

Vergaderjaar 2009–2010

**32 411**

**Voorstel van wet van de leden Van der Ham, Azough en Timmer houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot toevoeging van handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond**

**Nr. 3**

**MEMORIE VAN TOELICHTING**

**I. ALGEMEEN**

*1. Inleiding*

De gelijkwaardigheid van mensen is een van de fundamentele beginselen van onze rechtsorde. Bij de Grondwetherziening in 1983 werd het gelijkheidsbeginsel neergelegd in het eerste artikel. Na de zinsnede dat allen in gelijke gevallen gelijk behandeld worden, werd een tweede toegevoegd waarin het verbod op discriminatie wordt uitgedrukt. Het erkent en verankert ieders gelijkwaardigheid én individualiteit. Tijdens de Kamerbehandeling van de huidige Grondwet sprak toenmalig minister van Binnenlandse Zaken Van Thijn over artikel 1 als «de vlag op de nieuwe Grondwet». Hiermee onderstreepte hij de grote waarde van het non-discriminatie-artikel.<sup>1</sup>

Bij het discriminatieverbod werd uiteindelijk gekozen voor een open formulering. Discriminatie werd verboden «op welke grond dan ook». Een vijftal kenmerken – godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht – werd daarbij echter expliciet benoemd als «bij voorbaat verdachte discriminatiegrond».

Dit wetsvoorstel dient tot het toevoegen van de gronden «handicap» en «hetero- of homoseksuele gerichtheid». Toevoeging van deze gronden aan artikel 1 Grondwet geeft een sterk signaal af, enerzijds als bevestiging en verankering van hetgeen reeds bereikt is op het vlak van participatie van mensen met een functionele beperking en de gelijke behandeling tussen hetero's en homo's, anderzijds deze zaken te bewaken, en voorts aan te sporen deze verder te verbeteren.

Voor deze wijziging is in het verleden meermaals gepleit, zowel in de Tweede Kamer als door maatschappelijke organisaties. In 2001 werd de motie-Rouvoet c.s. aangenomen, waarin de Kamer zich uitsprak voor het opnemen van de grond handicap. Organisaties zoals de Chronisch zieken en Gehandicapten Raad Nederland (CG-Raad) en de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) hebben hier ook voor gepleit. Ook voor de toevoeging

<sup>1</sup> Kamerstukken II, Handelingen 1981–1982, p. 281.

van «hetero- of homoseksuele gerichtheid» is regelmatig gepleit. Niet alleen de CGB en het COC, ook het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) adviseerde om seksuele gerichtheid op te nemen in artikel 1 Grondwet.

Als voldoende reden om gronden toe te voegen aan artikel 1 van de Grondwet wordt doorgaans genoemd dat er maatschappelijke en juridische noodzaak toe bestaat. De indieners zijn van mening dat deze noodzaak er is. De participatie van mensen met een handicap blijft een punt van zorg en verdient aanhoudende aandacht. Daarnaast is de tolerantie, acceptatie en gelijke behandeling tussen hetero's en homo's geen vanzelfsprekendheid. Expliciete opname in de Grondwet biedt hiertoe een bijzondere waarborg. Het moedigt ook aan om middels (nieuwe) wetgeving blijvende zorg te dragen om ongelijkheid van kansen weg te nemen. Bovendien heeft expliciete opname in de Grondwet een werking voor onderling maatschappelijk verkeer en draagt het bij aan de herkenbaarheid van de Grondwet.

De indieners constateren dat de bezwaren die geuit zijn bij de totstandkoming van het huidige artikel 1 Gw zijn vervallen. Bij de grond handicap was het voornaamste bezwaar dat de term «gelijke behandeling» bij handicap niet dienstig zou zijn omdat bij iemand met een handicap juist een extra inspanning nodig is om op de zelfde wijze te participeren. Indieners constateren dat de wetgeving en de jurisprudentie inmiddels zo verder gevorderd is dat dit bezwaar niet meer geldt. Voor het toevoegen van de grond «hetero- of homoseksuele gerichtheid» werd destijds aangevoerd dat die grond nog niet voldoende paste bij «heersende overtuigingen». Indieners constateren dan sinds de totstandkoming van het huidige artikel de gelijke behandeling zowel in wetgeving als in maatschappelijk draagvlak juist is versterkt. Indieners menen dat ook dit toen genoemde argument niet meer volstaat.

Ten slotte constateren de indieners dat expliciete opname van de twee bepleite gronden in de Grondwet past in een internationale ontwikkeling. Andere landen en organisaties hebben sinds de totstandkoming van het huidige artikel ook de gronden «handicap» en «hetero- of homoseksuele gerichtheid» opgenomen.

De genoemde argumenten zullen de indieners hierna verder uitwerken.

## *2. Voorgeschiedenis*

De discussie rond de gronden in artikel 1 Gw kent de afgelopen decennia vele elementen. Indieners willen een uiteenzetting geven over die geschiedenis, omdat zij menen dat deze een nuttige context en relevante bouwstenen levert voor het onderhavige wetsvoorstel.

### *Grondwetherziening van 1983*

De huidige Grondwet dateert van de Grondwetherziening in 1983. De keuze voor te benoemen gronden in artikel 1 tegen discriminatie werd bepaald door maatschappelijke relevantie en uitvoerbaarheid en is destijds uitgebreid besproken tijdens de parlementaire behandeling. De vijf genoemde non-discriminatie gronden in de tweede zin van artikel 1 moesten worden gezien als een explicitering van een aantal vormen van discriminatie die bijzonder ernstig werden geacht.<sup>1</sup> Tevens werd aansluiting gezocht bij verklaringen van de Verenigde Naties inzake uitbanning van rassendiscriminatie, discriminatie van vrouwen, en godsdienstige onverdraagzaamheid en discriminatie; politieke gezindheid werd toegevoegd onder verwijzing naar het EVRM.<sup>2</sup> In eerste instantie werd volstaan met vijf expliciet genoemde gronden, maar naar aanleiding

<sup>1</sup> Interdepartementale juridische werkgroep gelijkheidsbeginsel (IWEG), *Gelijk in de praktijk*, 1990, p. 10.

<sup>2</sup> *Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag, 1967, p. 48–50 en Kamerstukken II, 13 872, nr. 3.

van het amendement-Bakker werd de zinsnede «of op welke grond dan ook» toegevoegd.<sup>1</sup>

De motivering van de keuze voor de expliciet benoemde gronden gaf echter aanleiding tot veel discussie. Handicap werd buiten artikel 1 gelaten, niet zozeer omdat handicap destijds weinig actueel was, maar vanuit de redenering dat onderscheid wegens handicap wel gerechtvaardigd kan zijn. De regering vond het te billijken dat aan verschillen in persoonlijke kenmerken, zoals geestelijke of lichamelijke bekwaamheden, «uiteenlopende gevolgen» werden verbonden.<sup>2</sup> Hetero- of homoseksuele gerichtheid werd niet benoemd, omdat deze grond destijds een minder grote actualiteit werd toegedicht. Tweede Kamerlid Huijsen merkte hierover op: «Soms kan een discriminatie nog zo in de taboesfeer liggen, dat ze nog niet actueel kan zijn.»<sup>3</sup> De Raad van State waarschuwde dat het benoemen van enkele gronden als dekmantel kon worden gebruikt voor discriminatie op onbenoemde gronden.<sup>4</sup> VVD en DS'70 suggereerden «homofilie» op te nemen in artikel 1.<sup>5</sup> De regering antwoordde dat het gelijkheidsbeginsel ongelijke behandeling wegens seksuele gerichtheid geenszins toestaat, met de kanttekening dat bij de beoordeling welke gevallen en welke behandelingen gelijk moeten worden geacht, rekening dient te worden gehouden met «heersende overtuigingen».<sup>6</sup>

Bij het uiteindelijke wetsvoorstel voor de Grondwetherziening werd geschreven dat de strekking van het discriminatieverbod was gelegen in het verbieden van onderscheid op grond van persoonlijke eigenschappen die «in redelijkheid niet relevant zijn voor het bepalen van aanspraken en verplichtingen op een bepaald gebied van het maatschappelijk leven.» De uitdrukkelijk genoemde gronden zouden zich «door de maatschappelijke werkelijkheid» als zodanig hebben ontwikkeld.<sup>6</sup> Wat betreft seksuele gerichtheid en andere gronden zoals huwelijkse staat werd vooruit verwezen naar een wet gelijke behandeling, waarin deze gronden wel zouden worden opgenomen.

