

Voorstel van wet van de leden Hammelburg, Bromet en de Hoop houdende verandering in de Grondwet, strekkende tot toevoeging van handicap en seksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond

Nr.

Nota naar aanleiding van verslag**1. Inleiding**

De initiatiefnemers danken de leden van de fracties van VVD, ChristenUnie, Bij1, SGP SP, PvdA, GroenLinks en D66 voor hun reacties op het onderhavige wetsvoorstel. Het doet de initiatiefnemers goed dat deze fracties het belang van gelijkwaardigheid en de strijd tegen discriminatie onderschrijven. Het voorstel dient ertoe twee centrale beginselen in de Nederlandse rechtsorde, namelijk het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, te versterken.

2. Reikwijdte artikel 1 Grondwet

De leden van de fractie van de VVD hebben de vraag gesteld of kan worden bevestigd dat onder geslacht ook ‘geslachtskenmerken’, ‘genderexpressie’ en ‘genderidentiteit’ vallen. De initiatiefnemers onderschrijven die lezing volledig. Zij verwijzen daarin ook naar het feit dat de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) reeds expliciteert dat ‘geslachtskenmerken’, ‘genderexpressie’ en ‘genderidentiteit’ onder ‘geslacht’ vallen in de zin van de Awgb. Het ligt daarbij in de rede om het Awgb-begrip en het grondwettelijke begrip van geslacht gelijklopend te interpreteren. Ten overvloede merken de initiatiefnemers wel op dat het voorstel ziet op het introduceren van de non-discriminatiegronden ‘seksuele gerichtheid’ en ‘handicap’, en niet op ‘geslacht’, dat reeds in artikel 1 van de Grondwet is opgenomen.

De leden van de fractie van de ChristenUnie hebben de vraag gesteld of de initiatiefnemers kunnen aangeven dat pedoseksualiteit niet valt onder de te introduceren non-discriminatiegrond ‘seksuele gerichtheid’. Daarnaast hebben deze leden gevraagd hoe voorkomen kan worden dat in de toekomst toch een beroep wordt gedaan op artikel 1 waarbij pedoseksualiteit wordt aangevoerd als ‘seksuele gerichtheid’. De leden hebben deze vraag gesteld mede in het licht van de discussie omtrent het schrappen van het toetsingsverbod.

Initiatiefnemers benadrukken in antwoord op deze vragen van de ChristenUnie nogmaals dat het in dit voorstel gaat om seksuele gerichtheden die betrekking hebben op het geslacht van de ander. Pedoseksualiteit is -als er uitvoering aan wordt gegeven- strafbaar en dat blijft het ook. Aangaande de vraag hoe voorkomen kan worden dat dergelijk beroepen op de non-discriminatiegrond ‘seksuele gerichtheid’ alsnog worden gedaan merken initiatiefnemers op dat dat deels voorkomen kan worden door hierover duidelijkheid te verschaffen in de grondwetsgeschiedenis.

Initiatiefnemers merken -in algemene zin- wel op dat het hier gaat om een hypothetische situatie. Niet alleen omdat het toetsingsverbod –dat overigens zoals bekend enkel betrekking heeft op het toetsen van wetten in formele zin aan de Grondwet- nog onverminderd van kracht is maar ook omdat bij een afschaffing van het toetsingsverbod ook een bredere discussie over de bestaande grondrechten en de toepassings- en beperkingssystematiek op zijn plaats zou kunnen zijn.

De leden van de fractie van de SGP hebben gevraagd naar waarom ‘gender’ zou moeten worden gezien als vallend onder de grond ‘geslacht’ en hoe deze bredere opvatting zich verhoudt tot het binaire onderscheid dat in de veel andere discussies leidend is, waaronder de discussie over quota. Allereerst merken de initiatiefnemers andermaal op dat het voorliggende wetsvoorstel niet ziet op de reikwijdte van het begrip ‘geslacht’, maar op de explicitering van de gronden ‘handicap’ en ‘seksuele gerichtheid’. Het is belangrijk dat de discussie zich met name toespitst op de twee te introduceren gronden. ‘Geslacht’ wordt in juridische zin breed opgevat door ook genderexpressie, genderidentiteit en geslachtskenmerken hieronder te scharen. Initiatiefnemers hebben er niet voor gekozen om nog een categorie te introduceren. De grond geslacht moet, zo vinden initiatiefnemers niet worden beperkt tot het binaire onderscheid man-vrouw en zeker niet exclusief op basis van biologische geslachtskenmerken. Dat wil niet zeggen dat discriminatie van vrouwen of mannen vanwege hun geslacht niet meer onder de reikwijdte van dit begrip valt. Het voorbeeld dat door de leden van de fractie wordt aangehaald laat zien dat vrouwen nog altijd te maken hebben met discriminatie vanwege hun vrouw-zijn. Raden van commissarissen worden nog sterk gedomineerd door mannen en vrouwen krijgen moeilijk voet aan de grond, terwijl zij de helft van de Nederlandse bevolking beslaan en inmiddels even goed zijn opgeleid als mannen.¹ Initiatiefnemers constateren hier een ongelijkheid van kansen tussen vrouwen enerzijds en mannen anderzijds. Een belangrijke achterliggende oorzaak van die kansenongelijkheid is echter dat vrouwen te maken krijgen met (onbewuste) ideeën en verwachtingen over wat vrouwen kunnen en ook wat zij, anders dan mannen, niet kunnen. Met die veronderstellingen hebben transgenders en interseks personen ook te maken. Daarom past het juist goed om het begrip geslacht ruim uit te leggen en geen aparte categorie te introduceren.

