

ARTIKEL 1 GRONDWET – GOEDE GRONDEN VOOR WIJZIGING?

Janneke Gerards *

Samenvatting | Artikel 1 Grondwet wordt regelmatig als een soort preambule voor onze Grondwet aangemerkt. Het tegengaan van discriminatie en het bewerkstelligen van gelijke behandeling: dat is waar wij in onze tolerante rechtsstaat voor willen staan. Toch leidt artikel 1 Grondwet al jaren tot discussie. Een van de daarbij regelmatig gestelde vragen is of het wenselijk is om verandering te brengen in de lijst met discriminatiegronden. In deze bijdrage wordt op conceptuele gronden betoogd dat – als voor zo'n aanpassing wordt gekozen – de beste optie is om de discriminatiegronden in hun geheel uit de bepaling te schrappen. Daarnaast wordt uiteengezet wat de voorwaarde is voor die aanpassing, namelijk dat de Grondwet ook overigens grondig wordt vernieuwd.

Trefwoorden | Discriminatieverbod, discriminatiegronden, Grondwetsherziening.
[artikel 1 Grondwet]

Kluwer Navigator | NTM-NJCM Bull. 2016/21

1 Inleiding

Het vastleggen van grondrechten in juridisch relevante documenten, zoals wetgeving of een grondwet, is moeilijk.¹ Daarvoor moet niet alleen worden geïdentificeerd welke grondrechten er eigenlijk zijn, maar moet ook worden bedacht hoe de kern ervan in woorden kan worden gevangen. De formulering moet 'inclusief' zijn: alle aspecten van het recht die we belangrijk vinden, moeten voldoende worden afgedekt en het relevante recht moet voor alle rechthebbenden worden beschermd. Ook moeten keuzes worden gemaakt met het oog op de functie van een bepaling. Is de bepaling bedoeld als symbool, of komt er vooral praktische waarde aan toe? Moet een rechter ermee kunnen werken, of richt de bepaling zich hoofdzakelijk tot de wetgever? En hoe kunnen de bepalingen zo worden geformuleerd dat zij passen binnen deze rol en functies? Een (grond)wetgever heeft daarmee bepaald geen eenvoudige taak.

Die taak is nog moeilijker als het gaat om de codificatie van het specifieke grondrecht van non-discriminatie of gelijke behandeling. Dat heeft te maken met het bijzondere karakter van dat grondrecht.² De meeste fundamentele rechten vormen de reflectie van een materiële waarde

■ Prof. mr. J.H. Gerards is als hoogleraar fundamentele rechten verbonden aan de Universiteit Utrecht. Haar onderzoek vindt plaats in de context van het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing en het onderzoeksprogramma Instituten voor Open Samenlevingen. Deze bijdrage is de uitgeschreven versie van de Artikel 1-lezing, die zij op 1 april 2016 hield bij de Universiteit Utrecht. Zij dankt de referenten bij deze lezing – Remco Nehmelman en Vera Bergkamp – voor hun waardevolle commentaren, en de aanwezigen voor hun inbreng in de discussie. Zowel de referaten als de discussie zijn zo goed mogelijk in deze bijdrage verwerkt.

1 Ik schreef hierover al eerder in het kader van het codificeren van algemene rechtsbeginselen, waartoe de (ongeschreven) grondrechten in feite ook kunnen worden gerekend; zie J.H. Gerards, 'Beginselrecht "in de regel". De juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19-38.

2 Daarover is bijzonder veel geschreven. Zie voor een goed overzicht met literatuurverwijzingen bijv. A. Altman, 'Discrimination', in: E.N. Zalta, (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, interneteditie 2015 (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/discrimination/>).

of een materieel belang. De godsdienstvrijheid bijvoorbeeld beschermt de vrijheid om te denken en te geloven wat we willen en om daaraan uitdrukking te geven; het recht op respect voor het privéleven zorgt ervoor dat we kunnen zijn wie we willen zijn, dat we onszelf kunnen ontplooien, en dat we onze eigen waardigheid kunnen behouden. Dit zijn uiterst belangrijke materiële waarden die bovendien vrij goed in woorden en concepten kunnen worden gevangen. Het vastleggen van een bepaling over godsdienstvrijheid of privacy is daardoor nog wel doenlijk.

Ook gelijkheid en non-discriminatie zijn uiteraard wezenlijk, maar het is nog niet zo gemakkelijk om aan te geven waarin dat wezenlijke is gelegen.³ Sommige gevallen van ongelijke behandeling blijken namelijk als onrechtvaardig te worden ervaren, maar andere juist niet. Daarvoor zijn verschillende verklaringen te geven, die er steeds op neerkomen dat vooral bepaalde *gronden* voor ongelijke behandeling problematisch worden gevonden. Het gaat dan eigenlijk om ‘gronden’ in de betekenis van ‘redenen’ of ‘motieven’. Niet objectief gerechtvaardigde motieven kunnen geen geschikte basis vormen voor het benadelen van bepaalde personen, gevallen of groepen. In sommige gevallen kunnen die onaanvaardbare gronden kernachtig worden samengevat. Etnische afkomst of geslacht worden bijvoorbeeld in principe verwerpelijke gronden voor onderscheid gevonden. Ook daarbij geldt echter dat er materiële redenen zijn om die gronden te verwerpen als redelijke basis voor het nemen van beslissingen. Het zijn opvattingen over de morele aanvaardbaarheid van bepaalde gronden die verklaren waarom sommige vormen van ongelijke behandeling aanvaardbaar zijn, maar andere juist worden afgekeurd.⁴ Dat vergt wel dat duidelijk is wat het gebruik van bepaalde gronden nu precies moreel verwerpelijk maakt. Lastig is daarbij dat onderscheid op grond van ras of geslacht niet *altijd* onredelijk wordt gevonden, maar alleen in bepaalde contexten. Dit te vangen in een eenduidige bepaling is een belangrijke uitdaging die naar voren komt bij de codificatie van het recht op gelijke behandeling en non-discriminatie.

Een tweede complicerend gegeven bij codificatie is dat het gelijkheidsbeginsel als zodanig niet zo duidelijk voorschrijft wat het streefpunt is, wat het optimum is van de te bereiken rechtsbescherming. Bij het klassieke, negatief geformuleerde recht op privacy of godsdienstvrijheid lijkt het optimum dat die materiële waarden zo goed mogelijk worden gerespecteerd, dus dat iedereen zo vrij mogelijk moet worden gelaten bij het maken van zijn eigen keuzen.⁵ Bij het gelijkheidsbeginsel is het een stuk lastiger om te definiëren wat het streefpunt is. Enerzijds is het belangrijk dat iedereen gelijk wordt behandeld, in die zin dat geen rekening wordt gehouden met irrelevante kenmerken als etnische afkomst of geslacht. Anderzijds is het minstens zo belangrijk dat mensen worden behandeld naar hun eigen behoeften, kwaliteiten en verdiensten; soms is het bovendien nuttig dat juist *wel* dat rekening wordt gehouden met geslacht of afkomst. Diversiteit kan dan worden ervaren als iets waardevols, terwijl uniformiteit als ‘eenheidsworst’

3 Vgl. Altman 2015 (*supra* noot 2), par. 4.

4 Zie voor een nadere analyse van de verhouding tussen materiële normen en het gelijkheidsbeginsel vooral P. Westen, ‘The Empty Idea of Equality’, *Harvard Law Review* 1982, p. 537.