#### *Algemene wet gelijke behandeling: handicap nog niet*

Tien jaar nadien werd de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) aangenomen. Deze wet vormde een nadere uitwerking van artikel 1 van de Grondwet (Gw) en schreef gelijke behandeling voor op verschillende maatschappelijke terreinen. Naast de gronden genoemd in artikel 1 Gw noemde de Awgb nu ook expliciet dat geen onderscheid gemaakt mocht worden op grond van nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, en burgerlijke staat.

Een amendement van lid Groenman<sup>7</sup> om ook handicap en chronische ziekte op te nemen in de Awgb werd niet aangenomen. De tegenstanders voerden aan dat het begrip handicap moeilijk juridisch af te bakenen zou zijn. Een ander argument was dat het onduidelijk zou zijn wat verboden of juist gewenst onderscheid was, hetgeen problematisch werd geacht voor de gesloten structuur van de wet, waarbij het maken van direct onderscheid in beginsel is verboden en indirect onderscheid alleen toelaatbaar wordt geacht bij een objectieve rechtvaardiging.<sup>8</sup> Wel werd door de Tweede Kamer onderzoek verlangd naar de mate waarin discriminatie van gehandicapten voorkwam.

#### *Onderzoeken naar discriminatie wegens handicap*

Naar aanleiding van de behandeling van de Awgb en de discussie over handicap werden in 1996 de resultaten van twee onderzoeken gepresenteerd. In *Een schijn van kans* werd geconcludeerd dat er nog regelmatig discriminatie voorkwam op de arbeidsmarkt alsmede het maatschappelijk

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 1976–1977, 13 872, nr. 18.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 1976–1977, 13 872, nr. 7, p. 17.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, Handelingen 1976–1977, p. 1995.

<sup>4</sup> Kamerstukken II, 1976–1977, 13 872, nr. 4, p. 63.

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 1976–1977, 13 872, nr. 6, p. 24 en p. 26.

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 1981–1982, 16 905, nr. 5, p. 51.

<sup>7</sup> Kamerstukken II, 1992–1993, 22 014, nr. 15.

<sup>8</sup> Kamerstukken II, Handelingen 1992–1993, nr. 47, p. 3501–3533 en nr. 48, p. 3567–3605.

verkeer, en dat de inrichting de openbare ruimte hindernissen opwerpt voor gehandicapten. Deels bleek de discriminatie onbewust en indirect, maar bij 20% van de sollicitaties was de arbeidsplaats niet voldoende toegankelijk voor bijvoorbeeld mensen in een rolstoel.<sup>1</sup> Het onderzoek wees ook op uitsluiting van mensen met een handicap uit reisgezelschappen en bij relatiebemiddelingsbureaus, toegelicht als zou dat in het eigenbelang zijn van de gehandicapte.

Het tweede onderzoek, *Gehandicapt(en)recht*, ging in op de juridische kant. Een evaluatie van de destijds bestaande wetgeving, zowel nationaal als internationaal, leidde tot de aanbeveling een aparte instructienorm in de Grondwet op te nemen. Gesteld werd dat de formulering van de bepaling in overeenstemming moest zijn met een perspectief op de rechtspositie van mensen met een handicap waarin «integratie en participatie op basis van gelijkheid en non-discriminatie voorop staan.»<sup>2</sup> Volgens dit perspectief diende het gelijkheidsbeginsel niet alleen op formele wijze te worden uitgelegd, maar moest altijd worden gekeken naar de materiële uitwerking. Daarmee werd artikel 1 Gw niet enkel als een klassiek negatief grondrecht neergezet (het recht op afweer), maar ook als een sociaal grondrecht, namelijk het recht op actieve inzet om gelijkheid te verwezenlijken. Er werd gepleit voor dit perspectief, omdat achterstandssituaties niet konden worden doorbroken wanneer het gelijkheidsbeginsel alleen op formele wijze zou worden uitgelegd. Bijgevolg hield het gelijkheidsbeginsel ook in dat ongelijk gehandeld dient te worden naar mate van relevante ongelijkheid. Hierbij werd aangekend dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen «middel (ongelijk behandelen) en doel (het bewerkstelligen van meer gelijkheid dan wel het scheppen van gelijke kansen) en dat de belangen van de «betergestelden» niet onevenredig worden geschaad.»<sup>3</sup>

Naast bovengenoemde aanbeveling werd in *Gehandicapt(en)recht* ook het opnemen van de grond handicap of chronische ziekte in artikel 1 Gw overwogen. Als voordelen werden genoemd dat discriminatie effectiever bestreden kon worden, en dat de wetgever te kennen zou geven gehandicaptdiscriminatie net zo verwerpelijk te vinden als andere vormen van discriminatie, hetgeen «vanuit psychologisch oogpunt» zeker belangrijk kan zijn. Als nadeel werd genoemd dat men huiverig kon worden om ongelijk te behandelen waar dat wel geboden was, hoewel dit argument vooral sloeg op de Awgb, die een gesloten structuur kent.<sup>4</sup>

#### *Debatten n.a.v. de motie-Rouvoet c.s.*

De Tweede Kamer sprak in 2001 als haar mening uit dat handicap in artikel 1 Gw opgenomen diende te worden, als logisch sluitstuk van op dat moment aangekondigde wetgeving. Deze motie-Rouvoet c.s.<sup>5</sup> werd breed gesteund.<sup>6</sup> In een eerste reactie gaf de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de motie op te vatten «als de wens van de Kamer om het bestaande discriminatieverbod te verduidelijken en niet als uitdrukking van onzekerheid of de grond handicap wel onder de werking van artikel 1 Gw valt.» Discriminatie op grond van handicap werd volgens de regering al verboden door artikel 1 Grondwet door het verbod op discriminatie.<sup>7</sup> De regering nam uiteindelijk de motie niet over, omdat zij daartoe geen maatschappelijke of juridische noodzaak zag. Bovendien stelde zij dat opname van een beperkt aantal nieuwe gronden kon leiden tot a contrario redeneringen als zouden de gronden die niet worden opgenomen minder ernstig zijn.<sup>8</sup> In de nota werd de stelling uit *Gehandicapt(en)recht* erkend, maar er werd verwezen naar de achtergrond van het tijdsgewricht waarin de uitspraken werden gedaan. Sindsdien zou er in de jurisprudentie veel veranderd zijn. Met het oog op deze ontwikkelingen stelde de minister dat «onder de huidige maatschappelijke en juridische

<sup>1</sup> Gras, M., Bovenkerk, F., Gorter, K., Kruiswijk, P. en Ramsoedh, D., *Een schijn van kans: twee empirische onderzoeken naar discriminatie op grond van handicap en etnische afkomst*, Deventer, 1996, p. 92.