De leden van de SGP-fractie vragen aandacht voor het vermeende gebrek aan differentiatie tussen de categorieën geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie. Zij vragen of initiatiefnemers en regering ermee bekend zijn dat lobbyorganisaties menen dat de genderidentiteit volstrekt subjectieve gevoelens betreft, die volgens die opvatting dus door externen niet te toetsen zijn en niet getoetst mogen worden.

Ook aangaande deze vraag van de leden van de SGP willen initiatiefnemers aangeven dat het niet ziet op het voorstel dat voorligt.

¹ CBS, Evenveel vrouwen als mannen met HBO of WO-diploma, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/10/evenveel-vrouwen-als-mannen-met-hbo-of-wo-diploma>

Genderidentiteit wordt door de Wereldgezondheidsorganisatie omschreven als *“a person’s deeply felt, internal and individual experience of gender, which may or may not correspond to the person’s physiology or designated sex at birth”*.² Het gaat dus om een subjectieve ervaring, maar wel met objectiveerbare kenmerken. De initiatiefnemers willen daarbij opmerken dat ook andere non-discriminatiegronden een subjectieve component bevatten. De initiatiefnemers wijzen op bijvoorbeeld ‘godsdienst’ en ‘politieke gezindheid’, ook in het kader van andere grondwetsartikelen. Ook daarbij zal het soms onontkoombaar zijn dat in bepaalde specifieke gevallen getoetst moet worden of de grond waarop een beroep wordt gedaan wel aan de orde is.³

De leden van de fractie van de SGP vragen wat de bredere uitleg van de non-discriminatiegrond ‘geslacht’ voor gevolgen heeft voor de grondwettelijke rechtsbescherming. Initiatiefnemers verwijzen naar de behandeling van de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksuele personen (34650). Daar is namelijk al besproken dat geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie onder ‘geslacht’, vallen in de zin van de Awgb. Dat de Awgb invulling geeft aan artikel 1 van de Grondwet is daarbij ook aan de orde geweest. De wetgever heeft toen bepaald dat uitbreiding van het begrip ‘geslacht’ in de Awgb gecodificeerd diende te worden. Initiatiefnemers achten het in de rede liggend om het grondwettelijke begrip van geslacht analoog uit te leggen aan het Awgb-begrip. Initiatiefnemers constateren hierbij geen onwenselijke juridische implicaties.

De leden van de fractie van de SGP vragen of ten aanzien van genderidentiteit niet vergelijkbare overwegingen gelden als die ten grondslag lagen aan de keuze om af te zien van het verankeren van gewetensvrijheid in de Grondwet. Initiatiefnemers zien parallellen met meerdere constitutionele reikwijdtediscussies. Zo zal de rechter soms moeten bepalen wat wel en wat geen ‘godsdienst’ is.⁴ De grondwetgever heeft, toen men zich beraadde op de grondwetswijziging van 1983, de keuze gemaakt om de gewetensvrijheid niet als zodanig op te nemen in de Grondwet omdat het onwenselijk werd geacht dat iemand zich met een beroep op zijn geweten zou onttrekken aan democratisch tot stand gekomen regelgeving. Initiatiefnemers merken hierbij wel op dat de leden van de fractie van de SGP verwijzen naar een discussie die ruim veertig jaar geleden is gevoerd en moet worden gezien in de context van die tijd. De discussie over grondrechten heeft niet stilgestaan. Als voorbeeld wijzen de initiatiefnemers naar het niet opnemen van ‘handicap’ in artikel 1. De gedachte daarbij was dat een antidiscriminatiebepaling zou kunnen inhouden dat –wenselijke– positieve discriminatie dan volgens de tekst van de Grondwet niet meer mogelijk zou zijn. Inmiddels is die gedachte verlaten. Daarnaast zijn het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), aan de hand van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het later tot stand gekomen Handvest van de Grondrechten van de Europese