5 Waar het gaat om positieve verplichtingen of het faciliteren van bepaalde uitdrukkingen van geloof (zoals manifestaties daarvan), ligt dit alweer ingewikkelder; zie daarover onder meer L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention of Human Rights*, diss. Universiteit Gent 2016, Antwerpen: Intersentia 2016 (te verschijnen).

juist een negatieve connotatie heeft.⁶ Gelijke behandeling is daarmee niet *per se* beter dan ongelijke behandeling; differentiatie kan een heel belangrijk streven zijn.⁷ Dat maakt het lastig om 'gelijkheid' als dwingende norm vast te leggen in regelgeving.⁸

Ondanks deze moeilijkheden zijn codificaties van het gelijkheidsbeginsel terug te vinden in talloze verdragen, grondwetten, wetten en lagere regels. Soms zijn die heel precies en gedetailleerd, zoals bij de EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen en de (daarop deels gebaseerde) Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving. In andere gevallen zijn ze juist heel open en breed, zoals bij artikel 21 van het EU-Grondrechtenhandvest of artikel 14 EVRM. Het is niet goed mogelijk om te beoordelen welke van die varianten van codificatie de 'beste' is – dat hangt sterk samen met de functie van een bepaalde codificatie en met de context waarin die codificatie functioneert.⁹ Toch kan het nuttig zijn om een specifieke codificatie nader onder de loep te nemen, vooral als die codificatie vragen en discussie oproept. Bij artikel 1 van de Grondwet is dat het geval. Die bepaling heeft al tot heel wat debatten geleid. In het begin van de nieuwe eeuw stelde Pim Fortuyn zelfs voor de bepaling te schrappen, en in 2006 herhaalde Geert Wilders dat voorstel nog eens.¹⁰ Al ruim vijftien jaar bestaat daarnaast nog een debat over een betere formulering van de bepaling. Om het debat over de formulering goed te begrijpen, is het belangrijk om de bepaling scherp op het netvlies te hebben. In de eerste volzin van artikel 1 Grondwet staat sinds 1983 het eigenlijke gelijkheidsbeginsel – 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld'.¹¹ Over die zin alleen al valt veel te zeggen, maar deze bijdrage richt zich op de tweede volzin. Het debat heeft zich de afgelopen jaren namelijk vooral daarop gericht. Deze tweede volzin luidt als volgt: 'Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.' Wat nu tot de nodige discussie heeft geleid, is het rijtje van gronden dat in deze bepaling staat vermeld. De opsomming is duidelijk niet limitatief (er staat immers 'of op welke grond dan ook'), maar een paar gronden staan expliciet benoemd. In het begin van de eeuw is een uitgebreide politieke discussie gevoerd over de vraag of het lijstje van gronden zou moeten worden aangepast.¹² In 2006 heeft een

6 Vgl. M. Davidović & A. Terlouw, 'Diversiteit en discriminatie, interdisciplinair benaderd', in: A. Terlouw & M. Davidović, *Diversiteit en discriminatie: onderzoek naar processen van in- en uitsluiting*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 15-23, op p. 17.

7 Nader hierover o.m. J.H. Gerards, 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling', in: R. Holtmaat (eindred.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97-120.

8 Vandaar ook de omslachtige formuleringen van het gelijkheidsbeginsel, zoals die in artikel 1 eerste volzin ('Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld' (curs. JHG)), of de nogal lege beperkingen tot gelijkheid voor de wet, zoals in artikel 20 EU-Grondrechtenhandvest ('Eenieder is gelijk voor de wet'), waarbij niet duidelijk wordt gemaakt wat er dan in die wet zou moeten staan.

9 Zie nader bijv. J.H. Gerards, 'Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', in: C. Bayart e.a. (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge: Die Keure 2008, p. 129-170 en J.H. Gerards, 'Nieuwe ronde, nieuwe kansen: naar een 'semi-open' systeem van gelijkebehandelingswetgeving?', *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 144-158.

10 'De Islam is een achterlijke cultuur', interview met Pim Fortuyn in *de Volkskrant*, 9 februari 2002, p. 13 ('Ik ben ook voor afschaffen van dat rare Grondwetsartikel: gij zult niet discrimineren'); 'Wilders wil artikel 1 uit Grondwet schrappen', *de Volkskrant* 21 maart 2006.

11 Tot 1983 stond het gelijkheidsbeginsel in art. 4 Grondwet, dat als volgt luidde: 'Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hebben gelijke aanspraak op bescherming van personen en goederen'.

12 Zie de motie-Rouvoet c.s., die oprise tot aanvulling van de grond handicap en chronische ziekte (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XVI, 63) en de reactie daarop van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XVI, 112). Zie ook het advies van de voormalige Commissie Gelijke Behandeling

commissie van wijzen over de materie gerapporteerd,¹³ waarna de bepaling ongewijzigd is gebleven.¹⁴ In 2010 werd de discussie nieuw leven ingeblazen met een initiatiefvoorstel tot toevoeging van de gronden handicap en homo- of heteroseksuele gerichtheid.¹⁵ Dit voorstel is nog steeds aanhangig, al is nog niet duidelijk of de behandeling ervan zal worden voortgezet.

Tegen de achtergrond van deze discussie stelt dit artikel de vraag aan de orde of het wenselijk is om de tweede volzin van artikel 1 Grondwet aan te passen en, zo ja, hoe dan. Die vraag wordt geplaatst tegen de context van de genoemde conceptuele moeilijkheden, maar ook tegen die van de ruimere discussie over de waarde en concrete betekenis van onze Grondwet. Die ruimere discussie komt hierna in paragraaf 2 aan de orde. Paragraaf 3 belicht een aantal specifieke conceptuele aspecten van het discriminatieverbod die relevant zijn voor de discussie, en presenteert een voorstel voor aanpassing van artikel 1. Paragraaf 4 voorziet in een conclusie.

2 Context: rol en betekenis van (artikel 1 van) de Grondwet

In Nederland zijn we trots op ons artikel 1 van de Grondwet. Het tegengaan van discriminatie en het bewerkstelligen van gelijke behandeling, dat is waar wij in een tolerante rechtsstaat voor willen staan. Niet voor niets staat de tekst gebeiteld in de trap bij het Tweede-Kamergebouw, en niet voor niets is de bepaling als een soort alternatieve preambule aangemerkt. Daarmee is het een feit dat artikel 1 van de Grondwet een belangrijke symboolwaarde heeft. Dat maakt artikel 1 meteen tot een wat uitzonderlijke bepaling, want voor het overige komt de Nederlandse Grondwet geen heel sterke symbolische of maatschappelijke functie toe. Natuurlijk is de Grondwet belangrijk, maar hij heeft vooral een sterk juridisch-normatieve betekenis, in de zin dat er fundamentele bepalingen in staan die de basis vormen voor de staatsinrichting en de regelgeving en besluitvorming die in Nederland plaatsvinden.¹⁶ Anders dan sommige buitenlandse grondwetten heeft het document verder maar weinig betekenis. Het wil ook maar niet tot leven komen.¹⁷ De afgelopen jaren is uitbundig gevierd dat de Grondwet 200 jaar bestaat, met postzegels, kunstwerken, bijzondere uitgaven, een groots festival, een Grondwetpad, een Grondwet-

over artikel 1 Grondwet (advies van 26 februari 2004, CGB-advies/2004/03) en de reactie daarop van de regering (*Kamerstukken II* 2003/04, 29355, 7 & 10).

13 Commissie Rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet, 12 april 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 29355, 28 (bijlage).

14 Zie de aanbiedingsbrief bij het advies van de commissie van wijzen, waaruit impliciet blijkt dat de Minister niet van plan was artikel 1 te wijzigen: *Kamerstukken II* 2005/06, 29355, 28.

15 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, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, 1-3.

16 Vgl. H.M. Griffioen, 'Wankelmoedige kolos: een functionele analyse van de Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010-4, p. 362-375. Zie ook het rapport van de Staatscommissie Grondwet uit 2010: *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, 17, bijlage, p. 21 e.v.

