnen worden beschouwd, kunnen deze in horizontale relaties een rol spelen.

De horizontale werking van het recht op gelijke behandeling komt met name tot uitdrukking in de Algemene Wet Gelijke Behandeling van 1994. Daarin wordt verboden onderscheid te maken bij het aanbieden van diensten en goederen en in het onderwijs op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat

Het is niet zo dat iedere ongelijke behandeling verwerpelijk is. Dat zou te ver gaan. De gedachte achter het verbieden van discriminatie is dat moet worden tegen gegaan dat mensen door de behandeling van anderen niet in hun zelfbeschikkingsrecht worden erkend, of dat ze systematisch worden uitgesloten (zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Gelijkheid in waardigheid*, RM Themis 2003, p. 196 e.v., m.n. 203-204, H.M.T. Holtmaat, *De grenzen aan de gelijkheid*, oratie Leiden 2004, p. 10 en 17 en A. Terlouw, *Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving*, 2010, p. 9). Gelijkheid wil dan de vrijheid van mensen bevorderen. Maatschappelijke uitsluiting wordt doorbroken; je moet je eigen leven in de maatschappij kunnen leiden. Dat in die gevallen ook burgers en maatschappelijke organisaties zich moeten onthouden van discriminatie omdat dit maatschappelijk onzorgvuldig is, lijkt mij redelijk.

De toepassing van de Algemene Wet Gelijke Behandeling gaat echter wel wat verder dan het tegengaan van maatschappelijk onrecht.

Volgens de AWGB is direct onderscheid zonder meer verboden. Bij indirect onderscheid heeft het beweerde slachtoffer een bewijslastvoordeel. Er wordt niet nagegaan of de betrokkene werkelijk belang heeft bij het beroep op gelijke behandeling en of er werkelijk materiële of immateriële schade is.

Zie bijv. het geval van de boekhandel Paagman uit 2013 die alle moeders op Moederdag een gratis kopje koffie aanbiedt. De man die klaagt dat dit verboden onderscheid op grond van geslacht is, krijgt van het College voor de Rechten van de Mens gelijk! (zie College voor de rechten van de mens 16 december 2013, nr. 2013-163) De boekhandel kon niet bewijzen dat het geen onderscheid naar geslacht was en dus was het verboden.

7. Botsing van grondrechten

Vaak is er sprake van botsing van grondrechten, bijvoorbeeld van enerzijds het recht op gelijke behandeling en bijvoorbeeld anderzijds de vrijheid van godsdienst en/of de vrijheid van vereniging. Hoe moet het dan? Om te beginnen: grondrechten zijn nooit absoluut. In het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens staan in de desbetreffende artikelen vrijwel steeds een lid 2 dat begint met: de vrijheid... kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die bij wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Samenvattend, een beperking van een grondrecht is toegestaan wanneer deze op redelijke en objectieve gronden berust.

De formulering “in een democratische samenleving noodzakelijk” is nogal arbitrair en zeker niet eenduidig. Dat is ook niet de bedoeling; de bij het verdrag aangesloten landen hebben hier hun eigen beleidsruimte (margin of appreciation) betreffende wat zij in hun samenleving noodzakelijk vinden. In Nederland is dat dus soms iets anders dan in Frankrijk, zo zagen we al.

Er is in principe geen rangorde in grondrechten. Dat betekent dat bij een botsing naar de omstandigheden van het geval moet worden gekeken en moet worden afgewogen. Bij een botsing van het recht op gelijke behandeling met andere grondrechten weegt het eerste recht derhalve niet zonder meer zwaarder. Er moet steeds een afweging van gronden plaatsvinden.

8. De benadering van de botsing van grondrechten in de Algemene Wet gelijke Behandeling

In de Algemene Wet Gelijke Behandeling is echter op verschillende manieren al door de wetgever een afweging gemaakt.

Zo is de wet niet toepasselijk op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede andere genootschappen op geestelijke grondslag en op het geestelijk ambt (art. 3 AWGB).

De vrijheid van godsdienst wordt hier voorop gesteld. Dat is mooi maar dan moet het college de eigen regulering van de kerk ook erkennen. Het is dan in dit verband niet passend dat het college gelijke behandeling destijds oordeelde dat een pensioenfonds dat een zelfstandig onderdeel van de rooms-katholieke kerk was, niet viel onder de vrijstelling omdat dit onderdeel niet geestelijk was. Vervolgens concludeert de Commissie Gelijke Behandeling dat er sprake is van discriminatie wanneer het pensioenfonds als eis voor deelname stelt dat betrokkene celibatair leeft (zie hierover A.P.H. Meijers, *Ars Aequi* 2003, p. 84 e.v)

Als het niet onder de uitzondering valt, is er bij direct onderscheid helemaal geen afweging tussen vrijheden meer, maar geldt alleen het recht op gelijke behandeling.

