

Hoe een enkel feit tot een nieuwe schoolstrijd leidt?

Over het spanningsveld tussen de bijzondere school en de homoseksuele docent

*Remco Nehmelman**

1. INLEIDING

Grondrechten zijn in een democratische rechtsstaat van essentieel belang. Zij beschermen de burger immers tegen de almachtige overheid. Maar wat te doen als een medeparticulier een fundamenteel recht van een andere particulier schendt en beiden zich bovendien op een grondrecht kunnen beroepen? Dan komt men in het domein van de zogeheten botsende grondrechten. Een treffend voorbeeld hiervan komt naar voren bij de vraag of bijzondere scholen het recht hebben om, met een beroep op hun godsdienstige grondslag, homoseksuele docenten te weigeren in dienst te nemen of te ontslaan. Het recht op de vrijheid van onderwijs (de vrijheid van inrichting)¹ in samenhang met de vrijheid van godsdienst van de bijzondere school botst immers met het recht op gelijke behandeling van de homoseksuele docent. In 1994 heeft de wetgever getracht om voor deze problematiek een genuanceerde oplossing te formuleren in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB)² door middel van de zogeheten enkele-feitconstructie. Deze constructie houdt – onder andere – in dat bijzondere scholen de bevoegdheid houden om, met een beroep op hun godsdienstige grondslag, homoseksuele docenten te weigeren in dienst te nemen of te ontslaan, mits dit niet gebeurt vanwege het enkele feit dat hij homoseksueel is. De enkele-feitconstructie is sinds de inwerkingtreding van de Algemene wet gelijke behandeling niet onomstreden, integendeel zelfs, de laatste jaren neemt de kritiek op deze constructie toe. Nederland ontving zelfs in 2008 een ingebrekestelling van de Europese Commissie vanwege deze constructie. Ook in de literatuur heeft de enkele-feitconstructie kritiek te verduren gekregen, waarover later meer. Bovendien is sinds kort een initiatiefwetsvoorstel Van der Ham (D66) c.s. bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt gepleit voor het schrappen van de enkele-feitconstructie.³

* Mr. R. Nehmelman is universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht.

1 Vgl. o.a. D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. Toelichting op het grondwetsartikel over onderwijs mede aan de hand van ontwikkeling in wetgeving, internationaal recht en jurisprudentie*, 's-Gravenhage: Reed Business, editie 2007, p. 61 e.v. Zie ook: S.E. Zijlstra, *Vrijheid van richting in het onderwijsrecht*, Deventer: Kluwer 1989.

2 Wet van 6 maart 1994, *Stb.* 625.

3 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 476, nr. 3.

Genoeg reden om in deze bijdrage stil te staan bij de omstrede enkele-feitconstructie in het kader van de vraag of een bijzondere school het recht heeft een homoseksuele docent niet aan te nemen of te ontslaan vanwege zijn homoseksualiteit. Naast een (historische) reconstructie van de argumenten pro- en contra deze bepaling, zal in deze bijdrage worden betoogd dat de oplossing voor deze problematiek fundamenteeler is dan een aanpassing van de Algemene wet gelijke behandeling. De bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst zal een korte schets worden gegeven van de historie van de enkele-feitconstructie van art. 5, tweede lid, onder c AWGB. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de in 2000 aangenomen Europese Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep die heeft geleid tot de genoemde ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie.⁴ Daarbij zal tevens de opvatting van de Commissie Gelijke Behandeling worden uiteengezet. Vanwege het feit dat de Raad van State op verzoek van de Nederlandse regering een advies heeft uitgebracht naar aanleiding van de Europese ingebrekestelling en dit advies uitvoerig ingaat op de enkele-feitconstructie van homoseksuele leerkrachten, zal dit advies eveneens worden besproken. Vervolgens zal de essentie van het probleem worden geanalyseerd alsmede een parallel worden getrokken met de recente SGP-problematiek. Ook zal worden gesteld dat in het Verdrag van Lissabon een bepaling is verankerd die Nederland kan inbrengen ten behoud van de enkele-feitconstructie.

2. SCHETS VAN DE GESCHIEDENIS VAN DE 'ENKELE-FEITCONSTRUCTIE'

Nederland was met de invoering van de Algemene wet gelijke behandeling in 1994 één van de eerste landen binnen Europa met specifieke wetgeving ter bestrijding van discriminatie op tal van gronden.⁵ Vóór 1994 werd het uitgangspunt van gelijkwaardigheid en gelijke behandeling al breed gedeeld in de Nederlandse politiek. Zo trad in 1983 de herziene Grondwet in werking waarin het recht op gelijke behandeling prominent in artikel 1 werd verankerd.⁶ Daarnaast hadden burgers in het pre-AWGB tijdperk een beperkt civielrechtelijk instrument om discriminatie door medeburgers of maatschappelijke organisaties en instellingen te bestrijden, buiten het terrein van gelijke behandeling van mannen en vrouwen

4 Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG 2000, L 303/16.

5 Zie Ashley Terlouw en Aart Hendriks, 'Gebrekkige implementatie algemene gelijke behandelingsrichtlijn door Nederland', *NJCM-Bulletin*, 2008, nr. 5, p. 6196-619.

6 Artikel 1 Grondwet luidt: Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan. Zie over deze bepaling uitgebreider: S.C. van Bijsterveld, 'Artikel 1', in: A.K. Koekoek red.), *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 63 e.v.

bij arbeid.⁷ Toen het kabinet Van Agt-Wiegel in 1981 een eerste voorontwerp van een wet presenteerde waarmee werd getracht discriminatie naar sekse, huwelijkse staat, gezinsomstandigheden en homofilie tegen te gaan, was er grote tegenstand, vooral van de zijde van de confessionele fracties.⁸ Dat kwam vooral doordat in het voorontwerp geen ruimte werd gelaten voor uitzonderingen voor bijzondere instellingen op godsdienstige grondslag. De afbakening van grondrechten op het gebied van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en onderwijs waren volgens de tegenstanders van dit voorontwerp van wet dan ook onvoldoende gemaakt. In 1987 diende het tweede kabinet Lubbers een wetsvoorstel met dezelfde strekking in, maar dat voorstel stagneerde na het voorlopig verslag. In datzelfde jaar diende de PvdA-fractie een initiatiefwetsvoorstel in, eveneens zonder uitzondering voor het bijzonder onderwijs. Ook dit voorstel heeft nooit de eindstreep gehaald.⁹