² https://www.who.int/health-topics/gender#tab=tab_1

³ Zie onder meer over de godsdienstvrijheid: HR 31 oktober 1986, NJ 1987/173 (Zusters van Sint Walburga), en recenter: ABRvS, 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2715 (Pastafarisme)

⁴ Zie ook: ABRvS, 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2715

Unie (voorts: Handvest) een steeds centralere rol gaan spelen in de discussie over grondrechten in Nederland. In de wetgevingspraktijk blijken die bronnen zelfs vaker ingeroepen te worden dan de Grondwet.⁵ Zowel in het EVRM (art. 9) als in het Handvest (art. 10) is de gewetensvrijheid opgenomen. Het is goed denkbaar dat de afweging over het opnemen van de gewetensvrijheid heden ten dage anders zou verlopen, mede onder invloed van internationale jurisprudentie. Daarbij wijzen initiatiefnemers er ook op dat de discussie over welke grondrechten wel en niet zouden moeten worden opgenomen –en op basis van welke criteria dat zou zijn- in aanloop naar de grondwetswijziging van 1983 tamelijk beperkt was.⁶ Gelet op het voorgaande zijn overwegingen die gemaakt zijn voorafgaand aan de grondwetswijziging van 1983 naar de mening van initiatiefnemers niet zonder meer leidend voor de discussie over de Grondwet en de daarin opgenomen grondrechten nu.

Los daarvan is het ook goed om op te merken dat er twee verschillen zijn tussen genderidentiteit en de gewetensvrijheid die maken dat niet zonder meer dezelfde inhoudelijke overwegingen aan de orde zijn. Ten eerste is er bij gewetensvrijheid geen objectieve component, hetgeen toetsing verder bemoeilijkt. Bij genderidentiteit is naar de mening van initiatiefnemers geen sprake van een volstrekt subjectieve ervaring. Ten tweede gaat het bij gewetensvrijheid om het opnemen van een vrijheidsrecht dat iemand met een beroep op zijn geweten in staat stelt zich te onttrekken aan regelgeving. Bij genderidentiteit gaat het niet om een vrijheidsrecht, maar om een grond die aan de discriminatiebepaling wordt toegevoegd, op basis waarvan men niet anders behandeld mag worden. Daarmee wordt niet meteen een mogelijkheid in het leven geroepen om zich aan bepaalde plichten te onttrekken zoals bij gewetensvrijheid.

De leden van de fractie van de SGP vragen of er eerder niet te eenvoudig vanuit is gegaan dat het EHRM ‘gender’ lijkt te scharen onder de grond ‘geslacht’ in de Straatsburgse jurisprudentie en of deze jurisprudentie niet noopt tot een specifieke grondslag voor gender. Initiatiefnemers merken ten eerste op dat de initiatiefnemers van wetsvoorstel nr. 32.411 nimmer hebben gesteld dat ‘gender’ in de Europese jurisprudentie onder ‘geslacht’ valt. Wel hebben zij, in een voetnoot, opgemerkt dat het EHRM de opvatting *lijkt* aan te hangen dat geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie onder ‘geslacht’ vallen. Dit in het kader van een vraag die gesteld is door de leden van de fractie van D66 in de Eerste Kamer. De initiatiefnemers van het eerdere voorstel ontleenden de in de voetnoot weergegeven gedachte onder meer aan het feit dat het EHRM in de (authentieke Engelstalige) jurisprudentie de termen ‘gender’ en ‘sex’ door elkaar gebruikt. De leden van de fractie van de SGP hebben echter gelijk als zij zeggen dat het prematuur is om te zeggen dat ‘genderidentiteit’ ‘genderexpressie’ en ‘geslachtskenmerken’ door het EHRM onder ‘sex’ worden geschaard en er ook aanwijzingen zijn die juist de andere kant op wijzen. Initiatiefnemers zien hierin echter geen reden om geslacht uit te splitsen naar het biologische geslacht enerzijds en genderidentiteit en

⁵ Zie onder meer: M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? : Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, (diss. Universiteit Utrecht 2020), p. 5

⁶ Zie onder meer: P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, *Realisering van grondrechten. De rechtsplicht van de overheid tot verwerkelijking van grondrechten bij botsende rationaliteiten en belangen in een rechtspolitieke context* (diss. VU Amsterdam 2018), p. 54-55

genderexpressie anderzijds. Zelfs al zou de Straatsburgse jurisprudentie wel een duidelijke kant op wijzen aangaande de reikwijdte en het onderscheid, dan nog schept dit geen verplichting om Nederlandse (grond)wetgeving te herzien.