17 Zie S.W. Couwenberg, 'De Grondwet als bron van normativiteit en identiteit', *Civis Mundi* 2003, p. 127-134; B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: van burgerzin, burgerschap en de onzichtbare grondwet', *Recht der Werkelijkheid* 2009, p. 55-79; T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker of verdwijnpunt?*, Den Haag: Ministerie van BZK 2009, p. 74; Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 33. Zie ook het advies van de Raad van State bij de instelling van de Staatscommissie Grondwet, *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, 3, p. 8.

strijd, enzovoort.¹⁸ Of al die inspanningen hebben gewerkt om de Grondwet geliefder te maken, en of de symboolwaarde erdoor is toegenomen, is moeilijk in te schatten. Wat wel opvalt, is dat de juridische-normatieve waarde er niet of nauwelijks op vooruit is gegaan. Nog steeds grijpen praktijkjuristen – advocaten, rechters – meestal meteen naar het EVRM of tegenwoordig naar het EU-Grondrechtenhandvest, en laten ze de Grondwet links liggen.¹⁹

Een van de verklaringen die voor dit laatste stelselmatig wordt gegeven, is dat rechters nu eenmaal ook niet aan de Grondwet mogen toetsen en dat dat juristen terughoudend maakt om het instrument in te roepen. Dat beeld van de onmogelijkheid van toetsing aan de Grondwet is niet helemaal correct. In veel gevallen is die toetsing namelijk wel degelijk mogelijk. Artikel 120 Grondwet staat inderdaad in de weg aan het toetsen van formele wetgeving aan de Grondwet, maar in de praktijk komt het helemaal niet zo vaak voor dat formele wetgeving bij de rechter wordt aangevochten.²⁰ Veel vaker gaan conflicten over beleidsregels, over concrete besluiten en beschikkingen, over algemene maatregelen van bestuur of over een provinciale of gemeentelijke verordening.²¹ Daarnaast is het mogelijk dat een conflict horizontaal van aard is, waarbij de vraag is hoe de open bepalingen van het privaatrecht kunnen worden ingevuld op een manier die verenigbaar is met de Grondwet. In al die gevallen kunnen de Grondwetsbepalingen zonder meer als toetsingsnorm dienen, of als bron voor nadere invulling van open normen. Voor de rechter zou de Grondwet daarmee een stuk vaker kunnen worden ingeroepen dan nu gebruikelijk is. Daar komt nog bij dat het toetsingsverbod alleen op de kwestie van rechterlijke toetsing ziet. In alle andere fasen van beleidsvorming, regelgeving en uitvoering kan (en moet) de Grondwet wel degelijk een belangrijke rol spelen.

Wat de verklaring ook moge zijn: het gegeven dat de Grondwet weinig praktische betekenis heeft, heeft met enige regelmaat geleid tot pogingen om de Grondwet nieuw leven in te blazen.²² Meest recent, in 2010, heeft de Staatscommissie Grondwet een aantal voorstellen gedaan om de Grondwet te vernieuwen en de normatieve kracht ervan te vergroten.²³ Een van deze voorstellen was om een algemene bepaling toe te voegen waarin de grondslagen van de Nederlandse rechtsorde worden benadrukt,²⁴ andere voorstellen waren om een algemene clausule voor het beperken van grondrechten toe te voegen, om grondrechtenbepalingen toe te voegen en om de formulering van de huidige bepalingen te wijzigen.²⁵ Toch zijn dergelijke maatregelen

18 Deze viering was ingepast in het bredere thema van 200 jaar Koninkrijk; voor een overzicht van de activiteiten, zie *Eindrapport Nationaal Comité 200 jaar Koninkrijk*, 19 januari 2016, www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/01/22/eindrapport-nationaal-comite-200-jaar-koninkrijk.

19 Dit is allang een bekend gegeven. Zie bijv. L. Verhey, 'Het grondwettelijk beschermingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 229.

20 Zie nader J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: H. den Tonkelaar en L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51, par. 5.

21 Idem.

22 Zie reeds J.W. Sap, *Een Nederlandse Ontwerp-Grondwet*, Amstelveen: EON Pers 2006; C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerp-recht, oude dame of frisse juf?', in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, Den Haag: BZK 2008, p. 7-24; rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 30 e.v. Zie verder Barkhuysen e.a. 2009 (*supra* noot 17), p. 82.

23 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16).

24 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 36 e.v.; dit voorstel is na politieke pressie vanuit de Eerste Kamer is opgepakt door de regering, zie de motie-Engels c.s., *Kamerstukken I* 2011/12, 31570, B, en de reactie daarop van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (met tekstvoorstel), *Kamerstukken II* 2013/14, 31570, 24. Het voorstel is nog niet ingediend bij de Tweede Kamer.

25 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16).

waarschijnlijk nog niet voldoende om de neiging tegen te gaan om de Grondwet te negeren.²⁶ Ook het invoeren van een gespreid rechterlijk toetsingsrecht, zoals in het inmiddels verzande voorstel-Halsema werd voorgesteld,²⁷ levert in dit opzicht vermoedelijk maar weinig op. Er is geen reden om aan te nemen dat rechters opeens anders gaan werken als zij formele wetgeving aan de Grondwet kunnen toetsen.²⁸ Zelfs als een stap verder zou worden gezet en gedacht zou worden over invoering van een grondwettelijk hof, is nog maar de vraag of zo'n hof goed met de Grondwet zou kunnen werken. Het is namelijk goed denkbaar dat de gebrekkige aantrekkingskracht van de Grondwet is gelegen in de Grondwet zelf. Het is een moeilijk leesbaar document, met een lange reeks van bepalingen van heel uiteenlopende aard en betekenis, waarover bovendien vrijwel geen rechtspraak bestaat.²⁹ Sommige grondrechtenbepalingen zijn bijvoorbeeld heel mooi geformuleerd, maar zijn tegelijkertijd behoorlijk ondoorzichtig. Een voorbeeld is artikel 7, eerste lid, Grondwet: 'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'.³⁰ Het is veel gemakkelijker uit te leggen hoe de bepaling van de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM moet worden toegepast en welke beperkingsvoorwaarden daarbij gelden, dan dat het is om deze bepaling van de Grondwet te doorgronden. Ook verder kenmerkt de Grondwet zich door verouderde en vaak wat ongelukkige formuleringen, een gebrekkige structuur en de nodige lacunes en overbodigheden.

Een meer radicale, maar mogelijk effectievere stap zou dan ook zijn om de gehele Grondwets-tekst grondig te moderniseren, te herordenen, en op te ruimen. Eerder zijn daarvoor al interessante voorstellen gedaan.³¹ Daarbij kan ook worden overwogen om een nieuwe tussenvariant te

26 J.H. Gerards, 'Een algemene bepaling in de Grondwet?', in: *De Grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?*, Den Haag: BZK 2013, p. 14-25.

27 Wet van 25 februari 2009, Stb. 2009, 120. De tweede lezing ligt al lang stil, al is er in 2015 nog eens over gedebatteerd; zie voor de voortgang kamerstuknr. 32334 en voor het debat op 5 maart 2015: *Handelingen II 2014/15*, 60, item 11.

28 Nader Gerards 2013 (*supra* noot 26), p. 21.

29 Vgl. het rapport van de Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 30 e.v. en zie Barkhuysen e.a. 2009 (*supra* noot 17), p. 77. Zie verder bijv. A.E. Schilder, 'Regeling van de grondrechten', in: *Brieven aan de staatscommissie*, Nijmegen: WLP 2009, p. 39 & 43; A.J. Nieuwenhuis, 'Uitbreiding van de nationale grondrechtencanon? Over de opname van nieuwe grondrechten in de Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, p. 254-264; R. Nehmelman, 'Een algemene periodieke keuring van de nationale grondrechten. Korte analyse van de grondrechtenparagraaf van de Staatscommissie Grondwet 2009/2010', *RegelMaat* 2011-2, p. 84-98; G. van der Schyff, 'Nederland aan de vooravond van rechterlijke grondwettigheidstoetsing? Een evaluatie van de beperkingssystematiek', in: A. Kristic, A. Meuwese & G. van der Schyff, *Functie en betekenis van de Grondwet: een dialogisch perspectief*, Staatsrechtconferentie 2010, Nijmegen: WLP 2011, p. 53-70 op p. 62; Gerards 2012 (*supra* noot 20), par. 5. Zie ook reeds B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg – Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-34 op p. 31; H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 247 e.v. op p. 249; L. Verhey, 'Het grondwettelijk beschermingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003 (3a), p. 216-232 op p. 231.