Het zou tot 1990 duren alvorens het wetsvoorstel van de huidige Algemene wet gelijke behandeling bij de Tweede Kamer aanhangig werd gemaakt. De wet zou als gezegd uiteindelijk in 1994 in werking treden.¹⁰ Over de meeste bepalingen in de AWGB bestond eensgezindheid. Dat kon echter niet worden gezegd van de genoemde enkele-feitconstructie die in een aantal bepalingen van de AWGB is opgenomen.¹¹ Voor deze bijdrage is enkel de enkele-feitconstructie van art. 5, tweede lid onder c AWGB relevant; een bijzondere school mag op basis van deze constructie niet om het enkele feit van homoseksuele geaardheid een docent uit het (bijzonder) onderwijs werven. Alleen bijkomende omstandigheden konden aanleiding zijn voor de school om een docent te werven. In de memorie van toelichting behorende bij de AWGB wordt in twee passages de genuanceerde oplossing van de enkele-feitconstructie toegelicht. Vanwege de relevantie van beide passages zijn zij hieronder integraal weergegeven. Het toenmalige kabinet (Lubbers III) verdedigde bij monde van de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken, Ien Dales (PvdA), de enkele-feitconstructie(s) in de AWGB met de volgende passages in de memorie van toelichting:

'De rechtsverhoudingen binnen instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag worden mede gekenmerkt door de gemeenschappelijke overtuiging. De vrijheid van genoemde instellingen om eisen te stellen, die gelet op hun doel, nodig zijn voor de vervulling van een functie dient derhalve onverlet te worden gelaten. Er bestaat immers veelal een duidelijke band tussen de functie-eisen en de grondslag van de vereniging of stichting. Hierbij mogen deze instellingen niet discrimineren. Be-

7 Zie *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 476, nr. 3, p. 2.

8 Zie ook *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 476, nr. 3, p. 2.

9 Zie voor een korte beschrijving van de geschiedenis van de aanloop en de invoering van de (gehele) AWGB: S.C. van Bijsterveld 2000, p. 70 e.v.

10 Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 230.

11 Naast art. 5, tweede lid, AWGB is de enkele-feitconstructie ook opgenomen in art. 6a, tweede lid en art. 7, tweede lid van de AWGB.

paald is dan ook dat de gestelde eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid (in artikel 5, tweede lid, onderdeel b, is deze grond uiteraard niet genoemd), ras, geslacht, hetero- en homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat. Deze persoonskenmerken als zodanig zullen in redelijkheid niet als een criterium kunnen worden beschouwd dat bij voorbeeld bij de arbeid in een instelling op de bedoelde grondslag op zichzelf relevant is. Er kunnen evenwel bijkomende omstandigheden blijken die verband houden met een van de genoemde persoonlijke kenmerken, die wel relevant zijn voor het functioneren binnen een instelling op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag. Uit de voorgestelde uitwerking van het discriminatieverbod vloeit voort dat deze omstandigheden in de beoordeling mogen worden betrokken. Wanneer dit niet zou geschieden zou de wetgever de betekenis van de waarborging van de vrijheden van de artikelen 6, 8 en 23 van de Grondwet miskennen.¹²

Even verderop in de memorie van toelichting wordt duidelijk dat de voor bijzondere onderwijsinstelling een nog verdergaande ruimte door het kabinet werd voorgesteld met betrekking tot de enkele-feitconstructie:

'Hetgeen geldt voor religieuze of levensbeschouwelijke instellingen in het algemeen geldt in versterkte mate voor religieuze of levensbeschouwelijke instellingen werkzaam op het terrein van het onderwijs. In bijzondere onderwijsinstellingen worden kennis, waarden en normen overgedragen overeenkomstig de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de instelling. Deze instellingen zullen derhalve aan hun personeel in verband met hun functioneren eisen kunnen stellen die bijdragen tot het verwezenlijken van de grondslag van de instelling. Dat betekent dat de te stellen eisen anders dan in onderdeel a of b van artikel 5, tweede lid, - ook betrekking kunnen hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeien uit de vervulling van de functie binnen de instelling, maar daarvoor wel van belang zijn. Dit betekent dat bijvoorbeeld een bijzondere school wel een leraar mag weigeren als voor die functie nodig is dat de betrokkene - ook blijkens zijn of haar gedragingen - de tot die grondslag te rekenen seksuele moraal onderschrijft, maar niet een leraar op grond van een voor het functioneren irrelevante feit van een gerichtheid mag weigeren. Artikel 23 van de Grondwet brengt mee dat de beoordeling van deze relevantie in beginsel een zaak is van het bevoegd gezag. De vrijheid van onderwijs impliceert immers dat onderwijs kan worden gegeven ter verwezenlijking van de grondslag, waarin de "richting" van de school tot uitdrukking is gebracht. In artikel 5, tweede lid, onderdeel c, is de genoemde vrijheid wettelijk bevestigd.¹³

De citaten geven goed het genuanceerde evenwicht aan waarnaar het toenmalige kabinet op zoek was. Het mag niet verbazen dat juist ten aanzien van deze enkele-