<sup>2</sup> Hendriks, A.C., m.m.v. Jagt, van der., A.M., *Gehandicapt(en)recht*, Den Haag, 1996, p. 215.

<sup>3</sup> Idem, p. 207–8.

<sup>4</sup> Idem, p. 214.

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 2001–2002, 28 000 XVI, nr. 63.

<sup>6</sup> Kamerstukken II, Handelingen 2001–2002, nr. 39, p. 2933.

<sup>7</sup> Kamerstukken II, 2004–2005, 28 000 XVI, nr. 112, p. 1.

<sup>8</sup> Kamerstukken II, 2004–2005, 29 355, nr. 7.

omstandigheden, de grond handicap of chronische ziekte behoort tot de categorie van bij voorbaat verdachte gronden.»

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en de Chronisch zieken en Gehandicapten Raad Nederland (CG-Raad) waren teleurgesteld door deze stellingname. De CGB had ervoor gepleit<sup>1</sup> de motie-Rouvoet c.s. uit te voeren en samen met handicap (en chronische ziekte) ook andere gronden op te nemen in artikel 1 Gw, te weten nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat en leeftijd. De CGB noemde hiervoor twee argumenten. Allereerst vond de CGB op basis van onderzoek naar jurisprudentie dat er een materieel voordeel is in de rechtsbescherming bij discriminatie op in artikel 1 Gw benoemde gronden ten opzichte van discriminatie op daarin onbenoemde gronden. Daarnaast sloot de CGB zich aan bij het argument genoemd in de motie-Rouvoet c.s. dat met de voorgestelde wijziging artikel 1 Gw consistent zou worden gemaakt met andere Nederlandse, alsook internationale wetgeving omtrent gelijke behandeling. De CG-Raad wees er bovendien op dat de positie van chronisch zieken en gehandicapten «permanent onder druk staat» en expliciete benoeming van handicap in de Grondwet derhalve niet zou misstaan.

#### *Nader onderzoek naar «op welke grond dan ook»*

De Tweede Kamer vond het onduidelijk of discriminatie op expliciet benoemde gronden anders wordt behandeld door de rechter dan discriminatie «op welke grond dan ook». Daarom werd besloten een commissie in te stellen om dit eventuele materiële voordeel te onderzoeken. In 2006 presenteerde de Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet (hierna: Commissie rechtsbescherming) haar bevindingen.<sup>2</sup> Volgens de Commissie rechtsbescherming kon aan expliciete benoeming in artikel 1 wel degelijk meerwaarde worden verbonden. Zij noemde drie vormen van rechtsbescherming die aan opname in artikel 1 konden worden ontleend: bescherming tegen de wetgever, maatschappelijke bescherming en bescherming door de rechter. Zij plaatste echter ook een aantal kanttekeningen bij de uitbreiding van de gronden. Indieners zullen later verder ingaan op de argumenten van de Commissie rechtsbescherming.

#### *3. Aanleiding en onderbouwing van het wetsvoorstel*

De afgelopen decennia hebben zowel organisaties voor gehandicapten en chronisch zieken, als organisaties die zich bezighouden met homo-emanipatie bij herhaling aangedrongen op wijziging van artikel 1 Gw, zoals indieners beogen. De CG-Raad stelt dat de noodzaak voor het toevoegen van de grond «handicap» onverminderd groot is gebleven. De raad erkent dat de wetgeving in het laatste decennium verder is gevorderd, zoals de uitbreiding van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz), waarvan een uitbreiding naar de terreinen wonen en basis- en voortgezet onderwijs in 2009 is aangenomen, en de artikelen 137c tot en met f en 429quater in het Wetboek van Strafrecht. Hij wijst echter ook op de vele juridische leemtes, praktische hindernissen en maatschappelijke achterstanden, die aanhoudende zorg behoeven.

<sup>1</sup> CGB, *Advies van de Commissie Gelijke Behandeling over artikel 1 Grondwet*, 2004, Kamerstukken II, 2004–2005, 29 355, nr. 7, bijlage.

<sup>2</sup> Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, 2006.

<sup>3</sup> COC Nederland, brief artikel 1 Grondwet, 28 september 2004.

Homo-organisatie COC Nederland blijft eveneens bij voortduring de opname van «hetero- of homoseksuele gerichtheid» in de Grondwet bijvereren.<sup>3</sup> Het wijst op het maatschappelijk en juridisch belang hiervan, en stelt dat er een duidelijk signaal vanuit zou gaan als discriminatie op grond van seksuele gerichtheid op de zelfde wijze zou worden benoemd in de grondwet als andere gronden. Zij stelde dat, ondanks de grote juridische stappen die de afgelopen decennia zijn gezet rond gelijke

behandeling van homoseksuelen, er nog belangrijke stappen te zetten zijn, dat de maatschappelijke acceptatie niet vanzelfsprekend is, en dat dit aanhoudende zorg behoeft.

De indieners zullen ingaan op zowel de juridische als maatschappelijke noodzaak van het onderhavig wetsvoorstel.

### 3.1 Juridische noodzaak

De indieners wensen allereerst de bijzondere status van de Grondwet te onderstrepen. Vervolgens zal worden ingegaan op twee juridische disputen. Uit de discussie die ontstond naar aanleiding van de motie-Rouvoet c.s. bleek dat er onduidelijkheid bestond over de vraag of benoeming van gronden in artikel 1 Gw verschil maakt in de rechtsbescherming. Daarnaast is er discussie over de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel.

#### *De Grondwet als bijzondere waarborg*

In de motie-Rouvoet c.s. uit 2001 werd opname van handicap en chronische ziekte als non-discriminatiegrond in artikel 1 Gw gemotiveerd als logisch sluitstuk van op dat moment aangekondigde wetgeving. De indieners delen de visie dat de voorgestelde wijziging van de Grondwet kan worden gezien als sluitstuk voor de al reeds behaalde gelijke behandeling, maar bovendien dient het te fungeren als waarborg dat de concrete wetgeving gehandhaafd wordt en, waar nodig, uitgebreid of verbeterd. Als geen andere wet kan de Grondwet deze bijzondere waarborg en aanmoediging bieden.

De Commissie rechtsbescherming ging in haar rapport ook in op de bijzondere status van de Grondwet. Zij gaf in haar rapport drie variaties aan waarop door de Grondwet rechtsbescherming wordt geboden. Ten eerste biedt zij bescherming tegen de wetgever. Opgemerkt werd dat in 1983 sociale grondrechten werden opgenomen in de Grondwet om te beschermen tegen intrekking van wetgeving die dient ter realisering van die grondrechten, niet omdat die wetgeving nog opgezet moest worden. De Grondwet verzekert een minimumstandaard aan sociale zekerheidsprestaties waar de wetgever niet aan kan tornen. Bovendien zag de Commissie in artikel 1 Gw niet alleen een klassiek vrijheidsrecht, maar erkent zij ook de «grote sociale component». Vermelding van een bepaalde grond in artikel 1 zou aldus een «nadrukkelijke fingerwijzing» zijn aan de wetgever om het bestaan van wetgeving op een bepaald minimum te garanderen.<sup>1</sup>

Daarnaast biedt de Grondwet maatschappelijke rechtsbescherming. De Grondwet heeft een grote symbolische functie, waarop later verder zal worden ingegaan, en wordt daarom sneller aangeropen in het maatschappelijk verkeer tussen burgers onderling dan een formele wet. In dit kader wijst de Commissie rechtsbescherming er bovendien op dat benoeming van een non-discriminatiegrond in artikel 1 Grondwet een uitgangspunt kan zijn voor maatschappelijke organisaties wanneer zij bij de overheid aandringen op het tot stand brengen van voorzieningen ter realisering van sociale grondrechten.