30 Vgl. Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 32. Willem Witteveen heeft deze bepaling omschreven als een 'fraai en dierbaar maar vele malen gerestaureerd meubelstuk': W. Witteveen, 'Hoe kan de Grondwet betekenis krijgen voor de burgers? Voorstel voor een constitutionele dialoog', in: A. Kristic, A. Meuwese & G. van der Schyff, *Functie en betekenis van de Grondwet: een dialogisch perspectief*, Staatsrechtconferentie 2010, Nijmegen: WLP 2011, p. 21-28 op p. 27. Overigens zag hij hierin geen reden om de bepaling te wijzigen, maar vooral om betere uitleg te geven over de manier waarop die moet worden uitgelegd.

31 Zie vooral Kortmann 2008 (*supra* noot 22) en zie de voorstellen van de Staatscommissie Grondwet in noot 22; ook in de stukken genoemd in de vorige noot zijn al enkele voorstellen gedaan. Zie over de wenselijkheid van

creëren van wetgeving die een iets hogere status heeft dan formele wetgeving, maar een iets lagere dan de Grondwet.³² Onderwerpen die van groot gewicht zijn, maar toch vaker wijziging verdienen, kunnen dan in zo'n 'organieke' wet worden ondergebracht. De Grondwet kan op die manier een compact en op de langere termijn goed houdbaar instrument worden met heldere en transparante bepalingen die prettig toepasbaar zijn voor rechters. Juist daardoor kan de Grondwet uiteindelijk een grotere juridisch-normatieve – en daardoor meer praktische – betekenis krijgen.³³

3 Aanpassingen van artikel 1, tweede volzin, Grondwet

3.1 Argumenten voor uitbreiding van het aantal gronden

Als de Grondwet wordt gemoderniseerd om hem beter bruikbaar te maken, verdient artikel 1 Grondwet bijzondere aandacht. De wijziging daarvan zal moeite kosten: we kennen de huidige bepaling alweer bijna 35 jaar, we zijn eraan gewend, hij is nu eenmaal in steen gebeiteld. Bovendien is codificatie van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod om de in de inleiding genoemde redenen inherent lastig. Toch is er goede reden om de bepaling te herzien. Dat geldt ook voor de eerste volzin, waarin het gelijkheidsbeginsel is vastgelegd.³⁴ Als eerder gezegd richt ik me hier echter alleen op de tweede volzin, omdat vooral daarover discussie bestaat. Ter herinnering: dat is de volzin waarin staat dat 'discriminatie is verboden op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht, of op welke grond dan ook'. Deze opsomming is niet limitatief – er staat 'op welke grond dan ook' – maar de genoemde gronden vallen wel duidelijk op.³⁵ De grondwetgever van 1983 wilde daarmee laten zien dat discriminatie op die gronden uitdrukkelijk wordt afgekeurd.³⁶ Al snel is echter de vraag opgekomen of deze opsomming dan niet te beperkt is. Het eerdergenoemde initiatiefvoorstel luidt bijvoorbeeld om de opsomming uit te breiden met de gronden seksuele gerichtheid (meer specifiek gedefinieerd als homo- of heteroseksuele gerichtheid), handicap en chronische ziekte.³⁷ Die wens wordt ondersteund vanuit het College voor de Rechten van de Mens. Het College vindt dat alle gronden die in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving staan vanuit

een algehele herzieningsoperatie recenter P. Scholten, 'Nederland leeft voort, maar zijn Grondwet staat stil', *Nederlands Juristenblad* 2015/2006. Zie voor een overzicht van opvattingen ook R. van den Dikkenberg, 'Deskundigen: Grondwet is aan "algehele revisie" toe', *SCOnline* 3 oktober 2013.

32 Kortmann 2008 (*supra* noot 22), p. 18.

33 Dit is nog iets anders dan dat de symbolwaarde of de maatschappelijke functie worden vergroot; daarop richt deze bijdrage zich verder niet.

34 De formulering van het gelijkheidsbeginsel als het 'gelijk behandelen van gelijke gevallen' draagt een groot aantal conceptuele problemen in zich en maakt het voor rechters nodeloos moeilijk om ermee te werken; zie nader J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Diss. Universiteit Maastricht, Den Haag: Sdu 2002, p. 58 e.v.

35 Aanvankelijk was het ook helemaal niet de bedoeling dat de opsomming niet-limitatief zou zijn; de zinsnede 'of op welke grond dan ook' is later ingevoegd via het amendement-Bakker, *Kamerstukken II* 1975/76, 18.

36 Memorie van Toelichting bij het voorstel tot Grondwetsherziening, *Kamerstukken II* 1975/76, 3, p. 25.

37 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, *Kamerstukken II* 2009/19, 32411, 1-3.

consistentie-oogpunt moeten worden toegevoegd aan de Grondwet, althans voor zover die wetgeving een uitwerking vormt van de Grondwet.³⁸ Behalve om de al genoemde gronden, gaat het dan dus ook om leeftijd, maar niet om een grond als arbeidsduur.³⁹ Verschillende maatschappelijke organisaties hebben bepleit om nog meer gronden toe te voegen, zoals interseksualiteit, armoede en het alleenstaand zijn.⁴⁰ Daarnaast kunnen nog allerlei andere gronden worden genoemd waarvan toevoeging kan worden overwogen – taal, bijvoorbeeld, of nationale herkomst.

Voor het opnemen van dit soort gronden zijn steeds goede redenen te geven. Bij nadere beschouwing blijkt steeds sprake te zijn van een van de in de inleiding genoemde redenen om het moreel verwerpelijk te vinden dat een grond in besluitvorming wordt betrokken. De hierboven genoemde kenmerken (bijvoorbeeld armoede of nationale herkomst) hebben immers gemeenschappelijk dat de mensen met deze kenmerken tot op zekere hoogte slachtoffer zijn van sociale uitsluiting, die te wijten is aan een geschiedenis van achterstelling, aan onredelijke stereotypering of aan vooroordelen en stigmatisering, en waarbij ongelijke behandeling nauw raakt aan waarden van menselijke waardigheid, integriteit en autonomie.⁴¹

3.2 Veranderende percepties van ongelijkheid en discriminatie

In feite zullen er altijd goede argumenten blijven voor het toevoegen van gronden aan opsommingen als die van artikel 1 Grondwet. Dit houdt ermee verband dat de perceptie van discriminatie en ongelijke behandeling voortdurend onderhevig is aan verandering en ontwikkeling. Een algemeen beeld lijkt te zijn dat de samenleving steeds iets beter wordt, dus in positieve richting evolueert, namelijk in de richting van een samenleving die helemaal op basis van gelijkwaardigheid functioneert. Maar in de praktijk blijkt niet zozeer sprake te zijn van *minder* discriminatie en wordt de samenleving helemaal niet gelijkwaardiger. Een gegeven is dat vooral steeds op *nieuwe gronden* wordt gediscrimineerd.⁴² In een analyse van positieve discriminatie heeft Ben Sloot als vroeg voorbeeld laten zien dat vanaf het einde van de negentiende eeuw katholieken een vaste zetel hadden in de Hoge Raad.⁴³ Kennelijk was dat op dat moment nodig, en was achterstelling van katholieken een belangrijk maatschappelijk probleem waarbij een stevige

38 Advies van 26 februari 2004, CGB-advies/2004/03, p. 5.

39 Idem.

40 Bijeenkomst College voor de Rechten van de Mens over Artikel 1 Grondwet, Utrecht 11 september 2015; van deze bijeenkomst is een niet-gepubliceerd verslag opgemaakt.