le-feitconstructie stevige debatten in het parlement hebben plaatsgevonden. De confessionele partijen zoals het Gereformeerd Politiek Verbond (GPV) waren van opvatting dat het bevoegd gezag van de (bijzondere) school verantwoordelijk is (en dient te blijven) voor de realisering van de doelstelling en de naleving van de grondslag. Het mocht daarin niet belemmerd worden door een sturende overheid, aldus de toenmalige voorman van de GPV-fractie Gert Schutte.¹⁴ De progressieve fracties in het parlement daarentegen stelden juist dat de enkele-feitconstructie voor bijzonder scholen nog te veel ruimte bood om docenten te weren. Vooral de fracties van de VVD, D66 en GroenLinks stelden vraagtekens bij de definitie van 'bijkomende omstandigheden' aangezien de ruimte die aan de bijzondere scholen voor het weren van een homoseksuele docent juist van de invulling van dit vage begrip zou afhangen. In het debat stelde minister Dales dat het enkele feit van seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van de persoon in seksuele gevoelens, liefdesgevoelens, liefdesuitingen en liefdesrelaties. De homoseksuele leraar mag derhalve, volgens haar, niet vanwege het hebben van een homoseksuele relatie worden afgewezen, ook niet als zal blijken dat hij met deze relatie samenleeft.¹⁵ Op een vraag van het toenmalig Kamerlid Groenman (D66) over wat dan niet onder de definiëring van het 'enkele feit' moest worden verstaan en dan ook kon moest worden aangemerkt als bijkomende omstandigheid, antwoordde de minister of het wel de vraag was om daarover duidelijkheid te krijgen, waardoor zij ruimte liet voor toekomstige interpretatie.¹⁶ De minister verschaftte meer informatie over de term bijkomende omstandigheden tijdens het debat in de Eerste Kamer. Zo stelde zij dat wel rekening mocht worden gehouden met gedragingen en omstandigheden die niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit die de situatie op de (bijzondere) school kunnen betreffen, maar ook de situatie buiten de school. De leerkracht die aan de ene kant stelt dat hij de grondslag van de school onderschrijft, maar aan de andere kant deze grondslag tijdens de lessen niet uitdraagt of zelfs blijkt te verwerpen, voldoet niet aan de eisen die door het schoolbestuur aan hem kunnen worden gesteld, aldus de minister. Ook indien iemand in het openbaar blijkt geeft van een zodanige leefstijl dat hij datgene wat hij op de school uitdraagt in feite verwerpt of zelfs belachelijk maakt, kan hij daarmee afbreuk doen aan zijn geloofwaardigheid - en dus zijn geschiktheid - bij het vervullen van zijn functie in het onderwijs. Het wetsvoorstel belet bijzondere scholen aldus niet om een personeelsbeleid te voeren dat aan de leerkrachten de eis stelt dat zij de overtuiging van de school meedragen en uitdragen.¹⁷ Concrete voorbeelden van de grensgebieden tussen het 'enkele feit' en de 'bijzondere omstandigheden' wilde de minister niet noemen aangezien het volgens haar het een eigen verantwoordelijkheid van de bijzondere

14 *Handelingen II* 9 februari 1993, 46-3433.

15 *Handelingen II* 10 februari 1993, 47-3508.

16 *Handelingen II* 10 februari 1993, 47-3509, vgl. ook *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 476, nr. 3.

17 *Kamerstukken I* 1993-1994, 22 014, nr. 48.

12 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014, nr. 3, p. 7.

13 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014, nr. 3, p. 7 en 8.

instelling zelf is om te bepalen welke eisen uit de grondslag van de instelling voortvloeien. Het enige dat door haar werd gesteld, was dus dat niet het enkele feit van de hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, maar de wijze waarop de betrokkene in concreto in zijn leefwijze en bij het uitdragen van de grondslag uiting geeft aan die gerichtheid of burgerlijke staat, afbreuk kan doen aan de verwezenlijking van de grondslag, daaronder de geloofwaardige overdracht van normen en waarden aan leerlingen begrepen.¹⁸ In voorkomende gevallen waar docenten niet die gewenste overdacht zouden kunnen realiseren, moest de nieuw ingestelde Commissie gelijke behandeling (CGB) een – niet bindende – uitspraak doen.

Pas vijf jaar na de inwerkintreding van de AWGB werd de CGB geconfronteerd met een geschil waarbij art. 5, tweede lid, onder c AWGB een centrale rol speelde.¹⁹ In deze zaak ging het om een afdelingsbestuur van een basisschool op reformatorische grondslag die een sollicitant voor de vacature van groepsleerkracht geweigerd had vanwege zijn homoseksuele gerichtheid en samenlevingsverband buiten huwelijk. Het afdelingsbestuur verzocht de CGB te beoordelen of aldus in strijd met de AWGB was gehandeld. Met een beroep op de hiervoor uiteengezette wetshistorie oordeelde de CGB dat het als homoseksueel samenwonen met iemand van hetzelfde geslacht onder 'het enkele feit van homoseksuele gerichtheid' moet worden begrepen. Derhalve was de weigering van een leerkracht louter vanwege het enkele feit van samenleven met iemand van hetzelfde geslacht niet toelaatbaar, immers in strijd met art. 5, eerste lid, juncto tweede lid onder c AWGB. Dat sluit niet uit, aldus de CGB, dat 'bijkomende omstandigheden' een dergelijke weigering niettemin kunnen rechtvaardigen. Het is dan evenwel aan het bestuur om aannemelijk te maken dat de betreffende leerkracht gezien zijn gedragingen en opvattingen, en gelet op de uitgangspunten van de school, niet bij deze instelling past. Dat impliceerde in het onderhavige geval ten minste, dat de leerkracht de kans moest hebben gekregen om naar voren te brengen hoe hij zijn seksuele gerichtheid of wijze van samenleven kan rijmen met de doelstelling van de school. Nu de leerkracht niet was uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek en zijn leefwijze in samenhang met zijn functioneren op school derhalve niet aan de orde is gesteld, moest volgens de CGB worden dat in casu van een toetsing van eventuele aanwezige bijkomende gedragingen die een weigering zouden kunnen rechtvaardigen, geen sprake is geweest. Bij gebreke van een dergelijke concrete belangenafweging kwam de CGB dan ook tot de slotsom dat (verboden) onderscheid is gemaakt op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid. Welke de bijkomende omstandigheden zouden zijn geweest aan de hand waarvan een schoolbestuur concreet had kunnen aantonen dat met de benoeming van betrokkene afbreuk werd gedaan aan de grondslag van de school is in deze uitspraak door de CGB niet gespecificeerd.

¹⁸ *Handelingen II* 10 februari 1993, 47-3508.

¹⁹ Commissie gelijke behandeling, 29 april 1999, nr. 38, AB 2000, 71, m.nt. B.P. Vermeulen.

De uitspraken met betrekking tot de aanname en ontslagbeleid van bijzondere scholen van homoseksuele leerkrachten zijn schaars en zelfs kan worden gesteld dat de zojuist weergegeven uitspraak de enige is met betrekking tot dit probleem.