Ten slotte biedt de Grondwet rechtsbescherming bij de rechter. Op de materiële meerwaarde van opname van gronden in artikel 1 Gw wordt hieronder uitgebreid ingegaan.

#### *Materiële meerwaarde*

Maakt het verschil voor de omvang van de rechtsbescherming of een grond benoemd is in artikel 1 Gw of niet? De meningen hierover lopen uiteen. De Interdepartementale Juridische Werkgroep Gelijkheidsbeginsel

<sup>1</sup> Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, 2006, p. 17–18.

gaf aan dat het verschil is tussen de expliciet en niet-expliciet vermelde gronden dat onderscheid op een van de expliciet genoemde gronden in beginsel een sterk vermoeden van discriminatie oplevert.<sup>1</sup> In 1996 werd in *Gehandicapt (en) recht* betoogd dat de rechterlijke bescherming voor een niet-genoemde grond zoals handicap minder is dan voor de wel genoemde gronden.<sup>2</sup> De CGB trok in 2004 dezelfde conclusie in haar advies dat zij uitbracht naar aanleiding van de motie-Rouvoet c.s. Het verschil bleek volgens haar uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak. «Niet alleen de nationale rechter, ook internationale toezichthoudende colleges – zoals het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het VN Mensenrechtencomité – maken voor wat betreft de wijze en intensiteit van toetsen een verschil tussen benoemde en onbenoemde gronden.»<sup>3</sup>

Ook de Commissie rechtsbescherming constateerde dat de rechter in sommige gevallen weldegelijk waarde toekent aan het feit dat een bepaalde grond is benoemd in artikel 1 Gw. Zij stelt ook dat dit niet op voorhand opgaat voor alle gronden die zouden kunnen worden opgenomen: «De vraag is immers of de rechter een zwaardere toets hanteert vanwege het intrinsiek verwerpelijke karakter van de betreffende grond, of vanwege het formele feit dat de grond in artikel 1 Grondwet is gepositieerd.»<sup>4</sup> Het rapport van de commissie beantwoorde haar onderzoeksvraag dus met een wedervraag, waarin de suggestie lag besloten dat de rechter elke zaak op eigen merites beoordeelt, en de zwaarte van de discriminatiegrond niet laat afhangen van de eventuele benoeming in artikel 1 Gw maar van de aard van de grond.

De vraag is of de gronden «handicap» en «hetero- of homoseksuele gerichtheid» problematisch anders zijn dan de al in artikel 1 genoemde gronden. Indieners constateren dat ook de Commissie rechtsbescherming al sprak in het advies ook over meer en «minder vanzelfsprekende non-discriminatiegronden». De vraag is welke gronden «meer» of «minder» vanzelfsprekend zijn.

Allereerst constateren de indieners dat er in de jurisprudentie er al zoiets bestaat als onderscheid tussen gronden. Indieners verwijzen daarbij naar de reactie die de CGB gaf op het rapport van de Commissie rechtsbescherming<sup>5</sup>. In verschillende zaken is geoordeeld dat de bijvoorbeeld de grond «leeftijd» niet altijd een «bij voorbaat verdachte discriminatiegrond» is, iets dat mede leek samen te vallen met het niet opgenomen zijn in artikel 1 Gw<sup>6</sup>.

Indieners constateren dat het «niet bij voorbaat verdachte discriminatiegrond» zijn bij de grond «leeftijd» sterk samenhangt met het steeds veranderende karakter ervan, maar dat dit voor de in dit wetsvoorstel voorgestelde persoonskenmerk niet of veel minder opgaat.

De vraag of discriminatie op deze gronden wel of niet «bij voorbaat verdacht» zouden moeten zijn, dient daarom zo helder mogelijk beantwoord te worden. Wanneer het onwenselijk wordt geacht dat het onbenoemd laten van een bepaalde non-discriminatiegrond een nadeel zou vormen, dan ligt een keuze voor de duidelijke weg voor de hand, hetgeen neerkomt op wat in onderhavig wetsvoorstel wordt voorgesteld.

#### *Interpretatie van het gelijkheidsbeginsel bij handicap*

Naast de discussie over materieel voordeel van benoeming, is het meest gehoorde bezwaar tegen de voorgestelde wijziging dat het idee van gelijke behandeling in een ander licht komt te staan waar het handicap betreft. Achterstelling van gehandicapten is ongewenst, zo luidt de gedachtegang, maar het maken van onderscheid is daarom vaak juist wel

<sup>1</sup> Interdepartementale juridische werkgroep gelijkheidsbeginsel (IWEG), *Gelijk in de praktijk*, 1990, p. 10.

<sup>2</sup> Hendriks, A.C., m.m.v. Jagt, van der., A.M., *Gehandicapt(en)recht*, Den Haag, 1996, p. 215.

<sup>3</sup> CGB, *Advies aan de Commissie Gelijke Behandeling over artikel 1 Grondwet*, 2004, p. 2.

<sup>4</sup> Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, 2006, p. 20.

<sup>5</sup> CGB, brief aan de minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, 13 juni 2006.

<sup>6</sup> CRvB 17 februari 2005, LJN AS8564, 03/4007 AW; HR 1 november 2002, LJN AE7356, C01/076HR en HR 8 oktober 2004, LJN AP0424, C03/077HR.

gewenst. Opname in artikel 1 Gw zou daarom ofwel contraproductief zijn, ofwel afbreuk doen aan de betekenis van het artikel, in het bijzonder de invulling die aan het idee van «gelijke behandeling» wordt gegeven. Dit was ook in grote lijnen de redenering van de Commissie rechtsbescherming. Indieners vinden deze gedachtegang echter niet voldragen.

Indieners menen dat wie erkent dat artikel 1 van de Grondwet in de huidige vorm voldoende bescherming biedt tegen discriminatie op grond van handicap – zij het onder het kopje «op welke grond dan ook» –, daarmee ook erkent dat het gelijkheidsbeginsel met opname van de grond handicap niet in een ander licht of zelfs onder druk komt te staan. Wie daarentegen stelt dat opname van de grond handicap een inflatoire werking zal hebben op artikel 1 Gw, die zal moeten concluderen dat bij discriminatie op deze gronden nu al in mindere mate een beroep kan worden gedaan op dit Grondwetsartikel, tenzij in die gevallen dat er sprake is van discriminatie waarbij duidelijk een gelijke behandeling werd ontzegd, dat wil zeggen, waarbij de vraag niet meespeelde of er redelijke aanpassingen nodig waren.

Indieners menen dat dient te worden aangetekend dat, door de nadruk op de wenselijkheid van extra aandacht en speciale, dus ongelijke behandeling, niet uit het oog mag worden verloren dat discriminatie van gehandicapten ook gaat om gelijke behandeling. Wie solliciteert, mag niet op grond van vooroordelen over handicaps worden afgewezen. Een dergelijke afwijzing, op het moment dat de vraag nog helemaal niet speelt of en hoe extra voorzieningen moeten worden getroffen, is discriminatie in de meest simpele zin van het woord.