41 Zie voor dit soort overwegingen om gronden van onderscheid problematisch te vinden onder meer Altman 2005 (*supra* noot 2), par. 4 en Gerards 2002 (*supra* noot 34), hoofdstuk 7. Zie verder hierna, par. 3.3.

42 Anders en misschien correcter geformuleerd: onze perceptie van wat discriminatie is verandert steeds. Die perceptie is overigens niet alleen temporeel bepaald, zoals ik hierna probeer te laten zien, maar ook geografisch en cultureel; zie daarover J. Cornides, "Three Case Studies on "Anti-Discrimination"", *European Journal of International Law* 2012-2, p. 517-542 op p. 519. Overigens is hierbij niet sprake van een verandering in de zin dat we – zodra we op nieuwe gronden gaan discrimineren – de oude meestal laten voor wat ze zijn. Ook dat ligt echter genuanceerd: van discriminatie op grond van geboorte buiten het huwelijk is tegenwoordig nauwelijks nog sprake, terwijl dit nog maar enkele decennia geleden nog vrij gebruikelijk en geaccepteerd was.

43 B. Sloot, 'Moeten rechters lijken op de Nederlandse bevolking? Over de wenselijkheid van descriptieve representatie in de rechterlijke macht', *Trema* 2004-2, p. 49-62 op p. 52.

aanpak nodig was.⁴⁴ Op hetzelfde moment waarop men zich druk maakte over de aanpak van discriminatie jegens katholieken, was het echter nog volkomen gebruikelijk om mannen en vrouwen verschillend te behandelen.⁴⁵ Dat was zelfs zo vanzelfsprekend dat op dat moment nog nauwelijks aandacht aan die vorm van ongelijke behandeling werd besteed.⁴⁶ Dat veranderde pas echt met de felle opkomst van vrouwenemancipatie en feministische bewegingen in de jaren 60 en 70.⁴⁷ In diezelfde jaren had echter nog nauwelijks iemand oog voor de problematische achterstelling van mensen met een handicap, en ook discriminatie van homoseksuelen werd nog niet zo sterk gezien.⁴⁸

De dynamiek lijkt dus dat op zeker moment een bewustzijn ontstaat van het feit dat in de samenleving een bepaalde groep mensen wordt achtergesteld, en pas dan actie wordt ondernomen in de vorm van het vaststellen van regelgeving en beleid. Sinds er een bewustzijn is van discriminatie jegens mensen met een handicap en jegens ouderen (of juist jongeren), zijn bijvoorbeeld de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte in werking getreden.⁴⁹ Langzaamaan begint nu ook het besef te groeien dat vaak onderscheid wordt gemaakt jegens mensen met obesitas.⁵⁰ Al langer bekend was dat genetische kenmerken een grond voor achterstelling kunnen gaan vormen.⁵¹ Allicht is een volgende stap dat via regulering tegen dit soort vormen van achterstel-

44 Zoals Sloot opmerkt, geldt dat 'door het opheffen van de ondervertegenwoordiging van katholieken in overheidsfuncties en het verdwijnen van de maatschappelijke achterdocht jegens deze groepering ... 'levensbeschouwing' haar relevantie voor de verdeling van publieke goederen verloren', Sloot 2004 (*supra* noot 43), p. 53.

45 Het voorbeeld laat bovendien zien dat er *binnen* een enkele discriminatiegrond verschuivingen kunnen optreden: waar men zich destijds zorgen begon te maken over de achterstelling van Katholieken, zijn het tegenwoordig vooral de aanhangers van niet-christelijke religies die worden benadeeld.

46 Integendeel – een tekenend citaat uit een wetenschappelijke verhandeling over ongelijke behandeling in de Verenigde Staten laat zien dat bepaalde vormen van ongelijke behandeling op grond van geslacht nog heel acceptabel werden gevonden: 'There are admittedly biological and psychological differences between men and women that can properly support a difference in function within the family. A mother is expected to occupy herself with house and children, a father with earning the family living. ... Where, as in family life, sex differences are held to be relevant, the egalitarian is usually ready to accept differences in rights' (S.E. Benn & R.S. Peters, 'Justice and Equality', in: Blackstone (red.), *The Concept of Equality*, Minneapolis: Burgess 1969, p. 54-81 & 64-65.

47 Zie voor een korte beschrijving B.P. Sloot, *Positieve discriminatie. Maatschappelijke ongelijkheid en rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten en in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 172.

48 Vgl. de korte weergave van de redenen in de jaren 70 om handicap en seksuele gerichtheid niet op te nemen in art. 1 Grondwet in de Memorie van Toelichting bij het initiatiefvoorstel uitbreiding gronden artikel 1 (*supra* noot 37), p. 3.

49 Ook het internationale recht veert mee – pas recent (in 2006) is er een VN-Gehandicaptenverdrag tot stand gekomen, terwijl specifieke verdragen over uitbanning van discriminatie jegens vrouwen (IVRV of CEDAW) en op grond van ras (IVRD of CERD) al langer bestonden, namelijk respectievelijk sinds 1979 en 1965.

50 Vgl. recent bijv. N. van Amsterdam, 'Stop met veroordelen van zwaarlijvigheid', *de Volkskrant* 14 april 2016, www.volkskrant.nl/opinie/stop-met-veroordelen-van-zwaarlijvigheid~a4281644/. In de Verenigde Staten is het probleem van discriminatie op grond van gewicht al langer bekend; zie bijv. D. Carr & M.A. Friedman, 'Is Obesity Stigmatizing? Body Weight, Perceived Discrimination, and Psychological Well-Being in the United States', *Journal of Health and Social Behavior* 2005, p. 244-259 en R.M. Puhl, T. Andreyeva & K.D. Brownell, 'Perceptions of weight discrimination: prevalence and comparison to race and gender discrimination in America', *International Journal of Obesity* 2008, p. 992-1000.

51 Zie eerder al J.K.M. Gevers e.a., *Bescherming tegen genetische discriminatie. Een juridische analyse*, Leiden: NJCM-Boekerij 2004 en zie recenter G. Quinn, A. de Paor & P. Blanck (red.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Oxford: Routledge 2015.

ling wordt opgetreden.⁵² Maar wat nog niet bekend is, is welke vormen van uitsluiting of benadeling nu zo vanzelfsprekend zijn dat ze niet eens echt worden gezien. Natuurlijk is het dan ook niet mogelijk om daar iets tegen te doen.

Samen met de maatschappij en onze opvattingen over wat goed en slecht is, veranderen en evolueren dus de opvattingen over wat discriminatie is, over wat wel en niet toelaatbare gronden zijn voor het maken van onderscheid, en over de maatregelen die nodig zijn om discriminatie te bestrijden. In dat licht is het wat beperkend om een lijst met concreet opgesomde gronden op te nemen in artikel 1 van de Grondwet, nu die lijst is opgenomen in een document met een zekere eeuwigheidspretentie. De opsomming is immers in zekere zin een momentopname, die weergeeft wat tijdens de totstandkoming van de grondwetswijziging van 1983 de maatschappelijke consensus was over discriminatie. De bepaling reflecteert dus niet meer helemaal de situatie en de perceptie van nu, laat staan die van over twintig jaar. Hoewel de gronden die er nu in staan ook dan nog relevant zullen zijn, is de opsomming in moderne en toekomstige ogen hoogstwaarschijnlijk te beperkt.