De CGB heeft echter ten aanzien van de andere in de AWGB neergelegde enkele-feitconstructies wel meerdere malen uitspraak gedaan en criteria ontwikkeld ten aanzien van de inroepbaarheid van deze constructie. In een zo dadelijk wat uitvoeriger te bespreken ad hoc-advies dat de CGB uitbracht naar aanleiding van een vermeende strijdigheid van de enkele-feitconstructie in de AWGB met een Europese gelijke behandelingsrichtlijn, zet de CGB kernachtig uiteen welke toetsingscriteria door haar worden gehanteerd voor de beoordeling of de enkele-feitconstructie in een geschil rechtmatig wordt ingeroepen.²⁰ Deze cumulatieve voorwaarden zijn achtereenvolgens:

1. *Of er in het voorliggende geval sprake is van een instelling op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag dan wel een instelling van bijzonder onderwijs.*
2. *Of de functie-eis is gegrond op een vast (consequent) en op het doel van de instelling berustend beleid.*
3. *Of de betwiste functie-eis nodig is voor de vervulling van de functie respectievelijk de verwezenlijking van de grondslag van de instelling en ten slotte.*
4. *Of de functie-eis leidt tot onderscheid op grond van het enkele feit van een andere door de AWGB beschermd persoonlijk kenmerk en er geen bijkomende omstandigheden zijn waardoor onderscheid alsnog wordt gerechtvaardigd.*

3. EUROPESE ANTI-DISCRIMATIETREGELGEVING EN DE STRIJDIGHEID MET DE ENKELE-FEITCONSTRUCTIE

Sinds 1997 is ook de EU-regelgever zich intenser gaan bezighouden met normgeving ter voorkoming van discriminatie. Deze Europese ontwikkeling heeft mede als gevolg gehad dat de enkele-feitconstructie, zoals onder andere vastgelegd in art. 5, tweede lid, onder c AWGB, wederom stevig onder vuur is komen te liggen. Het is dan ook van belang bij deze Europese anti-discriminatieregelgeving stil te staan. Tijdens de Europese Raad van Amsterdam werd besloten om het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen (EG) op onderdelen te wijzigen. Eén van de wijzigingen betrof het vastleggen in art. 13 van dit verdrag van een bevoegdheid voor de Raad om onder bepaalde voorwaarden passende maatregelen te nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.²¹ Hoewel art. 13 EG-Verdrag geen zelfstandige bevoegdheden aan de Ge-

²⁰ CGB-Advies/2008/02, maart 2008, www.cgb.nl.

²¹ Verdrag van Amsterdam (2 oktober 1997), PbEG 1997, C340, *Trb.* 1998, 11. Zie voor een meer uitvoerige uiteenzetting van de ontwikkeling van de Europese anti-discriminatie-regelgeving sinds 1997 Terlouw & Hendriks 2008, p. 616 e.v.

meenschap toekende betreffende gelijke behandeling, is geleidelijk het uitgangspunt van anti-discriminatie zoals vervat in deze bepalingen uitgewerkt in diverse andere artikelen van het verdrag.²² Bovendien werden spoedig na opneming van de nieuwe Europese anti-discriminatiebepaling twee richtlijnen door de Europese Raad aangenomen ter (daadwerkelijke) bestrijding van discriminatie. De eerste richtlijn betrof het tegengaan van rassendiscriminatie²³ De tweede richtlijn – en voor deze bijdrage meer relevant – betrof het reguleren van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn, afgekort de Agb-richtlijn).²⁴ Deze Agb-richtlijn diende uiterlijk op 2 december 2003 te zijn omgezet in nationaal recht. In 2006 werden zeventien lidstaten waaronder Nederland schriftelijk door de Europese Commissie aangehaand om richtlijnconform te implementeren gevolgd door een in februari 2008 uitgebracht met redenen omkleed advies naar elf lidstaten aangezien die volgens de Commissie niet tot juiste of niet volledige implementatie van de Agb-richtlijn waren overgegaan.²⁵ Daarmee was, op grond van het toenmalige art. 226 EG-Verdrag, een aanvang gemaakt met de tweede fase van een zogeheten Europese inbreukprocedure. Nederland had twee maanden de tijd om te reageren en deed dat op 18 maart 2008, waarover straks meer.²⁶

In de meeste Europese lidstaten was tot 2000 de gelijkebehandelingswetgeving aanzienlijk minder ontwikkeld dan in Nederland.²⁷ Nederland had bovendien enkele maatregelen genomen ter implementatie van de Agb-Richtlijn. Zo werd de AWGB in 2004 op een aantal punten gewijzigd en zijn voorts de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid tot stand gekomen.²⁸ De Nederlandse regering was dan ook in de veronderstelling dat het de Agb-richtlijn conform de richtlijn was geïmplementeerd. De Europese Commissie was echter een andere opvatting toegedaan. De Commissie was in het algemeen van opvatting dat de voornaamste tekortkoming van de lidstaten met betrekking tot de omzetting van de richtlijnen in het gegeven lag dat de nationale wetgeving in vergelijking met de Agb-richtlijn een te beperkt bereik heeft. Het in januari 2008 door de

22 Zie hierover tevens: C.W. van der Pot & D.J. Elzinga (e.a.), *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 318.

23 Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (Rasrichtlijn), *PbEG* 2000, L 180/22.

24 Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

25 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Inbreukestelling, Inbreuk nr. 2006/244, zie ook *Kamerstukken II* 2007-2008, 27 017, nr. 34.

26 Reactie Nederlandse regering op het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie; Inbreukestelling nr. 2006/2444, 18 maart 2008, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007-2008, 27 017 (Homo-emancipatiebeleid), nr. 40.

27 Zie Terlouw & Hendriks 2008, p. 620.

28 Terlouw & Hendriks 2008, p. 620, zie m.n. voetnoot 25.

Commissie uitgebrachte met redenen omkleed advies aan Nederland laat zien dat de Commissie van oordeel is dat de definities van art. 2, tweede lid, van de Agb-richtlijn niet nauwkeurig zijn geïmplementeerd en dat het de mogelijkheden die de Agb-richtlijn biedt voor ongelijk behandelen (art. 4, eerste lid, Agb-Richtlijn) te ruim heeft geïmplementeerd. Met name voor deze bijdrage is art. 4 (wezenlijke beroepsvereisten) van de Agb-richtlijn relevant. Deze bepaling luidt:

Wezenlijke beroepsvereisten

1. *Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.*

2. *De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen. Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.*

In deze bepaling wordt derhalve een aantal algemene uitzonderingsgronden geformuleerd op het in art. 2, eerste en tweede lid geformuleerde algemene uitgangspunt van het verbod van ongelijke behandeling bij arbeid en beroep.²⁹ Het betreft hier de zogeheten wezenlijke beroepsvereisten. Het eerste lid van art. 4 van de Agb-richtlijn stelt een aantal eisen aan een gerechtvaardigde uitzondering: als een verschil in behandeling berust op een kenmerk in verband met een van de

29 Artikel 4 van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

onder de richtlijn vallende gronden van discriminatie, is er slechts dan sprake van discriminatie indien een dergelijk kenmerk vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig is aan het doel.³⁰ Deze Europese uitzonderingsgrond is volgens de Europese Commissie aanzienlijk beperkter dan de onder andere in art. 5, tweede lid, onder c AWGB neergelegde uitzonderingsgrond. De Commissie is van opvatting, dat art. 5, tweede lid, AWGB niet duidelijk maakt dat uitzonderingen op de norm slechts zijn toegestaan indien is voldaan aan de tweeledige eis van art. 4 Agb-richtlijn: (1) een legitiem doel en (2) een vereiste dat evenredig is aan dit doel.