Daarnaast is in bestaande wetgeving al meer concrete invulling gegeven aan wat «gelijke behandeling» betekent met betrekking tot handicap. Allereerst in de Wgbh/cz, maar daarnaast zijn de gronden ook genoemd in de beledigingsartikelen 137c tot en met g Sr en in artikel 429 quater lid 2 Sr. Tegen deze achtergrond hoeft niet verwacht te worden dat door opname van deze gronden in artikel 1 Gw het gelijkheidsbeginsel in een ander licht zou komen te staan of de waarde van het discriminatieverbod zal worden uitgehold. Integendeel, gelet op deze ontwikkelingen in de wetgeving werd handicap door de minister van Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties in de *Nota mogelijke uitbreiding artikel 1 Grondwet*<sup>1</sup> opgevat als «bij voorbaat verdachte» discriminatiegronden. De CG-Raad noemde deze kwalificatie daarom destijds een positief punt uit de nota.<sup>2</sup>

Bovendien wordt inmiddels algemeen erkend dat de zinsnede «gelijke behandeling van gelijke gevallen» ook kan worden uitgelegd als «ongelijke behandeling naar mate van ongelijkheid». Dit is ook erkend in de Memorie van Toelichting van de regering bij het wetsvoorstel van de Wgbh/cz.<sup>3</sup> Hierin wordt gesteld dat de gelijkebehandelingsnorm met zich meebrengt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, maar ook «dat rekening moet worden gehouden met relevante verschillen in die zin dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar de mate van hun ongelijkheid.» Uitsluiting van mensen met een handicap door aanpassingen achterwege te laten moet daarom «evenzeer worden bestreden» als het ongelijk behandelen van gelijke gevallen. De aanpassingen mogen echter geen «onevenredige belasting» vormen voor degene die ze moet verrichten.

Deze interpretatie van het gelijkheidsbeginsel sluit aan bij de algemene ontwikkeling van de visies op grondrechten. Reeds bij de Grondwethervorming was oog voor de materiële uitwerking van rechten, wat duidelijk naar voren kwam bij de opnemings van sociale grondrechten.<sup>4</sup> Ook gaf staatssecretaris Scheltema aan dat het discriminatieverbod niet bedoelt

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2004–2005, 29 355, nr. 7.

<sup>2</sup> CG-Raad, brief aan de voorzitter van de vaste commissie Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 4 oktober 2004.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 2001–2002, 28 169, nr. 3.

<sup>4</sup> *Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en Kieswet*, Den Haag, 1971, hfdst. VI, en Kamerstukken II, 1976–1977, 13 873, m.n. nr. 55a, p. 12.

een dam op te werpen wanneer ongelijke behandeling in de aard van de zaak ligt, steunt op redelijke of objectieve gronden, of groepen in staat stelt hun achterstand in te halen.<sup>1</sup>

Ook in *Gehandicapt(en)recht* werd betoogd dat het gelijkheidsbeginsel niet in slechts formele zin moeten worden uitgelegd, maar altijd moet worden gekeken naar de materiële uitwerking.<sup>2</sup> Dit is ook de gedachte achter wetgeving in de Verenigde Staten<sup>3</sup> en de Europese richtlijn 2000/78/EG, die een stimulans vormde voor de ontwikkeling van de Wgbh/cz in Nederland. In deze richtlijn staat dat dient te worden voorzien in redelijke aanpassingen teneinde «te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt».<sup>4</sup> Volgens dit idee is indirecte discriminatie net zo laakbaar als directe discriminatie, tenzij «het criterium op grond waarvan het onderscheid gemaakt wordt geschikt en noodzakelijk is om een op zichzelf redelijk doel te realiseren»<sup>5</sup> of de belangen van degene van wie een inspanning wordt gevraagd om gelijkheid te realiseren onevenredig worden geschaad.<sup>6</sup> De ontwikkeling van deze visie kreeg gevolgen na de uitspraak in 2000 door het Europese Hof voor de Rechten van de Mensen in de zaak *Thlimmenos versus Griekenland*,<sup>7</sup> waarin werd gesteld dat ook materiële invulling moest worden gegeven aan het gelijkheidsbeginsel. «The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.»

In haar reactie op het rapport van de Commissie rechtsbescherming wees de CGB erop dat er onderscheid diende te worden gemaakt tussen de twee zinnen van artikel 1 Gw.<sup>8</sup> De eerste zin beschrijft het gelijkheidsbeginsel; de tweede zin het discriminatieverbod. De meerwaarde van de tweede zin is gelegen in het tot uitdrukking brengen van de pejoratieve betekenis van «discriminatie», dit in tegenstelling tot de neutrale betekenis van «onderscheid maken». Deze visie werd ook uitgesproken bij de debatten voorafgaand aan de Grondwethetziening door minister van Binnenlandse Zaken De Gaay Fortman.<sup>9</sup>

Benoeming van handicap in de tweede zin geeft derhalve de verwerpelijkheid van discriminatie op deze grond aan. Maar dat brengt niet met zich mee dat er in het geheel geen onderscheid mag worden gemaakt op deze grond, wat vanuit het gelijkheidsbeginsel soms juist geboden is. Discriminatie is niet-gerechtigde ongelijke behandeling. De CGB concludeerde: «Discriminatie vanwege de grond handicap of chronische ziekte tast evenzeer de menselijke waardigheid aan als discriminatie vanwege de wél in artikel 1 Gw benoemde gronden.»<sup>8</sup> Indieners sluiten zich aan bij deze visie.

#### *Juridische ontwikkeling gelijke behandeling hetero- en homoseksualiteit*

Anders dan bij andere gronden wierp de Commissie rechtsbescherming eventuele toevoeging van «hetero- of homoseksuele gerichtheid» aan artikel 1 Gw minder bezwaren en vragen op. Indieners zien daarnaast ook andere juridische (en maatschappelijke) ontwikkelingen die opname van seksuele gerichtheid in artikel 1 Gw rechtvaardigen.

In Nederland is op het gebied van gelijke behandeling tussen hetero- en homoseksualiteit veel bereikt. Met de invoering van de Code Penal in 1810 onder Franse bezetting was homoseksualiteit niet meer strafbaar, wat daarvoor wel het geval was. Dit element werd ook overgenomen in het Nederlands strafrecht na de Franse bezetting. In 1911 werd door het kabinet-Heemskerk echter een nieuwe zedenwet ingediend die de

<sup>1</sup> Kamerstukken II, Handelingen 1981–1982, p. 392.

<sup>2</sup> Hendriks, A.C., m.m.v. Jagt, van der., A.M., *Gehandicapt(en)recht*, Den Haag, 1996, p. 207 e.v.

<sup>3</sup> *Americans with Disabilities Act*, 1990.

<sup>4</sup> Raad van de Europese Unie, Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, 27 november 2000, art. 5.

<sup>5</sup> Loof, Jan-Peter, 'Discriminatieverboden in Nederland: achtergronden en discussie', in Van Boven, Theo e.a., *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden, 2003, p. 39.

<sup>6</sup> Hendriks, A.C., m.m.v. Jagt, van der., A.M., *Gehandicapt(en)recht*, Den Haag, 1996, p. 208.

<sup>7</sup> EHRM, *Case of Thlimmenos v. Greece*, appl.nr. 34369/97, 6 april 2000, §44. De regering heeft deze uitspraak ook aangehaald in het licht van gelijkebehandelingswetgeving, zie Kamerstukken II, 1999–2000, 24 170, nr. 55 en Kamerstukken II, 2003–2004, 29 355, nr. 3.

<sup>8</sup> CGB, brief aan de minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, 13 juni 2006.