3.3 Wijziging van de gronden van artikel 1 Grondwet?

In paragraaf 2 werd al duidelijk dat de discussie over artikel 1 Grondwet moet worden ingebed in een ruimere context van modernisering en van het geven van grotere normatief-juridische betekenis aan de Grondwet als geheel. Een van de wensen die in de discussies over modernisering steeds terugkomt, is dat de Grondwetsbepalingen toekomstbestendig worden geformuleerd.⁵³ Voor een grondwet is dat nog extra belangrijk omdat een van zijn wezenskenmerken nu juist is *dat* hij toekomstbestendig is, dus dat hij niet te vaak hoeft te worden gewijzigd. Een grondwet moet een stabiele factor zijn, en niet een instrument dat met enige frequentie moet worden bijgesteld. Als het nodig is om bepaalde elementen vaker aan de actualiteit aan te passen, kunnen die beter worden neergelegd in een organieke wet met een bijzondere status.⁵⁴

Ook grondrechtenbepalingen moeten dus toekomstbestendig worden geformuleerd. Om dat te kunnen doen, is het nodig de kern van een grondrecht in woorden te vatten, en niet te veel in detail te treden. Zo blijkt het destijds geen handige zet te zijn geweest van de Grondwetgever om in artikel 13 Grondwet te spreken van een brief-, telefoon- en telegraafgeheim. Een medium als de telegraaf zegt de meeste mensen tegenwoordig helemaal niets meer, terwijl het bovendien lastig is allerlei moderne vormen van communicatie ofwel te kwalificeren als 'brief', ofwel als 'telefoon'.⁵⁵ De bepaling had een grotere houdbaarheidsduur gehad als de eigenlijke

52 Voor discriminatie op grond van genetische kenmerken gebeurt dat op sommige plaatsen zelfs al, zoals in de Verenigde Staten met de invoering van de US Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA), die in 2006 is ingevoerd; zie daarover uitgebreid Quinn, De Paor & Blanck 2015 (*supra* noot 51). De grond 'genetische kenmerken' wordt bovendien expliciet genoemd in het lijstje van verboden discriminatiegronden van artikel 21 EU-Grondrechtenhandvest. Dit laatste is dit in zichzelf een teken dat het opnemen van gronden ertoe doet, en dat het een reflectie vormt van een op een bepaald moment gegroeide consensus: in vergelijkbare lijstjes van gronden in andere internationale verdragen, zoals art. 26 IVBPR of art. 14 EVRM, ontbreekt deze grond.

53 Zie in meer algemene zin over toekomstbestendigheid van wetgeving: G.J. Veerman, 'Toekomstbestendige wetgeving: duurzaam? wendbaar? duurzaam wendbaar?', *RegelMaat* 2016-2, p. 82-101.

54 Zoals Veerman aangeeft is die wendbaarheid bij wetgeving juist wenselijk; zie Veerman 2016 (*supra* noot 53), p. 99.

55 Vgl. Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 32.

kern was benoemd van de vrijheid waar het hier om gaat, namelijk de vrijheid van communicatie.⁵⁶

Op dezelfde manier kan artikel 1 Grondwet toekomstbestendig worden geformuleerd door het zo neutraal mogelijk benoemen van de essentie van het grondrecht op non-discriminatie. Precies dat is lastig bij dit grondrecht, vooral vanwege het eigenaardige karakter van het gelijkheidsbeginsel. Zoals in de inleiding al is aangegeven, is ongelijke behandeling niet als zodanig problematischer dan gelijke behandeling. Wat evident wel problematisch is, is wanneer een (ongelijke) behandeling, besluit of regeling is gebaseerd op onredelijke, moreel verwerpelijke gronden, waardoor de menselijke waardigheid of de individuele autonomie worden geraakt. Problematisch is evenzeer dat een benadeling de uitdrukking vormt van patronen van achterstelling, van stigmatisering of van negatieve stereotypering. Dat zijn dan ook de kernaspecten van het discriminatieverbod dat in een Grondwet tot uitdrukking moet komen.⁵⁷

Deze inhoudelijke kern van het discriminatieverbod kan natuurlijk zichtbaar worden gemaakt door onaanvaardbare gronden expliciet te benoemen. Duidelijk is echter dat het huidige lijstje van gronden niet langer de maatschappelijke opvattingen reflecteert over wat moreel verwerpelijke gronden zijn, of gronden die zijn herkend als uitdrukking van patronen van achterstelling, stereotypering en stigmatisering. Dit is in die zin problematisch dat bepaalde mensen zich niet door de Grondwet gerepresenteerd voelen, nu juist 'hun' grond er niet bij staat.⁵⁸ Daardoor werkt het lijstje eerder uitsluitend dan inkluderend – en dat maakt artikel 1 bepaald niet tot een toekomstbestendige bepaling. Een nieuwe bepaling zou ook een oplossing kunnen bieden voor de huidige discussies over de precieze formulering van de opgenomen gronden. Zo zijn er vragen opgekomen over de betekenis van het begrip 'ras' (omvat dit bijvoorbeeld ook het hebben van een bepaalde verblijfsstatus?)⁵⁹ en over het begrip 'geslacht' (dat vergt dat iemand zichzelf als lid van een bepaald 'geslacht' moet kunnen identificeren, terwijl niet iedereen dat kan of wil doen).⁶⁰ Daarnaast past het benoemen van bepaalde gronden niet zo goed bij het gegeven dat veel moderne discriminatievraagstukken zijn gelegen op het snijvlak tussen die gronden.⁶¹ Om de specifieke problematiek aan te kunnen pakken van discriminatie van allochtone homoseksuelen of van islamitische vrouwen, schieten de eenvoudige kopjes 'ras', 'seksuele gerichtheid' of 'geslacht' vaak net tekort.⁶²

56 Zie hierover al de voorstellen van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, *Kamerstukken II 2000/01*, 27460, 1, bijlage 1, p. 162 en zie Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 85 en 153.

57 Zie eerder Gerards 2004 (*supra* noot 7), p. 101.

58 Dit blijkt wel uit de politieke en maatschappelijke discussie waarin breed wordt bepleit om bepaalde gronden alsnog op te nemen; zie hierboven, paragraaf 3.1.

59 Zie al de discussie hierover tussen de voormalige Commissie Gelijke Behandeling en de Hoge Raad, waarbij de CGB van oordeel was dat asielzoekers geen 'raciale groep' vormden en dus ook niet onder het beschermingsbereik van het discriminatieverbod op grond van ras vielen, terwijl de Hoge Raad daar anders over dacht. Zie resp. CGB-oordeel 1998-57 en HR 13 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6191.

60 Zie nader hierover, meer specifiek vanuit het perspectief van registratie van het geslacht, M. van den Brink & J. Tigchelaar, *M/V en verder. Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, Den Haag: WODC 2014.

61 Het gaat hier om vraagstukken van intersectionaliteit en meervoudige discriminatie; zie daarover nader o.m. Gerards 2011 (*supra* noot 9), par. 4 en recenter C.E. Harnois, 'Jeopardy, Consciousness and Multiple Discrimination: Intersecting Inequalities in Contemporary Western Europe', *Sociological Forum* 2015-4, p. 971-994.

62 Bovendien is langzaam duidelijk dat iemands identiteit vaak niet simpelweg in één enkele rubriek is onder te brengen, waardoor een gevoel van buitengesloten te worden kan ontstaan; zie over deze complexe problematiek

Er is dus nogal wat nodig om een lijst van expliciet benoemde gronden in artikel 1 te behouden, maar tegelijkertijd mee te laten evolueren met onze opvattingen. In ieder geval moeten de gronden worden toegevoegd die het meest zichtbaar ontbreken. Volgens het eerdergenoemde initiatiefvoorstel zijn dat alleen handicap, chronische ziekte en homo- of heteroseksuele oriëntatie, maar gelet op de maatschappelijke input zijn leeftijd, inkomen of nationale herkomst eveneens goede kandidaten. Daarnaast moeten sommige gronden worden geherformuleerd, bijvoorbeeld door ‘ras’ aan te vullen met of te vervangen door ‘etniciteit’. En ten slotte moet een oplossing worden gevonden om duidelijk te maken dat de rubrieken niet ‘uitsluitend’ bedoeld zijn, maar dat er ruimte is om rekening te houden met de bijzondere problematiek van meervoudige en intersectionele discriminatie.