De leden van de fractie van de SGP vragen naar de afweging die eraan ten grondslag heeft gelegen om de grond gender niet te expliciteren en andere gronden, die al onder ‘welke grond dan ook’ vallen, wel, waarbij zij stellen dat er een inconsistentie lijkt te zijn. Deze leden verwijzen hierbij naar het verhandelde in de Eerste Kamer en de minder uitgekristalliseerde rechtspraktijk die juist aanleiding zou kunnen geven gender expliciet te erkennen. De grond ‘seksuele gerichtheid is immers al meer ingeburgerd en lijkt daarom de extra bescherming minder nodig te hebben, zo stellen deze leden.

Initiatiefnemers zijn van mening dat er geen sprake is van inconsistentie. Zoals de initiatiefnemers van wetsvoorstel 32411 eerder naar voren brachten in antwoord op een vergelijkbare vraag van de fractie van GroenLinks in de Eerste Kamer zijn er meerdere belangrijke redenen geweest om hier anders mee om te gaan. Ten eerste is het zo dat dat ‘seksuele gerichtheid’ nu niet onder het bereik valt van een reeds geëxpliciteerde grond, maar onder de restcategorie ‘welke grond dan ook’.

Ook is het zo, zoals eerder naar voren gebracht, dat initiatiefnemers van mening zijn dat er goede argumenten pleiten voor een brede opvatting van het begrip ‘geslacht’. Daarnaast zou explicitering van ‘geslachtskenmerken’, ‘genderexpressie’ en ‘genderidentiteit’ ertoe leiden dat er een inconsistentie komt te ontstaan tussen het grondwettelijke begrip ‘geslacht’ en de Awgb-definitie, omdat in de Awgb geëxpliciteerd is in artikel 1, tweede lid, dat *“Onder onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie”*. Initiatiefnemers achten een dergelijke inconsistentie onwenselijk.

De leden van de fractie van de SGP hebben geconstateerd dat de initiatiefnemers en de regering ervan uitgaan dat het begrip geslacht in artikel 1 van de Grondwet op dezelfde manier gelezen moet worden als dat in de Awgb. Zij noemen dat de noodzaak van een gelijklopende interpretatie niet hoeft te bestaan. Deze leden vragen in dat licht waarom dit niet heeft aangezet tot een extra non-discriminatiegrond. Daarnaast vragen zij om een appreciatie van het risico dat met het toevoegen van meer non-discriminatiegronden onduidelijkheid ontstaat over niet-omschreven gronden. De initiatiefnemers bevestigen andermaal dat de interpretatie van de tekst van de Grondwet kan verschillen. Die flexibiliteit is een logisch gevolg van het sobere karakter van de Grondwet: door niet alles in te vullen wordt ruimte geboden om de tekst te interpreteren. Het is echter niet zo dat interpretaties van de tekst uit de lucht komen vallen. Bij het interpreteren van de Grondwet kan worden gekeken naar de grondwetsgeschiedenis, algemeen aanvaarde rechtsbeginselen, gewone wetgeving, jurisprudentie en internationale verdragen.⁷ Gelet daarop zien initiatiefnemers een beperkt risico dat geslacht minder extensief wordt uitgelegd dan in de interpretatie die initiatiefnemers in de rede vinden liggen.

⁷ Zie onder meer: J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Rosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010, p. 20-25

Zo zou in theorie mogelijk zijn dat als een transgender persoon zich jegens een gemeente beroept op de grond ‘geslacht’ vanwege een vermeend discriminatoire bepaling in de algemene plaatselijke verordening, een rechter zal oordelen dat hier niet de grondwettelijke grond ‘geslacht’ aan de orde is, maar een grond vallend onder ‘welke grond dan ook’. De rechter in kwestie zal dan wel goed moeten motiveren waarom hij het grondwettelijke begrip ‘geslacht’ niet op dezelfde wijze uitlegt als bijvoorbeeld in de Awgb en de uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens. Die uitleg zal mede plaats moeten vinden in het licht van het lex certa-beginsel. Daarbij is het overigens niet zo dat dergelijke interpretatieproblemen niet aan de orde zouden zijn met een extra grond. Ook dan kunnen zich immers afbakeningsproblemen voordoen.