Minister Plasterk (PvdA), destijds verantwoordelijk voor het homo-emancipatiebeleid, stelde nadat een aantal fracties in de Tweede Kamer eveneens te kennen hadden gegeven de kritiek van de Europese Commissie te delen, dat de AWGB discriminatie van homoseksuelen toestaat. De minister herhaalde de (klassieke) stelling dat de AWGB het weigeren van een leerkracht door een christelijke school vanwege het 'enkele feit van' homoseksueel zijn verbiedt en dat daaronder ook valt het hebben van een homoseksuele relatie en het samenwonen met iemand van hetzelfde geslacht.³¹ Ook in het daaropvolgende regeringsstandpunt wordt het standpunt van minister Plasterk gedeeld. Volgens de regering is met de huidige formulering van art. 5, tweede lid, AWGB op een juiste wijze uitvoering gegeven aan de verplichtingen in de Agb-richtlijn.³²

De Commissie gelijke behandeling heeft, zoals reeds gemeld, in maart 2008 een ad hoc-advies uitgebracht naar aanleiding van de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van de Agb-richtlijn.³³ Het advies staat stil bij alle door de Europese Commissie gesignaleerde gebreken en dus tevens bij de enkele feit-constructie zoals vastgelegd in art. 5, tweede lid, AWGB. De CGB komt tot het oordeel dat ondanks de hierboven weergegeven strikte toets van art. 5, tweede lid, AWGB, de zinsnede 'enkele feit' ruimte laat om bijkomende feiten en omstandigheden aan te dragen waardoor onderscheid alsnog wordt gerechtvaardigd. Weliswaar sluit volgens de CGB deze strikte toets aan bij de strenge eisen van de Agb-richtlijn. Volgens de Commissie gelijke behandeling kan echt niet worden ontkend dat de Agb-richtlijn een andere insteek heeft ter beoordeling van de vraag of een beroep kan worden gedaan op deze uitzondering. De door de CGB ontwikkelde toets ten aanzien van de enkele-feitconstructie volgt niet rechtstreeks uit de vigerende wetstekst en bovendien kan in de praktijk hiervan worden afgeweken, aldus de CGB. Concluderend stelt de CGB dat de algemene uitzondering van art. 5, twee-

30 Zie ook Terlouw & Hendriks 2008, p. 622.

31 *Handelingen II* 5 februari 2008, 49, p. 3623-3626.

32 Zie Terlouw & Hendriks 2008, p. 623.

33 CGB-Advies/2008/02, maart 2008, www.cgb.nl.

de lid, AWGB niet in lijn is met art. 4, eerste en tweede lid, van de Agb-richtlijn en dat herformulering noodzakelijk is.

4. ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE OVER DE EUROPESE INGEBREKESTELLING

Eind 2008 stuurde de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ter Horst (PvdA) een brief aan de Tweede Kamer waarin, naast de periodieke evaluatie van de AWGB,³⁴ melding werd gemaakt van het feit dat het kabinet besloten had om advies te vragen aan de Raad van State over de enkele-feitconstructie.³⁵ Aan de Raad van State werd de volgende vraag voorgelegd: Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de AWGB waarin de zogenoemde enkele-feitconstructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of strekking van de Europese richtlijn 2000/78/EG dat de enkele-feitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de AWGB neergelegde balans tussen grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het non-discriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft.³⁶ De regering wilde derhalve nagaan of en op welke wijze zij tegemoet kan komen aan de kritiek van de Europese Commissie.

De Raad van State komt in zijn advies van 18 mei 2009 tot de conclusie dat er mogelijkheden zijn om de AWGB zodanig aan te passen aan het Europees recht dat de zogenoemde enkele-feitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de AWGB neergelegde balans tussen grondrechten behouden blijft.³⁷ De Raad komt tot deze conclusie nadat hij eerst de relevante bepalingen in de AWGB en de Agb-richtlijn inhoudelijk analyseert en onderling vergelijkt. Uitkomst van die analyse is volgens de Raad van State dat aan de AWGB en de Agb-richtlijn vergelijkbare overwegingen ten grondslag liggen. In beide regelingen geven de bepalingen, aldus de Raad van State, organisaties op godsdienstige grondslag, waaronder confessionele onderwijsinstellingen, de mogelijkheid van hun personeel loyaliteit aan die grondslag te verlangen. Voor onderwijsinstellingen kan de eis van loyaliteit zich ook uitstrekken tot bepaalde opvattingen en houdingen die niet rechtstreeks aan de functieervulling binnen de instelling gekoppeld zijn, maar die betrekking kunnen hebben op gedrag buiten de instelling. De criteria die zien op de voor de loyaliteit relevant geachte omstandigheden dienen echter wel altijd te kunnen worden herleid tot de godsdienst/levensbeschouwing die de grondslag van de instelling vormt en dienen, zo stelt de Raad van State, door de instelling dan ook consistent gehandhaafd te worden. Deze – samengevatte – analyse brengt de Raad van State tot het eindoordeel dat het mogelijk moet zijn

34 Vgl. art. 33 AWGB.

35 *Kamerstukken II* 2008-2009, 28 481, nr. 5.

36 *Kamerstukken II* 2008-2009, 28 481, nr. 5, p. 2.

37 Raad van State 18 mei 2009, No. W04O8.0593/1, vgl. www.raadvanstate.nl.

een nieuwe wettekst te formuleren waarin de kernelementen van de bepalingen van zowel de AWGB als de Agb-richtlijn volledig tot hun recht komen zonder dat 'de bestaande grondrechtenbalans' wordt aangetast. De Raad merkt uitdrukkelijk op dat hij geen oordeel velt over die bestaande grondrechtenbalans; daarover werd immers geen advies gevraagd. De Raad van State zegt met andere woorden, dat art. 4 Agb-richtlijn ruimte laat voor eenzelfde grondrechtenbalans zoals vastgelegd in art. 5, tweede lid, AWGB en de enkele-feitconstructie om die reden kan worden verwijderd uit laatstgenoemde bepaling.