<sup>9</sup> Kamerstukken II, Handelingen 1976–1977, p. 2150.

minimumleeftijd voor homoseksualiteit verhoogde naar 21 jaar, waar die voor heteroseksualiteit 16 jaar bleef. Hoewel het kabinet homoseksualiteit niet verbood, kon de ongelijkheid voor de wet worden gezien als een teken van morele afkeuring. Dit motiveerde destijds tot het oprichten van organisaties om voor gelijke behandeling op te komen. De strijd tegen de zedenwet werd gewonnen in 1971: de ongelijke behandeling wat betreft minimumleeftijd werd afgeschaft. Daarna volgde op vele andere gebieden een meer gelijke juridische behandeling. In 1993 werd in de Awgb onderscheid tussen hetero- of homoseksuele gerichtheid voor vrijwel alle situaties verboden. In 2001 werd naar aanleiding van de motie-Dittrich het burgerlijk huwelijk opengesteld voor paren van gelijk geslacht. Later werd de adoptiewetgeving aangepast, zodat ook homoseksuele paren konden adopteren, en thans is het Kabinet voornemens het zogenaamde «lesbisch meemoederschap» juridisch te regelen.

Indieners constateren dat sinds de behandeling van het huidige artikel 1 Gw de Nederlandse samenleving, alsmede het politieke krachtenveld danig is veranderd. Destijds werd door onder meer de VVD geopperd om «homofilie» op te nemen in de grondwet, maar werd dit ontraden omdat dit nog niet zou aansluiten bij «heersende overtuigingen». Dat argument gaat volgens de indieners in ieder geval niet meer op. Nagenoeg alle politieke stromingen achten gelijke behandeling van homoseksuelen een hoog te beschermen goed, en waarderen de voortrekkersrol die Nederland ook internationaal speelt. Dat mensen niet gediscrimineerd mogen worden op grond van hun homoseksuele gerichtheid is in de Nederlandse samenleving een ononderhandelbare norm, zo stelde ook het kabinet-Balkenende IV.<sup>1</sup> Het is wenselijk die norm in de Grondwet te codificeren en haar voor de toekomst te borgen.

#### *Verhouding met andere non-discriminatiegronden*

Een van de belangrijke eigenschappen van non-discriminatiegronden is dat zij kenmerken betreffen die nauw samenhangen met de menselijke waardigheid en die door betrokkenen niet, of alleen ten koste van de eigen identiteit, kunnen worden afgelegd. Dit geldt in ieder geval voor de voorgestelde gronden «handicap» en «hetero- of homoseksuele gerichtheid» en is daarbij verwant aan de andere fysieke gronden die al genoemd worden, te weten ras en geslacht. Indieners menen dat de nondiscriminatie-grond «geslacht» ook betrekking heeft op hen die van geslacht veranderen.

Een tweede punt waarop opname van handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid kunnen leunen, is de duidelijke wens vanuit maatschappelijke organisaties. Bovendien blijkt door de aannahme van de motie-Rouvoet c.s., evenals de recente inzet bij debatten rond discriminatie op genoemde gronden, dat er groot politiek draagvlak is voor een zo uitgesproken vorm van gelijke behandeling. Dit wetsvoorstel beoogt bij te dragen aan die uitgesprokenheid.

#### *Schrappen van gronden niet wenselijk*

Als alternatief voor het opnemen van meer gronden is wel geopperd om alle expliciet benoemde gronden te laten vervallen. Artikel 1 wordt dan simpelweg een discriminatieverbod «op welke grond dan ook». De tweede zinsnede van artikel 1 zou daarmee haar toegevoegde waarde echter verliezen. Schrappen van de tweede zinsnede zou ook geen oplossing bieden voor het al geschetste vraagstuk of een discriminatiegrond al dan niet «bij voorbaat verdacht» is. Het volledig schrappen van de gronden zou dat vraagstuk wellicht zelfs ontransparanter maken. Bovendien zou het schrappen van de tweede zinsnede de maatschappe-

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2004–2005, 27 017, nr. 11, p.2 en Kamerstukken II, 2007–2008, 27 017, nr. 33.

lijke herkenbaarheid van de grondwet verminderen, menen de indieners. Indieners beschouwen dit alternatief om deze redenen als onwenselijk.

### *Verhouding met andere grondrechten*

De grondrechten die zijn neergelegd in de Grondwet drukken de kernwaarden uit van de Nederlandse samenleving, maar kunnen in sommige gevallen strijdig zijn. Bij de Grondwetswijziging is uitdrukkelijk gesteld dat de volgorde geen hiërarchie impliceert. Wanneer sprake is van een botsing van grondrechten, moet daarom een zorgvuldige afweging worden gemaakt. Zo is er discussie geweest over de vraag of het non-discriminatie-artikel niet een te grote beperking oplegt aan de vrijheid van meningsuiting. De afgelopen decennia is daarover zowel in de rechtspraak en in het maatschappelijke en politieke debat een steeds nadere verfijning gezocht. Indieners willen in beginsel aansluiten bij de uitgangspunten die de regering een aantal jaar geleden heeft neergelegd bij het debat rond de nota «Botsing van Grondrechten». Indieners menen bovendien dat non-discriminatie vooral moet worden gezien in het licht van gelijke behandeling. Het toevoegen van de gronden «handicap» en «hetero- of homoseksuele gerichtheid» dient in de eerste plaats bij te dragen aan de bestrijding van het materieel ontzeggen van gelijke behandeling of materieel het ontbreken van gelijke kansen op die gronden. Indieners benadrukken dat de toevoeging met «handicap» en «hetero- of homoseksuele gerichtheid» dus geen beperking wil opleggen inzake meningsuitingen, anders dan de wijze waarop die in onderliggende wetgeving wordt beperkt.

### 3.2 Maatschappelijke noodzaak

Indieners achten, naast de hierboven geuite juridische meerwaarde, onderhavig wetsvoorstel ook vanuit maatschappelijk oogpunt belangrijk. Zoals al gesteld wordt de grondwet in het maatschappelijk debat eerder aangeropen dan andere wetgeving, omdat de grondwet als de borging van fundamentele waarden wordt gezien. In de politiek wordt artikel 1 zeer breed, zowel links als rechts, als anker voor maatschappelijk verkeer gezien. Het verkiezingsprogramma van de VVD stelde in 2006 treffend: «Artikel 1 van de Grondwet is niet voor niets artikel 1. Het is de fatsoensnorm van en voor onze samenleving.»

### *Gelijke behandeling van mensen met een handicap*

In de Nederlandse samenleving wordt handicap algemeen gezien als grond om mensen tegemoet te komen, geenszins om op negatieve wijze te discrimineren, als zou de handicap afdoen aan de menselijke waardigheid. De afgelopen decennia is er in wetgeving gewerkt aan gelijke behandeling van mensen met een handicap en/of chronische ziekte. Ondanks deze juridische voortgang houdt de gelijke behandeling in maatschappelijke zin niet altijd gelijke tred. Uit recent onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau blijkt dat<sup>1</sup> de verschillen tussen mensen met en zonder beperkingen niet zijn afgenomen wat betreft arbeidsdeelname en maatschappelijke participatie. Ook constateerde Stichting Nationaal Fonds «het gehandicapte kind» en de Vereniging Schooldecanen en Leerlingbegeleiders dat jongeren met een handicap vijf keer een grotere kans te hebben om gepest te worden. Het algemene beeld dat uit onderzoek naar voren komt, is dat gehandicapten in mindere mate participeren in de samenleving, en bij deelname het risico lopen discriminatie te ervaren, zowel op de arbeidsmarkt als in het onderwijs als waar het gaat om de toegankelijkheid van (publieke) gebouwen en (openbaar) vervoer. Deze discriminatie is vaak niet bewust, maar daarom niet minder hinderlijk of kwetsend.

<sup>1</sup> Klerk, M. de (red.), *Meedoen met beperkingen*, SCP, Den Haag, 2007.