Het is niet in te zien hoe, in beantwoording op de laatste bovenstaande vraag, het risico zich zal manifesteren dat de restcategorie minder duidelijk begrensd kan worden. Initiatiefnemers zijn namelijk van mening dat het voorstel, houdende het toevoegen van twee expliciete gronden, vermoedelijk geen gevolgen heeft voor de restcategorie. Die is immers niet afgebakend.

De leden van de SGP-fractie brengen naar voren de indruk te hebben dat keuzes betreffende het voorliggende wetsvoorstel in belangrijke mate zijn ingegeven door de recente aanpassing van de Awgb, waarin ‘genderexpressie’, ‘genderidentiteit’ en ‘geslachtskenmerken’ uitdrukkelijk onder de non-discriminatiegrond ‘geslacht’ worden geschaard. Zij vragen waarom het bezwaarlijk is om eerst te bezien of de Grondwet aanvulling behoeft en indien nodig de Awgb aan te passen.

Het is niet zo dat het voorstel tot aanpassing van de Awgb de opzet van het wetsvoorstel heeft beïnvloed. Het voorstel tot wijziging van de Grondwet is immers al aanzienlijk langer in behandeling dan het eerdere –reeds aangenomen– voorstel tot aanpassing van de Awgb. Wel vinden initiatiefnemers het van belang om een zekere consistentie te betrachten ten aanzien van de huidige Awgb. Initiatiefnemers herkennen hierin echter geen omkering van het primaat. Initiatiefnemers zien het als een verantwoordelijkheid om zorg te dragen voor coherentie tussen wet en Grondwet. Daarbij merken initiatiefnemers ook op dat het begrip ‘constitutionele rijpheid’ tijdens de behandeling in eerste lezing veelvuldig voorbij is gekomen. Beredeneerd vanuit die constitutionele rijpheid kan juist weer gesteld worden dat de Grondwet vanuit haar normatieve functie vooral fundamentele normen moet bevatten die al zijn uitgekristalliseerd in onder meer formele wetgeving. De minister stipte een soortgelijke overweging ook aan in haar brief van 11 november 2020 aan de Eerste Kamer.⁸ Dat ondersteunt juist weer de redeneerwijze waarbij de Grondwet in zekere mate de gewone wetgeving volgt. Initiatiefnemers zijn van mening dat het primaat ligt bij de Grondwet. Tegelijkertijd kunnen maatschappelijke en juridische veranderingen wel aanleiding geven om –binnen de ruimte die de tekst van de Grondwet biedt– nieuwe interpretatie te geven aan bepalingen in de Grondwet. Daarbij komt dat de ontwikkeling van de Grondwet zelf geen hoog tempo kent. Dat is hem gelegen in de rigide wijzigingsprocedure die is neergelegd in artikel 137 van de Grondwet, maar ook in het toetsingsverbod. Dit legt de

⁸ Kamerstukken I, 2020-2021, 32 411, D, zie ook Kamerstukken II 2011-2012, 31 570, nr. 20, p. 4

verantwoordelijkheid voor de interpretatie van de Grondwet in belangrijke mate bij de formele wetgever.

Het lid van de fractie van BIJ1 heeft geen vraag gesteld, maar desalniettemin achten de initiatiefnemers het op zijn plaats te reflecteren op de stelling dat het op zijn plaats zou zijn artikel 1 verder te verbreden met 'genderidentiteit' en 'genderexpressie'. Daartoe verwijzen initiatiefnemers in de eerste plaats naar de beantwoording van de vragen die gesteld zijn door de leden van de fractie van de SGP. Initiatiefnemers zijn, net als de initiatiefnemers van het eerdere overwegingsvoorstel 32.411, van mening dat een meer inclusieve lezing van het begrip 'geslacht' in de rede ligt. Zij stellen dat de interpretatie van het juridische begrip geslacht zich niet beperkt tot een binaire indeling in vrouwen en mannen maar als een continuüm dient te worden beschouwd. Met die keuze wordt ook het risico op afbakeningsproblemen geminimaliseerd en wordt aangesloten bij bestaande wetgeving en jurisprudentie. Het zou ook mogelijk zijn geweest om een aparte grond te introduceren, maar dat zou in een geval van toepassing in de rechtspraak leiden tot ingewikkelde interpretatieafwegingen. Daar zou daarnaast jurisprudentie uit kunnen volgen die uitgaat van een ongewenst restrictieve uitleg van het begrip 'geslacht'. Dit terwijl dat juist bij veel mensen op verzet stuit en kan leiden tot discriminatie die de initiatiefnemers met dit voorstel juist wensen te voorkomen.

Hammelburg
De Hoop
Bromet