Ten slotte doet de Raad van State in zijn advies enkele suggesties aan de regering voor onderdelen van een mogelijke nieuwe AWGB-wetstekst. De eerste tekstvariant betreft er één die in opzet en systematiek zo dicht mogelijk aansluit bij artikel 4, tweede lid, van de Agb-richtlijn.³⁸ De tweede tekstvariant die werd voorgesteld sloot in opzet en systematiek aan bij de opzet van het huidige artikel 5, tweede lid van de AWGB.³⁹ Het kabinet Balkenende IV heeft op 29 september 2009 aan de Tweede Kamer laten weten dat het de voorkeur geeft aan de eerste door de Raad van State voorgestelde tekstvariant en voornemens is om de AWGB op deze wijze aan te passen.⁴⁰

In de literatuur is stevige kritiek op het advies van de Raad van State geuit. Zo stellen Terlouw en Hendriks zich op het standpunt dat de Raad van State de

38 De tekst van deze nieuwe AWGB bepaling zou dan volgens de Raad van State als volgt kunnen luiden:

'Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:

- a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
- b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.'

39 Deze tweede variant werd als volgt voorgesteld:

'Het eerste lid laat onverlet: a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen die nodig zijn voor de vervulling van een functie en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag;

b. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie die nodig zijn voor de verwezenlijking van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag.'

40 Kamerstukken II 2009-2010, 28 481 en 27 017, nr. 6. p. 3.

regering heeft geholpen om de Agb-richtlijn te ontduiken.⁴¹ Zij vinden het advies van de Raad van State teleurstellend en zien het als een zoektocht naar het behoud van ruimte voor religieuze scholen om homoseksuele docenten te weigeren, in plaats van een poging de Nederlandse wetgeving 'Europaproof' te maken. Ook Strijkers oordeelt dat zowel de regering als de Raad van State de Agb-richtlijn niet goed doordrongen zijn van de Europese ingebrekestelling.⁴² Volgens Strijkers stelt de Europese Commissie in diens brief aan Nederland over de vermeende ingebrekestelling dat de Nederlandse grondrechtenbalans wijziging behoeft in het licht van de Agb-richtlijn en er derhalve een noodzaak bestaat om de enkele-feitconstructie te schrappen en niet op basis van het gegeven, zoals de Raad van State stelt, dat art. 4 van de Agb-richtlijn eenzelfde uitzonderingsgrond kent als art. 5, tweede lid, AWGB.

5. ESSENTIE VAN HET PROBLEEM, PARALLEL MET DE SGP EN DE OPLOSSING

Na bovenstaande uiteenzetting van het lastige vraagstuk of bijzondere scholen de bevoegdheid hebben – en mogen behouden – om, met een beroep op hun godsdienstige grondslag, homoseksuele docenten te weigeren, in dienst te nemen of te ontslaan, zal in deze paragraaf de balans worden opgemaakt en zal tevens worden getracht een standpunt in deze 'hardcase' in te nemen. Kernachtig kan men stellen dat er twee 'kampen' zijn in het hiervoor weergegeven debat. Aan de ene kant staan de Europese Commissie, de progressieve fracties in de Tweede Kamer en een aantal wetenschappers (Terlouw, Hendriks en Strijkers) die van mening zijn dat de enkele-feitconstructie moet worden geschrapt nu deze constructie in strijd is met de Agb-richtlijn. Aan de andere kant zijn de Raad van State en het voormalige kabinet⁴³ de opvatting toegedaan dat de enkele-feitconstructie zoals vastgelegd in de AWGB kan worden geschrapt nu in art. 4 van de Agb-richtlijn ruimte wordt gelaten voor eenzelfde grondrechtenbalans waartoe destijds in de AWGB is gekozen.⁴⁴ Indien de eerstgenoemde groep gelijk heeft kan dat verstrekkende gevolgen hebben voor het systeem voor de bekostiging van het bijzonder onderwijs in Nederland. Gesteld moet dan worden dat dan niet alleen de enkele-feitconstructie in strijd is met de Agb-richtlijn, maar waarschijnlijk ook dat

41 Ashley Terlouw & Aart Hendriks, 'Raad van State helpt regering Europese anti-discriminatie-richtlijn te ontduiken', *Nederlands Juristenblad* 2009, vol. 84, p. 1636-1637.

42 M.J. Strijkers, 'Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: C.J. Forder (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2009*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 135 e.v.

43 Vooralsnog is niet duidelijk welke positie het kabinet-Rutte in deze kwestie zal innemen.

44 Vermoedelijk zullen de confessionele fracties in het parlement (CDA, Christen Unie en de SGP) deze lijn van de Raad van State volgen.

art. 23 van de Nederlandse Grondwet *niet* richtlijnconform is. Deze stelling heeft onderbouwing. Daarom eerst iets meer over art. 23 Grondwet.

De tekst van art. 23 Grondwet is sinds het opnemen van de vrijheid van onderwijs in 1917 nauwelijks veranderd. De tekst van dit artikel is het resultaat van een lang conflict (de schoolstrijd) over de vraag of bijzondere scholen op gelijke wijze als openbare scholen aanspraak konden maken op overheidsfinanciering met behoud van de vrijheid van richting.⁴⁵ Bij de laatste grote Grondwetsherziening van 1983 is dit grondrecht vrijwel ongemoeid gelaten, wat heeft geresulteerd in een soms lastig leesbaar en toepasbare grondwettelijke bepaling. Enerzijds worden bepaalde begrippen in dit artikel nog steeds historisch geïnterpreteerd, waarbij wordt gekeken naar de bedoeling van de grondwetgever van 1917; anderzijds worden begrippen uit deze bepaling extensief geïnterpreteerd om zo van toepassing te laten zijn op maatschappelijke en wettelijke ontwikkelingen. Kenmerkend aan art. 23 Grondwet is voorts dat de Grondwettelijke delegatieterminologie niet van toepassing is. Wel staat vast dat de onderwijsvrijheid zoals vervat in art. 23 Gw drie deelvrijheden omvat te weten: (1) De vrijheid van oprichting (art. 23, tweede lid Gw); (2) de vrijheid van richting (art. 23, vijfde lid, Gw) en (3) de vrijheid van inrichting (in het bijzonder art. 23, zesde lid, Gw).