De Commissie rechtsbescherming heeft opgemerkt dat burgers artikel 1 van de Grondwet sneller invoeren dan een wet in formele zin.<sup>1</sup> Ook in *Gehandicapt(en)recht* werd gewezen op de uitstraling van de Grondwet: «Opname van de grond handicap en chronische ziekte is ook vanuit psychologisch oogpunt belangrijk. De wetgever geeft daarmee te kennen dat hij gehandicaptendiscriminatie net zo verwerpelijk vindt als andere vormen van discriminatie.»<sup>2</sup> Het opnemen van handicap als non-discriminatiegrond in de Grondwet kan daarom een belangrijke functie vervullen, namelijk als publiek aangrijpingspunt om discriminatie tegen te gaan en in redelijkheid te mogen eisen om aanpassingen te doen om gelijke kansen te bevorderen. De wijziging van de grondwet zal hiertoe een bevestiging zijn voor gehandicapten, hun naasten, en tevens de gehele samenleving daarvan doordringen.

### *Maatschappelijke acceptatie van homoseksualiteit*

De maatschappelijke acceptatie van homoseksualiteit is de afgelopen decennia sterk gegroeid. Zo bleek dat er onder de Nederlandse bevolking groot draagvlak bestaat voor de openstelling van het burgerlijk huwelijk. In 1990 dacht 53% van de Nederlanders daar al positief over, in 1995 was dit al 72% en na het invoeren van het homohuwelijk in 2001 lagen deze cijfers tussen de 80 en 90%. Nog steeds stellen verreweg de meeste Nederlanders homoseksualiteit te accepteren.

Een nadere beschouwing leert echter dat de zorgen daarmee niet weg zijn. Uit diverse onderzoeken blijkt dat tolerantie nog steeds geen vanzelfsprekendheid is. Onder jongeren is er nog steeds veel te overwinnen, in het voorkomen van onveilige situaties en het wegnemen van vooroordelen.<sup>3,4</sup> Homoseksuele jongeren voelen zich op school onveiliger dan de gemiddelde scholier, bovendien lopen homoseksuele personeelsleden en scholieren van middelbare scholen een verhoogd risico slachtoffer te worden van discriminatie en geweld.<sup>5</sup> Vijandigheid jegens homoseksualiteit leidt ertoe dat homoseksuele leerlingen en docenten het moeilijker hebben dan heteroseksuele docenten en leerlingen. Ook rond geweldplegingen richting homo's en lesbiennes stellen de cijfers niet gerust.<sup>6</sup> Daarnaast zijn er problemen rond homoseksualiteit en de (ouderen-) zorg. Zo hebben oudere homoseksuele vrouwen en mannen meer last van psychische klachten en eenzaamheid mede doordat ze anders behandeld worden.<sup>7</sup>

In het rapport *Gewoon Doen* van het SCP werd niet voor niets de conclusie getrokken dat «De acceptatie van homoseksualiteit, homoseksuele mannen en vrouwen en homoseksueel gedrag nog zeker geen gemeengoed is,». Het rapport stond daarom positief tegenover opname van homoseksualiteit als non-discriminatiegrond in artikel 1 van de Grondwet. Opname zal het signaal geven dat discriminatie op grond van homoseksualiteit onaanvaardbaar is, hetgeen «een belangrijke symbolische waarde kan vervullen» bij het verder tegengaan van discriminatie.<sup>8</sup> Naast de juridische meerwaarde van opname van de genoemde gronden in artikel 1 Gw, onderschrijven indieners de door het SCP genoemde maatschappelijke waarde. Indieners verwijzen daarbij bovendien opnieuw naar de opmerkingen die de commissie rechtsgelijkheid maakte over de speciale rol die artikel 1 Gw vervult in het maatschappelijk verkeer.

### *Motie Klaas de Vries c.s.*

Indieners achten de rol van de grondwet in het maatschappelijk debat van groot belang. Zij wijzen hierbij naar de motie van voormalig PvdA-Kamerlid Klaas de Vries c.s.<sup>9</sup>, waarmee de Tweede Kamer de regering opriep zich in te spannen voor het verbreiden en levend houden van onze grondrechten. Dit werd van belang geacht omdat kennis en

<sup>1</sup> Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, 2006, p. 19.

<sup>2</sup> Hendriks, A.C., m.m.v. Jagt, van der., A.M., *Gehandicapt(en)recht*, Den Haag, 1996, p. 215.

<sup>3</sup> Inspectie van het Onderwijs, *Weerbaar en divers: Een onderzoek naar seksuele diversiteit en seksuele weerbaarheid in het onderwijs*, Utrecht, april 2009.

<sup>4</sup> Keuzenkamp, S. et al (red.), *Gewoon doen: Acceptatie van homoseksualiteit in Nederland*, SCP, Den Haag, september 2006, p. 221.

<sup>5</sup> Mooij, T., *Discriminatie in en rond school: Rapport. Secundaire analyse van gegevens verkregen met de Veiligheidsmonitor V(S)O 2006*, ITS Radboud Universiteit Nijmegen, juli 2007.

<sup>6</sup> Schuyf, J., *Geweld tegen homoseksuele mannen en lesbische vrouwen: Een literatuuronderzoek naar praktijk en bestrijding*, Movisie, Utrecht, 2009.

<sup>7</sup> Meerendonk, B. van, Adriaensen, R. en Vanwesenbeeck, I., *Op weg naar een Vrolijke Herfst*, RutgersNissoGroep/ Schorerstichting, november 2003.

<sup>8</sup> Kamerstukken II, 2007–2008, 27 017, nr. 33.

<sup>9</sup> Kamerstukken II, 2004–2005, 29 614, nr. 5.

begrip van de grondrechten, zoals verankerd in de Grondwet, «van essentieel belang zijn voor het goed functioneren van onze democratische rechtsstaat», vooral in een samenleving die steeds pluriformer wordt. De Grondwet kan een rol spelen in het binden van de samenleving, onder meer vanwege artikel 1, waarin zowel de gelijkheid als de verschillen tussen individuen worden erkend. Indieners denken dat onderhavig wetsvoorstel bijdraagt aan de herkenbaarheid van de Grondwet en dat deze aan belang in het maatschappelijk verkeer zal winnen. Het is van belang dat de Grondwet onze maatschappelijke waarden uitdraagt, zodat zij een bindende rol kan spelen in de samenleving en een gedeeld fundament vormt van de democratische rechtsstaat.

#### 4. Verhouding met internationaal recht en wetgeving

##### *Internationale verdragen*

Internationale verdragen vormen een belangrijke rechtsbron in Nederland. Dit geldt zeker in het kader van de bescherming van grondrechten, waarbij met name het EVRM en het IVBPR een belangrijke functie vervullen. Gesteld kan worden dat het EVRM en het IVBPR de functie van de Nederlandse Grondwet aanvullen of zelfs deels overnemen. Echter, in geen van de non-discriminatie-artikelen, te weten art. 14 EVRM, art. 1 van het 12<sup>e</sup> protocol EVRM en art. 26 IVBPR, worden handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid expliciet genoemd als non-discriminatiegronden. Wel zijn ze net als de Grondwet niet-limitatief.