Wanneer het recht op gelijke behandeling wordt ingeroepen tegen een private organisatie kan er wellicht een conflict ontstaan met de vrijheid van vereniging.

De Commissie Gelijke Behandeling (thans College voor de Rechten van de Mens) oordeelde vanouds alleen over eventuele discriminatie bij het aanbieden van goederen en diensten door de private organisaties. In 2006 gaat de Commissie echter verder. Zie CGB oordeel 2006-258, met noot van B.P. Vermeulen in J.H. Gerards, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, *Gelijke behandeling, Oordelen en commentaar 2006*, p. 384 e.v. Nu worden de statutaire eisen van die organisaties ook getoetst op ongeoorloofde discriminatie. Onderscheid is slechts geoorloofd wanneer dit samenhangt met het doel van de vereniging. Als de discriminatie niet voortvloeit uit het doel, is zij ongeoorloofd. Overigens: tot nog toe vallen organisaties die geen zakelijk of open karakter hebben niet onder de Algemene Wet Gelijke Behandeling.

De vraag is of de Commissie of thans het College bij het beoordelen van de relatie van de ongelijke behandeling met het doel van de organisatie de vrijheid van vereniging in acht neemt.

Ik neem hier twee voorbeelden:

De Koninklijke Nederlandse Hockeybond heeft een, in overleg met de belanghebbende clubs, ontworpen reglement waarin ten aanzien van spelers van buiten de Europese Economische Ruimte (EER) is bepaald dat de club die zo'n speler in een wedstrijd inzet aan de bond toont dat deze de nodige overheidsvergunningen heeft en van de bond bevestiging heeft gekregen dat het in orde is. Voor spelers van binnen de EER geldt dit niet. Als een club speelt met niet-EER-spelers zonder bondsbevestiging, krijgt deze een boete en worden drie wedstrijdpunten afgetrokken. Op zekere dag speelt een club met niet-EER-spelers zonder bondsbevestiging en krijgt zoals te verwachten valt de bekende sancties opgelegd. De club vreest hierdoor te degraderen en verzoekt de Commissie Gelijke Behandeling om te verklaren dat de regeling in strijd is met de Algemene Wet Gelijke Behandeling wegens discriminatie op grond van nationaliteit. De Commissie geeft de club gelijk (CGB Oordeel 2012-63). Zij stelt dat er geen verband is tussen het doel van de bond en de ongelijke behandeling wegens nationaliteit.

Het tweede voorbeeld is de invoering van een kledingregeling, inclusief een hoofddoekverbod door een rooms-katholieke middelbare school in Volendam. Voor bijzondere scholen geldt in de wet een gematigd regime; zij mogen wel leerlingen ongelijk behandelen op grond van godsdienst Vgl. art. 7 lid 2 AWGB. De Commissie Gelijke Behandeling toetst echter of dat wel serieus is. Zij heeft daarvoor als criterium ontwikkeld dat de kledingvoorschriften uit doel en aard van de bijzondere school ter waarborging van de identiteit moeten voortvloeien en dat de school daarbij een consistente gedragslijn moet voeren (zie CGB Oordeel 2007-61). In het geval van de Volendamse katholieke school werd de school op verzoek van de vader van een leerling die een hoofddoek wilde gaan dragen door de Commissie van verboden onderscheid beschuldigd, omdat de school niet een consistent beleid voerde. De Commissie Gelijke Behandeling gaf de vader gelijk (CGB Oordeel 2011-2).

In beide gevallen wordt door de commissie geoordeeld los van de organisatorische regeling van bevoegdheden van de organen van de desbetreffende organisatie (zowel bij de hockeybond als bij de katholieke schoolstichting). In beide gevallen wordt ook een beroep op de rechter gedaan.

De hockeybond had aangegeven dat ze deze eis stelde om een ordelijk verloop van de hockeysport te bevorderen en competitievervalsing te voorkomen. De hockeybond acht het oordeel van de commissie niet juist en houdt vast aan de regeling en aan de beslissing. De club – die overigens niet degradeert – gaat daarop naar de rechtbank Utrecht en deze bevestigt het oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling en stelt dat het reglement van de KNHB in deze nietig is wegens strijd met dwingend recht (Rb. Utrecht 29 augustus 2012, LJN BX5810). De rechtbank zegt onder andere dat het wel kan zijn dat het voorkomen van competitievervalsing en het bevorderen van een ordelijk spelverloop het doel is van de regeling, maar dat is bij het maken van direct onderscheid door een sportinstelling niet relevant. Het is duidelijk dat een dergelijke benadering van de gelijke behandeling voor private organisaties funest werkt. Hier wordt de eigen verantwoordelijkheid van een private organisatie voor de verwezenlijking van haar doel niet erkend.