Met name de leden vijf en zes van art. 23 Gw zijn voor deze bijdrage relevant. In het vijfde lid wordt bepaald dat de wetgever deugdelijkheidseisen kan stellen aan het onderwijs dat geheel of ten dele uit de openbare kas wordt bekostigd met die kanttekening dat de vrijheid van richting voor het bijzonder onderwijs in acht wordt genomen. In het zesde lid wordt vervolgens bepaald dat deze eisen voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig worden geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt bovendien met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.

Betekent dat laatste nu dat de enkele-feitconstructie van art. 5, tweede lid, onder c, AWGB in strijd is met art. 23, zesde lid, Gw? Zoals besproken was de enkele-feitconstructie het resultaat van een lange parlementaire behandeling en is deze constructie (kennelijk) niet strijdig met de Grondwet. Het enkele feit dat een schoolbestuur bijkomende omstandigheden aannemelijk zal moeten maken om een gehanteerd onderscheid te kunnen rechtvaardigen, is aanvaardbaar en – gezien het vermoeden dat alsdan sprake kan zijn van een vermoeden van ongeoorloofd onderscheid – zelfs verplicht.⁴⁶ Volgens Vermeulen zal de strijdigheid van art. 5, tweede lid, onder c AWGB met art. 23, vijfde en zesde lid, Gw afhangen van de wijze waarop de Commissie gelijke behandeling in concreto invulling geeft aan het vereiste dat het schoolbestuur bijkomende omstandigheden aanne-

45 Vgl. D. Mentink & B.P. Vermeulen, in Koekkoek 2000, p. 245. Zie over de schoolstrijd uitvoerig Zijlstra 1989.

46 Vgl. punt 6 van de annotatie van B.P. Vermeulen bij de reeds aan de orde gestelde uitspraak van de CGB van 29 april 1999, AB 2000, 71.

melijk zal moeten maken. Naar mate de bewijslast ter zake zwaarder is zal eerder sprake kunnen zijn van strijd met het grondwettelijk verankerde recht van vrijheid van richting en inrichting. Uit het hiervoor gaande is duidelijk dat de CGB een strikte toets toepast bij de enkele-feitconstructies zoals vervat in de andere AWGB bepalingen. Deze toets is mijns inziens vooralsnog *in abstracto* conform de grondwettelijke vrijheid van richting en inrichting.⁴⁷

Tot zover de conformiteit van de enkele-feitconstructie met artikel 23 Gw. De vraag die echter rijst is of de Agb-richtlijn noopt tot aanpassing van de enkele-feitconstructie zoals vastgelegd in de AWGB en zo ja, of daarmee juist niet ook een strijdigheid met art. 23 Gw zou ontstaan? Zoals vastgesteld is de Europese Commissie (vooralsnog) van oordeel dat de enkele-feitconstructie in de AWGB te ruim is in vergelijking met de Agb-richtlijn (art. 4 Richtlijn). Ook gelet op het ingediende initiatiefwetsvoorstel Van der Ham c.s. is een aantal Kamerleden en bovendien een aantal wetenschappers deze mening toegedaan. Gevolg daarvan is dat de enkele feit-constructie moet worden geschrapt vanwege strijd met de Agb-richtlijn. Indien die redenering wordt gevolgd, dan zou men zich moeten afvragen of dat de consequentie heeft dat art. 23 Gw de toets aan de Agb-richtlijn evenmin kan doorstaan. Dat zou verstrekende gevolgen hebben voor het sinds 1917 grondwettelijk verankerde systeem van de gelijke bekostiging van bijzondere scholen in Nederland, met behoud van de eigen (veelal religieuze) identiteit. Het schrappen van de enkele-feitconstructie laat namelijk geen ruimte meer voor het schoolbestuur om op grond van *bijzondere* (bijkomende) omstandigheden een homoseksuele leraar op een bijzonder school te weigeren, aan te nemen dan wel te ontslaan en komt daarmee mijns inziens waarschijnlijk in strijd met de vrijheid van (in)richting van art. 23 Gw.⁴⁸ Hoe abject men het ook vindt om een leerkracht te ontslaan op grond van bijzondere omstandigheden die niet samenhangen met het enkele feit van zijn (of haar) homoseksualiteit, voor dit systeem is in 1917 grondwettelijk gekozen en genuanceerd uitgewerkt in de in 1994 inwerking getreden AWGB. De conclusie zou dan ook kunnen luiden dat op basis van deze redenering niet alleen de AWGB zal moeten worden gewijzigd, maar ook art. 23 van de Nederlandse Grondwet.

De indieners van het initiatiefwetsvoorstel voor het verwijderen van de enkele-feitconstructie staan eveneens stil bij de vraag hoe dit wetsvoorstel zich verhoudt met art. 23, zesde lid, Gw.⁴⁹ Met de vrijheid van richting en in het bijzonder de vrijheid van de aanstelling der onderwijzers trekken zij een parallel met de wijzi-

47 Zie voor de correcte toepassing van deze toets in een geschil over art. 5, tweede lid, onder c AWGB de reeds besproken CGB-uitspraak van 26 april 1999, AB 2000, 71, m.nt. B.P. Vermeulen.

48 De vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting zijn nauw met elkaar verbonden, vgl. D. Mentink & B.P. Vermeulen 2000, p. 245 e.v.

49 *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 476, nr. 3, p. 9.

ging in de opvatting die de afgelopen jaren heeft plaatsgevonden ten aanzien van de vrijheid van leermiddelen. Zo wijzen de indieners op de recentelijk door de regering ingevoerde verplichting voor bijzondere scholen om ook de omstreden evolutietheorie van Charles Darwin te examineren. Gelet hier op is er volgens hen een parallelliteit met onderhavig wetsvoorstel. Ik ben het daar niet mee eens. In de eerste plaats vanwege het gegeven dat ook bij het door hen opgevoerde voorbeeld naar mijn mening tevens strijd was met art. 23 Gw. Bovendien acht ik de vergelijking niet relevant. De vrijheid van leermiddelen is van een andere orde die niet kan dienen ter vergelijking met de vrijheid van de aanstelling van leerkrachten. Beide elementen van de vrijheid van inrichting, dat een zeer sterke connexiteit heeft met de vrijheid van richting, dienen op hun eigen waarde te worden beoordeeld.⁵⁰

In de opvatting van de Raad van State en het voormalige kabinet kan de enkele-feitconstructie om een heel andere reden worden geschrapt uit de AWGB. Aangezien de Agb-richtlijn ruimte laat voor de Nederlandse grondrechtenbalans tussen de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van godsdienst enerzijds en de vrijheid van gelijke behandeling anderzijds. Volgt men deze opvatting dan is er uiteraard geen strijd met de grondwettelijk verankerde vrijheid onderwijs en in het bijzonder de vrijheid van richting en inrichting. De Europese ingebrekestellingsprocedure tegen Nederland doet echter vermoeden dat er voor een schoolbestuur van een bijzondere school in de toekomst veel minder ruimte wordt gelaten om homoseksuele leerkrachten te werven. Dat gegeven maakt als gezegd duidelijk dat ook art. 23 Gw hoogstwaarschijnlijk in strijd zou kunnen zijn met de Europese richtlijn.