Het gelijkheidsbeginsel uit het EVRM wordt ook uitgelegd als is ongelijke behandeling geboden in significant ongelijke gevallen, ten gevolge van de eerder aangehaalde uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Thlimmenos. In jurisprudentie is verschil toegekend in de behandeling van discriminatie op benoemde en onbenoemde gronden.<sup>1</sup>

Indieners zijn van mening dat het opnemen van de gronden handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid in artikel 1 van de Grondwet een toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de internationale verdragen, gezien het feit dat deze gronden in het EVRM noch het IVBPR genoemd worden. Bovendien sluit hij zich aan bij de opvatting die opgeld deed bij de Grondwetherziening dat de Nederlandse burger voor de grondrechtenbescherming niet afhankelijk dient te zijn van internationale verdragen en hun interpretatie.<sup>2</sup>

Bij de Verenigde Naties wordt veel aandacht geschonken aan het tegengaan van discriminatie. In het Kinderrechtenverdrag uit 1989 wordt nadrukkelijk erkend dat handicap één van de gronden is waarop kinderen kunnen worden gediscrimineerd. In 1993 werden de *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities* opgesteld. Deze geven aan waartoe overheden gehouden zijn ter bescherming en bevordering van mensen met een handicap, en dat gehandicapten recht hebben op realisatie van de voorwaarden voor gelijke kansen. In 2006 was de *Enable Convention*, uitmondend in het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Nederland bereidt ratificatie voor; momenteel worden de implicaties voor de wetgeving onderzocht.<sup>3</sup> De principes uitgedragen in dit verdrag zijn onder meer non-discriminatie, participatie, gelijke kansen en toegankelijkheid. Over discriminatie wordt verklaard dat landen alles dienen te doen om redelijke aanpassingen te verzorgen en dat maatregelen die de facto gelijkheid bevorderen niet als discriminerend worden beschouwd.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Hendriks, A.C., m.m.v. Jagt, van der., A.M., *Gehandicapt(en)recht*, Den Haag, 1996, p. 46.

<sup>2</sup> Cals, J.M.L.Th., Donner, A.M., *Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag, 1967, p. 32.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 2007–2008, 24 170, nr. 82.

<sup>4</sup> VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, *Trb.* 2007, 169, art. 5.

In 1994 oordeelde het Comité voor de Mensenrechten dat wetgeving die homoseksualiteit strafbaar stelt in strijd is met artikel 26 IVBPR en in strijd is met de mensenrechten.<sup>1</sup> Op de Algemene Vergadering van de VN in december 2008 stemden 66 landen in met een verklaring tegen discriminatie op grond van seksuele gerichtheid en genderidentiteit.<sup>2</sup> Hiervoor had onder meer Nederland zich ingespannen.<sup>3</sup> Er was niet genoeg steun om de verklaring als officiële resolutie in te dienen. Niettemin is dit een belangrijke stap, aangezien nooit eerder op dergelijk niveau een verklaring is ondertekend waarin men zich uitspreekt tegen discriminatie en vervolging op grond van seksuele gerichtheid. Een stimulans voor deze verklaring waren de Yogyakarta beginselen uit 2006, waarin internationaal erkende mensenrechten zijn vertaald naar hun toepassing met betrekking tot seksuele gerichtheid.<sup>4</sup>

Ten slotte zijn ook in Europese verdragen bepalingen opgenomen over discriminatie. Artikel 13 van het Verdrag van Amsterdam van 1997 stelt dat de Europese Raad «passende maatregelen» kan nemen om discriminatie op grond van onder meer handicap en seksuele gerichtheid te bestrijden. Hieruit vloeide de eerder genoemde richtlijn 2000/78 voort, die dient ter waarborging van gelijke behandeling bij arbeid en beroep. Er ligt een voorstel, dat reeds door het Europese Parlement is goedgekeurd, om een richtlijn uit te vaardigen die ook andere terreinen bestrijkt, zoals sociale zekerheid, onderwijs, gezondheidszorg en toegang tot goederen en diensten. Daarnaast kent het Handvest van de Grondrechten van de EU een discriminatiebepaling. Artikel 21 verbiedt discriminatie op grond van onder meer handicap en seksuele gerichtheid. In artikel 26 staat bovendien dat de Unie het recht erkent en eerbiedigt van personen met een handicap op maatregelen die beogen hun zelfstandigheid, hun maatschappelijke en beroepsintegratie en hun deelname aan het gemeenschapsleven te bewerkstelligen.<sup>5</sup> In het Verdrag van Lissabon is een verwijzing naar het Handvest opgenomen.

#### *Voorbeelden uit het buitenland*

In het buitenland zijn er inmiddels verschillende voorbeelden van landen waar handicap en/of hetero- of homoseksuele gerichtheid als verboden grond van discriminatie zijn opgenomen in de Grondwet. In Duitsland en Finland is alleen handicap benoemd, maar niet hetero- of homoseksualiteit. De Finse Grondwet noemt handicap als een van de non-discriminatiegronden in het gelijkebehandelingsartikel<sup>6</sup>, zoals ook in onderhavig wetsvoorstel. In Duitsland al in de Grondwet bij de oprichting van de Bondsrepubliek Duitsland in 1949 een speciale zin opgenomen over handicap: «Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.»<sup>7</sup>

Landen waar zowel hetero- of homoseksuele gerichtheid als handicap wordt genoemd zijn: Zuid-Afrika (opgenomen in 1996)<sup>8</sup>, Fiji (opgenomen in 1997)<sup>9</sup>, Ecuador (opgenomen in 1998)<sup>10</sup>, Zweden (opgenomen in 2002)<sup>11</sup>, Portugal (opgenomen in 2004)<sup>12</sup> en Bolivia (opgenomen in 2009)<sup>13</sup>.

Bij aanneming van onderhavig wetsvoorstel zou Nederland dus zeker niet het eerste land zijn om beide gronden expliciet te benoemen.

<sup>1</sup> UN Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, comm.no. 488/1992, Doc CCPR/C/50/D/488/1992, 31 maart 1994.

<sup>2</sup> UN Declaration on sexual orientation and gender identity, 18 december 2008.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 2008–2009, 26 150, nr. 66.

<sup>4</sup> [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org), 2006.

<sup>5</sup> Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *PbEG* 2000/C364/1, 2000.

<sup>6</sup> Grondwet Finland, artikel 6.

<sup>7</sup> Grondwet Duitsland, artikel 3, lid 3.

<sup>8</sup> Grondwet Zuid-Afrika, hoofdstuk 9, paragraaf 3.

<sup>9</sup> Grondwet Fiji, artikel 38.

<sup>10</sup> Grondwet Ecuador, artikel 23.2.

<sup>11</sup> Grondwet Zweden, hoofdstuk 1, paragraaf 2.

<sup>12</sup> Grondwet Portugal, artikel 13, artikel 71.

<sup>13</sup> Grondwet Bolivia, artikel 14.2.

## II. ARTIKELSGEWIJS

### *Artikel II*

Dit artikel bepaalt dat «handicap» en «hetero- of homoseksuele gerichtheid» als met name genoemde non-discriminatiegronden worden toegevoegd aan artikel 1 Grondwet. Om interpretatieproblemen te voorkomen is wat betreft de laatstgenoemde grond gekozen voor dezelfde terminologie als in de Awgb, die immers dient ter uitvoering van artikel 1 Grondwet. Onder de definitie van «hetero- of homoseksuele gerichtheid» valt ook biseksuele gerichtheid, aangezien die zowel hetero- als homoseksueel is.

Wat betreft de eerstgenoemde grond hebben de indieners, na overleg met de CG-Raad, gekozen om de formulering te houden bij «handicap» en niet uit te breiden tot «handicap en chronische ziekte». Hiermee wordt aangesloten bij formuleringen in internationale verdragen en vergelijkbare Grondwetsartikelen van andere landen, met name bij de omschrijving van handicap in het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.<sup>1</sup> Chronische ziekte valt ook onder hetgeen met «handicap» tot uitdrukking wordt gebracht.

Van der Ham  
Azough  
Timmer

---

<sup>1</sup> VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, *Trb.* 2007, 169, art. 1.