Dat liep beter bij de gang naar de rechter in het geval van de verboden hoofddoek op school.

De school veranderde ondanks de uitspraak van de commissie gelijke behandeling haar beleid niet en handhaafde de kledingvoorschriften. De vader klaagde toen de school op grond van onrechtmatige daad aan bij de kantonrechter. Deze oordeelde dat het aan het schoolbestuur is om te beslissen of het door middel van dit kledingvoorschrift de katholieke identiteit wil beschermen. Het bestuur had ook anders kunnen beslissen, maar op zich was de beslissing gezien de grondslag van de school aanvaardbaar. De rechter zal slechts ingrijpen wanneer geen redelijk oordelende school een dergelijk besluit had kunnen nemen, aldus de kantonrechter (Ktr. Haarlem 4 april 2011, LJN BQ0063). De rechter toetst dus marginaal. Wanneer er sprake zou zijn ge-

weest van willekeur tegenover de leerling zou het onrechtmatig zijn. Dat deed zich hier niet voor. In appèl benadert het hof de kwestie op dezelfde wijze en komt tot hetzelfde standpunt (Hof Amsterdam 6 september 2011, LJN BR6764). De gelukkige omstandigheid was dat voor het onderwijs niet de strikte regel bestaat.

9. Hoe het toepassen van privaatrechtelijke principes tot redelijker resultaten zou leiden

De benadering van deze laatste rechters, dat begrijpt u, spreekt mij als privatist en rechtspersonenrecht-man veel meer aan. Hier wordt het privaatrechtelijk-rechtspersonenrechtelijk systeem in acht genomen en daarmee ook recht gedaan aan de vrijheid van vereniging. Wellicht past het wel om hier het begrip soevereiniteit in eigen kring te laten vallen.

Bij de beoordeling van (rechts)handelingen zal de rechter bij de toepassing van burgerlijk recht, doel en aard van de private organisatie mee in beschouwing nemen.

Het aanknopingspunt voor een oordeel over de vraag of de organisatie in strijd met de gelijke behandeling heeft geopereerd is veelal een besluit van een orgaan van de organisatie. Als door een lid of iemand anders die bij de organisatie is betrokken wordt beweerd dat een besluit ten aanzien van hem/haar in strijd met de redelijkheid en billijkheid is genomen, dan zal de rechter alleen tot vernietiging van zo'n besluit overgaan, wanneer het desbetreffende orgaan in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen (marginale toetsing) (zie reeds N. Okma, Misbruik van recht, 1946, p. 108 e.v). Dan toetst de rechter dus niet wat hij zelf redelijk of doelmatig vindt.

Ook bij een actie op grond van onrechtmatige daad tegen (een orgaan van) een rechtspersoon zal de rechter bezien of de rechtspersoon in redelijkheid, gezien alle omstandigheden tot de desbetreffende daad/handeling had kunnen komen.

De rechter beoordeelt dus alleen de rechtmatigheid en niet de doelmatigheid van het handelen van (het orgaan van) de rechtspersoon. Daarmee respecteert de rechter de vrijheid van vereniging (en zo nodig van godsdienst).

Dit sluit ook aan bij het leerstuk van misbruik van recht. Een orgaan kan zijn bevoegdheid misbruiken wanneer hij zijn bevoegdheid voor een ander doel gebruikt dan waarvoor is bedoeld of waarbij hij in strijd handelt met het belang/doel van de rechtspersoon. Ook hierbij toetst de rechter marginaal en eerbiedigt de bevoegdheid van de rechtspersoon om zijn eigen verantwoordelijkheid hierover uit te oefenen. De rechter doet dit ook ten opzichte van de overheid (denk aan de Zwarte Piet uitspraak).

Door de sanctie van nietigheid bij een direct onderscheid ingevolge het systeem van de Algemene Wet Gelijke Behandeling is voor de private organisatie een beroep op haar doel en aard uitgesloten, en kan niet een afweging tussen het belang van de organisatie bij dit 'onderscheid' en het belang van de betrokkene worden gemaakt. Ware dat anders, dan zou - waarschijnlijk - de Hockeybond nu niet met de gebakken peren hebben gezeten.

Terzijde moet het me van het hart dat toepassing van de Algemene Wet Gelijke Behandeling op Zuid-Afrikaanse en Australische hockeyers die wat bij willen verdienen en het leuk vinden om hier mee te hockeyen, grenst aan oneigenlijk gebruik. Hier gaat het toch niet om mensen die maatschappelijk worden buitengesloten en eerst dankzij de wet maatschappelijk mee mogen doen.