Dat alles te doen zal al ingewikkeld genoeg zijn. Er is echter nog een andere reden waarom het opnemen van nieuwe gronden en het herformuleren van de bestaande op problemen zal stuiten. Om dat te kunnen uitleggen, is het belangrijk om nogmaals te benadrukken dat ongelijke behandeling vooral problematisch is wanneer daarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat, en dat voor bepaalde gronden van onderscheid kan worden aangenomen dat ze bijna nooit gerechtvaardigd *kunnen* zijn. Etnische afkomst is bijvoorbeeld al snel verwerpelijk als criterium voor regelgeving of besluitvorming; ongelijke behandeling zal daar bijna altijd discriminatie zijn.⁶³ Andersom zijn er gronden van onderscheid waarbij gemakkelijk kan worden aangenomen dat ze *niet* problematisch zijn – denk aan beoordelingen van kennen en kunnen (zoals bij de becijfering van tentamens), of aan differentiatie naar inkomen bij het berekenen van toeslagen en belastingen. Als rechters een geval van ongelijke behandeling voor zich krijgen, onderzoeken ze daarom meestal eerst de grond waarop die ongelijke behandeling is gebaseerd.⁶⁴ Is dat een grond waarvan de redelijkheid al op voorhand te betwijfelen valt, zoals etniciteit of godsdienst, dan is dat verdacht. In dat geval zullen rechters heel kritisch kijken naar de rechtvaardiging die voor een regeling of een besluit wordt gegeven.⁶⁵ Meestal zal het onderscheid die toets niet doorstaan. Is de grond van onderscheid minder ‘verdacht’, dan is er ook minder risico dat de ongelijke behandeling onredelijk is, en kan de rechter zich terughoudender opstellen. Een ongelijke behandeling is in dat geval sneller toelaatbaar.

In feite moet een rechter dus voor ieder geval opnieuw vaststellen of er een ‘verdachte’ grond van onderscheid in het spel is.⁶⁶ Die beoordeling kan plaatsvinden op basis van verschillende

en de juridische aanpak daarvan, met diverse bronvermeldingen, P.Y.S. Chow, ‘Has Intersectionality Reached its Limits? Intersectionality in the UN Human Rights Treaty-Body Practice and the Issue of Ambivalence’, *Human Rights Law Review* 2016 (te verschijnen, ook beschikbaar via ssrn.com (id2753549)).

63 Zie klassiek hierover o.m. L.A. Alexander, ‘What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies’, *University of Pennsylvania Law Review* 1992, p. 149 e.v.

64 Zie over deze werkwijze nader Gerards 2002 (*supra* noot 34), p. 699 e.v. In de praktijk doet vooral het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dit vrij precies; zie voor een overzicht met literatuurverwijzingen J.H. Gerards, ‘Artikel 14. Discriminatieverbod’, *Sdu-Commentaar EVRM* (via de databank OpMaat > Commentaar), bijgewerkt tot 15 juni 2015, onderdeel C.3 en O.M. Arnardóttir, ‘The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2014, p. 647-670.

65 Het EHRM doet dit door het vereisen van ‘very weighty reasons’ als rechtvaardiging; zie Gerards 2015 (*supra* noot 64), onderdeel C.3.1 en Arnardóttir 2014 (*supra* noot 64), p. 649.

66 Er kunnen overigens nog andere factoren een rol spelen bij het bepalen van de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Als door de ongelijke behandeling bijvoorbeeld een belangrijk grondrecht is aangetast, kan dat reden zijn voor een aangescherpte beoordeling, ook al is de ongelijke behandeling dan gebaseerd op een minder ‘verdachte’ grond; zie nader Gerards 2002 (*supra* noot 34), p. 703 e.v.

criteria, zoals maatschappelijke opvattingen, het bestaan van een geschiedenis van achterstelling van een groep of van vergaande stereotyperingen, etc.⁶⁷ Belangrijk is nu dat bij de ‘verdachtbeoordeling’ soms ook een rol blijkt te spelen of de grond van onderscheid is opgenomen in het rijtje van artikel 1 Grondwet.⁶⁸ Vlak na inwerkingtreding van de Grondwet van 1983 was dat ook wel begrijpelijk, want op dat moment representeerde artikel 1 de bestaande politieke en maatschappelijke consensus over de afkeurenswaardigheid van bepaalde gronden van onderscheid. Wat opmerkelijker is, is om in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep uit 2005 het volgende te lezen over een ongelijke behandeling op grond van leeftijd: ‘Nu het hier niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals wel het geval is met de in artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het IVBPR benoemde differentiatiecriteria als bijvoorbeeld ras of geslacht, dient te worden nagegaan of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat, of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend is en of het geboden is’.⁶⁹ Wat hier dus gebeurde, is dat de Centrale Raad minder streng toetste omdat de grond leeftijd *niet* in artikel 1 is opgenomen, al nam hij daarbij uiteindelijk ook andere factoren in aanmerking.

Het opnemen van gronden in de Grondwet kan dus een zekere sturende werking hebben voor de rechtspraktijk. Natuurlijk kan dat het op zichzelf juist waardevol maken om nieuwe gronden op te nemen. De grondwetgever stuurt de rechtstoepassing dan in ieder geval in de door hem gewenste richting. Tegelijkertijd blijft de grondwetgever dan waarschijnlijk steeds achter de feiten aanlopen. Onze opvattingen over wat ‘discriminatie’ is, veranderen immers, ook al gaat dat geleidelijk. Dat is des te problematischer omdat het moeilijk is de Grondwet te wijzigen. Proactief beschermend optreden tegen discriminatie door de rechter duidelijk te maken dat hij bepaalde gronden als ‘verdacht’ moet aanmerken, is daardoor voor de grondwetgever lastig.

3.4 Referentiepunten

Om de verwarring over de gronden van onderscheid weg te nemen, en om artikel 1 Grondwet neutraal, inclusief en toekomstbestendig te maken, is de beste oplossing om de tweede volzin van de bepaling te beperken tot haar eigenlijke kern: het verbod van discriminatie. Daarbij moet worden aangenomen dat ‘discriminatie’ een bijzonder concept is binnen het Nederlandse rechtssysteem, dat nauw verbonden is met menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie en morele afkeuring van bepaalde gronden voor ongelijke behandeling.⁷⁰ Op dit punt past het

67 Zie behalve de hierboven genoemde bronnen o.m. A. Timmer, ‘Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2011, p. 707-738.

68 Zie CRvB 4 november 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:ZB4962, AB 1994/213, m.nt. H.Ph.J.A.M (Van Maarseveen). Hennekens; zie recenter CRvB 17 februari 2005, ECLI:NL:CRVB:AS8564. Vgl. ten aanzien van een soortgelijke discussie over de gronden in het Belgische grondwettelijke discriminatieverbod D. de Prins, S. Sottiaux en J. Vrieling, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen: Kluwer 2005, p. 243.