Er dringt hier mijns inziens een parallel op met de SGP-problematiek.⁵¹ Bij het sluiten van het VN-Vrouwenverdrag werd er door de Nederlandse regering vanuit gegaan dat zij geen maatregelen behoefde te treffen om de SGP te dwingen om het passieve kiesrecht aan vrouwen te garanderen. Inmiddels weten we dat de Hoge Raad daar heel anders over denkt.⁵² Bij de Goedkeuringswet van het VN-Vrouwenverdrag werd door de confessionele fracties in de Tweede Kamer reeds op dit 'gevaar' gewezen en zou volgens hen art. 7 VN-Vrouwenverdrag ernstig afbreuk kunnen doen aan de vrijheid van (politieke) vereniging en vrijheid van godsdienst.⁵³ Ook bij de totstandkoming van de Europese Agb-richtlijn was de Nederlandse regering kennelijk van oordeel dat de in de AWGB neergelegde enkele-feitconstructie richtlijnconform was. Niets is ook hier minder waar gebleken gelet op de ingebrekestelling van de Europese Commissie. De Nederlandse regering zou er mijns inziens in de toekomst beter aan doen om in een

50 D. Mentink & B.P. Vermeulen, 2000, p.

51 Zie voor een recente en korte bespreking van de SGP-problematiek en de daarover geschreven literatuur A. Terlouw, *Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving*, Den Haag: Sdu, 2010, p. 103 e.v.

52 HR 9 april 2010, LjN: BK4549.

53 Zie o.a. de annotatie van Kanne en Nehmelman bij ABRvS 5 december 2007, JB 2008/24.

vroeg stadium bij verdragssluiting dan wel bij het tot stand komen van een Europese richtlijn zich te vergewissen van de mogelijke ernstige constitutionele problemen die na de inwerkingtreding van dergelijke verdragen en richtlijnen kunnen voordoen.

Anders dan bij de SGP-problematiek heeft de Nederlandse regering echter nog een middel dat het kan inbrengen voor het behoud van de enkele-feitconstructie waardoor de AWGB en art. 23 Gw niet behoeven te worden gewijzigd. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is er namelijk een instrument voor de lidstaten geïntroduceerd om zich te verweren tegen een richtlijn – of andere handeling van de Europese Unie – die indruist tegen de nationale en constitutionele identiteit.⁵⁴ Artikel 4, tweede lid, Verdrag betreffende de Europese Unie luidt sinds het Verdrag van Lissabon als volgt:

De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.⁵⁵

Voor een beperkt aantal fundamentele nationale constitutionele onderwerpen is er dus een mogelijkheid voor een lidstaat om zich te verweren tegen een Europese richtlijn die haaks staat op de nationale constitutionele identiteit. Mijns inziens is zeer goed verdedigbaar dat het onderwerp van de gelijke financiering van bijzondere scholen met behoud van eigen richting (en inrichting) zodanig tot de Nederlandse identiteit behoort en bovendien is verankerd in de constitutionele basisstructuur – namelijk art. 23 Gw – dat de Nederlandse regering zich met succes op art. 4, tweede lid, van het Verdrag van de Europese Unie kan beroepen. Tot op heden heeft zich een dergelijk conflict tussen Europees recht en de Nederlandse Grondwet nog niet voorgedaan. De enige andere optie voor Nederland is de Agb-richtlijn conform te implementeren waarmee ook art. 23 Grondwet zal moeten worden gewijzigd.

6. AFSLUITING

In deze bijdrage is stilgestaan bij de lastige vraag of bijzondere scholen het recht hebben om homoseksuele docenten te werven. In de in de AWGB neergelegde

54 Zie hierover meer Leonard F.M. Besselink, 'National and constitutional identity before and after Lisbon', *Utrecht Law Review* 2010, Vol. 6, Issue 3 (November) 2010, p. 36-49.

55 Art. 4, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

enkele-feitconstructie heeft de wetgever een weliswaar omstreden, maar niettemin genuanceerde grondrechtenbalans weten te vinden die in abstracto recht doet aan de vrijheid van onderwijs en vrijheid van godsdienst enerzijds en het recht op gelijke behandeling anderzijds. Door de Europese richtlijn op het gebied van gelijke behandeling in arbeid en beroep wordt deze grondrechtenbalans mijns inziens ernstig verstoord. Het schrappen van de enkele-feitconstructie heeft dermate verstrekkende gevolgen dat waarschijnlijk ook art. 23 Gw moet worden gewijzigd. Immers, de daarin verankerde vrijheid van richting en inrichting worden bij een richtlijnconforme implementatie zodanig aangetast dat aan de gelijke financiering van het bijzonder onderwijs met behoud van de vrijheid van richting zoals ingevoerd in 1917, een einde komt. Dit gegeven maakt echter dat het niet ondenkbaar is dat art. 23 Gw een zware nationale constitutionele bepaling betreft die voldoet aan het criterium zoals neergelegd in art. 4, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie zoals gewijzigd bij het Verdrag van Lissabon. Nederland zou zich dan ook waarschijnlijk met succes op deze bepaling kunnen beroepen en een uitzondering kunnen veroorloven op de hiervoor genoemde Europese Richtlijn inzake gelijke behandeling. Indien de Nederlandse wetgever echter af wil van de vrijheid van richting en inrichting in het mede door de overheid gefinancierde bijzonder onderwijs, dan zou in dit geval richtlijnconforme implementatie voldoende zijn. Het resultaat zal waarschijnlijk een hernieuwde schoolstrijd zijn.