De gelijke behandelingswetgeving leidt er zo toe dat de vrijheid van vereniging en van godsdienst een mindere rang krijgen zonder dat daar een rechtvaardiging voor is, terwijl een regulering van de gelijke behandeling waarbij afweging plaatsvindt van dit recht met andere vrijheden tot een redelijker resultaat leidt. Bij een College voor de Rechten van de Mens zoals de Commissie Gelijke Behandeling is gaan heten, zou men nog eerder een afweging van de mensenrechten verwachten, maar de opstelling van deze instantie lijkt niet veranderd. Dit vraagt echter om een principiële ingreep in de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Wanneer dit voor de rechter mogelijk maakt om op de hem vertrouwde wijze de standpunten van partijen te wegen en daarbij het uitoefenen van (statutaire) bevoegdheden marginaal te toetsen, wordt het recht op gelijke behandeling m.i. beter op zijn plaats gezet.

10. Een conclusie en de vraag hoe christenen hier in moeten staan

Daarmee is het Europese antidiscriminatiestreven, waarin voor afwijkende standpunten in feite geen ruimte is, nog steeds aanwezig. Naar ik hoop, maar echt gerust ben ik er niet op, zullen we in Nederland ook in de wetgeving ruimte voor pluriformiteit houden. Anders schuiven we als vanzelf in het type strikte kerkstaatscheiding, zoals we die in Frankrijk kennen.

Moeten we dat als christenen erg vinden. In het voorgesprek voor deze avond had ik geopperd dat ik ook iets zou zeggen over hoe je als christen daar in zou kunnen/moeten staan. Later bedacht ik mij dat dit voor een bijeenkomst van een kiesvereniging van de ChristenUnie overbodig is. U heeft er immers voor gekozen om

zich in de politiek als christen te laten zien. U meent dat uw argumenten en de belangen die u dient, in het publieke domein thuis horen en niet alleen bij de keukentafel. Het heeft geen zin u het nut hiervan voor te houden. Wel wil ik u als observatie meegeven dat het ook Nederlandse christenen zijn geweest die hebben meegewerkt om de SGP te dwingen het vrouwenkiesrecht tegen de geloofsopvattingen van die partij en haar leden in te voeren. Als ik er zo over nadenk begrijp ik wel weer iets beter de houding van de theoloog Van der Beek die zegt, in navolging van Origines, dat je je als christen helemaal niet in overheidsdienst - en neem ik aan ook niet in de politiek - moet begeven. Je wordt dan verleid om macht uit te oefenen en dat moet je niet willen. Je moet je op Gods rijk richten, die is van andere orde dan de rechten van de mens (zie o.a. A. van de Beek: *To be free religion should keep herself free*, p. 215 e.v. in A. van de Beek, E.A.J.G. van der Borgh & B.P. Vermeulen, *Freedom of religion*, 2010).

Op dit punt lijkt het me passend om enkele passages uit de Bijbel aan te halen. Duidelijk is dat we niet gelijkvormig aan de wereld moeten worden - in de NBV: ons niet moeten aanpassen aan (Romeinen 12:2) en dat wij niet de geest der wereld hebben ontvangen (1 Cor. 2:12). Er zijn dus wel aanwijzingen voor een zeker afgescheiden blijven.

Anderzijds is de norm om anderen gelijk te behandelen ook aanwezig: in Christus is geen onderscheid meer tussen Grieken of Joden, besnedenen of onbesnedenen, barbaren, skythen, slaven of vrijen (Col. 3:11) en de mooie passage in Jacobus 2:3-4 over het ongeoorloofd onderscheid dat iemand zou maken als hij een rijk man anders zou welkom heten dan een arme.

Van der Beek is bevreesd dat de overheid door de toekenning van mensenrechten een beetje voor God speelt en zelf de burgers een semi-godsdienst oplegt. Hierboven gaf ik aan dat de overheid met name in haar gelijkheidsstreven wel eens die kant op gaat. Maar haar streven moet zijn een goede evenwichtige samenleving. Van der Beek meende aanvankelijk dat een multiculturele samenleving waarin iedere groep/godsdienst zijn eigen normen kan stellen en handhaven een oplossing zou zijn. Door contacten met juristen werd hem snel duidelijk dat dat erg moeilijk te realiseren is. Toen kwam hij uit bij de keuze voor een strikte scheiding tussen kerk en staat. De staat moet niets over de kerk te zeggen hebben en de kerk moet zich niet met publieke zaken bezig houden. Op heel andere gronden, namelijk om de kerk te redden, komt hij op het zelfde standpunt uit als Cliteur, die de staat wil redden.

De vraag is of het proberen om een pluriforme samenleving vorm te geven met ruimte voor christelijke waarden en andere waarden tegen het gelijkheidsstreven in, nog perspectief biedt. Het zou al mooi zijn als we de verhoudingen in de AWGB konden veranderen.