69 CRvB 17 februari 2005, ECLI:NL:CRVB:AS8564, r.o. 5.

70 Over het begrip ‘discriminatie’ is natuurlijk ook veel discussie mogelijk; zelf heb ik in het verleden zelfs wel bepleit deze term als analytisch en juridisch concept zoveel mogelijk te vermijden (Gerards 2002 (*supra* noot 34, p. 11)). Mits een voldoende ‘dikke’ notie van discriminatie wordt gehanteerd, zoals in de hoofdtekst genoemd, kan ik me niettemin voorstellen dat de term bruikbaar is om in de Grondwet te worden gebruikt. Zie voor een uitvoerige analyse ook R. Holtmaat, ‘Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil

om enige aandacht te geven aan het argument dat Titia Loenen naar voren heeft gebracht ten aanzien van het helemaal weghalen van de gronden uit artikel 1.⁷¹ Zij geeft aan dat het expliciet benoemen van gronden zoals geslacht, ras en godsdienst een zekere waarde heeft als ankerpunt of referentiekader. Deze gronden laten volgens haar zien dat we het bij discriminatie echt hebben over maatschappelijk verwerpelijke kwesties. Het zijn voorbeelden die laten zien dat we bij discriminatie niet gaat over minder belangrijke gronden als woonplaats of duur van het arbeidscontract.

Bij het volledig weghalen van de gronden uit artikel 1 Grondwet komt zo'n zichtbaar referentiepunt inderdaad te ontbreken, maar dat lijkt niet zo problematisch. Ook als dat wel wordt opgenomen, zal er immers nog discussie ontstaan bij de rechter, namelijk over de mate van analogie. Hoe 'verdacht' zijn gronden als zwaarlijvigheid of opleidingsniveau bijvoorbeeld, afgezet tegen de nu opgenomen gronden, en wat betekent dat voor de intensiteit van de toetsing? Die discussie zal niet tot wezenlijk andere uitkomsten leiden dan wanneer een rechter op basis van de hiervoor genoemde criteria (consensus, maatschappelijke achterstelling, overmatige stereotypering, menselijke waardigheid) moet bepalen of sprake is van een verdachte grond van onderscheid. Minder rechtsbescherming zal dit in ieder geval niet per se opleveren – de praktijk van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat dat wel zien.⁷²

Bovendien geldt dat een ander houvast kan worden geboden aan de rechter (maar ook aan de wetgever of aan bestuursorganen) dan dat van het opsommen van voorbeeldgronden. Als wordt gezocht naar de analogie tussen de genoemde gronden en de grond die aan de orde is bij een concrete regeling of in een concrete rechtszaak, zal die vaak te maken hebben met de mate waarin menselijke waardigheid en persoonlijke autonomie getroffen worden door mensen op een bepaalde grond te benadelen.⁷³ Dit is de eerdergenoemde morele, inhoudelijke norm die kan dienen om invulling en vorm te geven aan het discriminatieverbod.⁷⁴ Belangrijk is daarnaast de al genoemde norm dat mensen niet mogen worden achtergesteld op basis van of als voortvloeisel uit stigmatisering, vooroordelen of doorgedreven stereotypering. In plaats van deze normen impliciet te laten door middel van een rijtje van voorbeeldgronden, kunnen gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid en persoonlijke autonomie expliciet in de Grondwet

met kleine gevolgen?', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens, *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2006, p. 1-113.

- 71 Zie de bijdrage in ditzelfde nummer, M.L.P. Loenen, 'Wijziging van handhaven artikel 1 Grondwet: bij twijfel niet inhalen', *NJCM-Bull.* | *NTM* 2016, p. 319-326.
- 72 Zoals hiervoor al aangegeven, baseert dit Hof een strikte toetsing niet op een vergelijking tussen de wel en niet in artikel 14 EVRM opgenomen gronden, maar kijkt het eerder naar factoren als consensus, stigmatisering van groepen die een bepaald persoonskenmerk gemeenschappelijk hebben en geschiedenis van achterstelling; zie de verwijzingen in voetnoten 64 e.v.
- 73 Zo vinden we onderscheid op grond van geslacht of ras vooral problematisch als daarmee uitdrukking wordt gegeven aan opvattingen van inferioriteit, of als sprake is van uitsluiting terwijl de grond daarvoor helemaal niet relevant is. In vrijwel alle gevallen wordt daardoor op enigerlei wijze ook de waardigheid of autonomie geraakt. Zie voor een nadere analyse D. Réaume, 'Dignity, Equality, and Comparison', in: D. Hellman & S. Moreau (red.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford: OUP 2013 (ook via ssrn.com/id=2307169), par. VI.
- 74 Daarbij moet overigens een ruim begrip menselijke waardigheid worden gekozen, waarvan persoonlijke autonomie onderdeel uitmaakt; zie nader hierover o.m. C. McCrudden, 'In Pursuit of Human Dignity: An Introduction to Current Debates', in: C. McCrudden (red.), *Understanding Human Dignity*, Oxford: OUP 2014 (ook via ssrn.com/id=2218788).

worden benoemd als richtinggevende waarden.⁷⁵ Door het invoegen van zo'n clause is voor iedereen zichtbaar dat van een discriminatie in de zin van artikel 1 Grondwet alleen kan worden gesproken in gevallen waarbij onvoldoende recht is gedaan aan deze waarden .

3.5 Conclusie

In het licht van het voorgaande is het voorstel om de in de tweede volzin van de Grondwet genoemde gronden te schrappen. Het voordeel van een kort, krachtig discriminatieverbod in de Grondwet is dat dit niet alleen een heldere boodschap afgeeft, maar dat het ook een voor de praktijk bruikbare rechtsbescherming oplevert. Dat geldt zeker als een algemene bepaling wordt ingevoegd waarin (naast democratie en grondrechten in algemene zin) menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie en gelijkwaardigheid worden benoemd als basiswaarden voor de Nederlandse rechtsorde. Het weglaten van de voorbeeldgronden maakt de bepaling neutraal, inclusief en toekomstbestendig.

4 Conclusie

Artikel 1 van onze Grondwet zou beter af zijn zonder de nu daarin genoemde gronden. Die wijziging kan echter alleen zinvol worden doorgevoerd als die wordt ingepast in een bredere, radicale herziening van onze Grondwet. Alleen aan artikel 1 gaan sleutelen heeft niet zoveel zin. Om de Grondwet belangrijker te maken voor het Nederlandse discours over grondrechten en als instrument voor de rechtspraktijk, is modernisering dringend noodzakelijk. Dat behelst stevig sleutelen aan de structuur en aan de formulering van alle bepalingen. De bepalingen over grondrechten moeten in één oogopslag duidelijk maken wat nu eigenlijk de kern is van een grondrecht.

Alle conceptuele ingewikkeldheden ten spijt, kan zo'n nieuwe Grondwet dan een bepaling bevatten die luidt: 'Discriminatie, op welke grond dan ook, is niet toegestaan.' Zoals hiervoor betoogd is het toevoegen van een algemene bepaling dan van belang om duidelijk te maken hoe deze bepaling (en andere) moet worden ingevuld. De notie van menselijke waardigheid moet in zo'n algemene bepaling een duidelijke plaats krijgen. Daarnaast kan de gelijkebehandelingswetgeving een belangrijke rol spelen om voor concrete gevallen te verduidelijken welke vormen van ongelijke behandeling wel of niet toelaatbaar zijn. Die wetgeving is relatief eenvoudig aan te vullen met nieuwe gronden, zodat daarmee recht kan worden gedaan aan evoluerende maatschappelijke opvattingen. Nog mooier zou het zijn als die wetgeving een iets hogere status krijgt dan 'gewone' wetgeving, zodat daarmee het belang van het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel goed tot uitdrukking komt. Al met al is het daarmee hoog tijd voor een forse vernieuwingsoperatie.

75 Vgl. ook Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 (*supra* noot 16), p. 40; lid 2 van de voorgestelde algemene bepaling luidt: 'De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen'. Om recht te doen aan de in de hoofdtekst genoemde materiële normen, zou deze bepaling nog kunnen worden uitgebreid met noties van persoonlijke autonomie en gelijkwaardigheid.