

Vergaderjaar 2011–2012

32 411

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

Nr. 5

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State, d.d. 27 augustus 2010 en de reactie van de indieners d.d. 14 september 2012, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad is cursief afgedrukt. De Raad maakt een aantal opmerkingen bij het initiatiefwetsvoorstel. Indieners hebben met interesse daarvan kennis genomen en willen gaarne ingaan op enkele opmerkingen die de Raad heeft gemaakt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 14 juni 2010 heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het 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, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt ertoe de tweede volzin van artikel 1 van de Grondwet aan te vullen met de anti-discriminatiegronden handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid. Na een inleidende paragraaf, maakt de Raad opmerkingen over de noodzaak van het expliciteren van deze twee gronden, de effecten ervan, de gekozen terminologie en de maatschappelijke acceptatie in relatie tot de eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

I. Inleiding

1. Strekking van het voorstel

Ingevolge artikel 1 van de Grondwet worden allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

Het initiatiefvoorstel Van der Ham, Azough en Timmer (initiatiefvoorstel) strekt ertoe de opsomming van de expliciet genoemde non-discriminatiegronden uit te breiden door er twee niet eerder expliciet genoemde gronden aan toe te voegen: handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid. Hoewel niet met zoveel woorden genoemd in het huidige artikel 1 van de Grondwet, is discriminatie wegens seksuele gerichtheid en handicap ook nu al niet toegestaan. Beide gronden vallen thans immers onder het bereik van de verzamelclausule «op welke grond dan ook».¹ Het voorstel is dan ook in die zin beperkt in zijn strekking dat het niet beoogt om twee totaal nieuwe gronden te introduceren: het haalt twee als zodanig reeds lang erkende gronden uit het bereik van de verzamelclausule, door ook deze als zodanig te noemen in de tekst van artikel 1 van de Grondwet.

2. Huidige redactie artikel 1 van de Grondwet

De huidige redactie van artikel 1 van de Grondwet dateert uit 1983. Hoewel (homo)seksuele gerichtheid niet expliciet werd opgenomen in de tweede volzin van artikel 1, was de regering destijds van mening dat discriminatie van homoseksuelen onder het bereik van de eerste volzin van artikel 1 viel en daarom verboden was.² Volgens de eerste volzin van artikel 1 dienen gelijke gevallen gelijk te worden behandeld. De regering merkte daarbij echter op dat bij de beoordeling welke gevallen gelijk zijn rekening zal moeten worden gehouden met onder meer de heersende overtuigingen.³ De keuze om handicap in artikel 1 niet expliciet te noemen, was gebaseerd op de opvatting van de regering dat het te billijken was «dat aan tal van verschillen in persoonlijke kenmerken (bij voorbeeld geestelijke en lichamelijke bekwaamheden) uiteenlopende gevolgen worden verbonden».⁴

1. Strekking van het voorstel

2. Huidige redactie artikel 1 van de Grondwet

De Raad stelt volgens de indieners terecht vast dat het voorstel voortbouwt op het de bestaande tekst van artikel 1 van de Grondwet (GW), en dat de gronden die de indieners willen toevoegen in principe al onder de werkingskracht van dat artikel («op welke grond dan ook») vallen. Hij concludeert terecht dat het voorstel in die zin beperkt is in zijn strekking, omdat het niet beoogt twee totaal nieuwe gronden te introduceren. Het haalt twee als zodanig reeds lang erkende gronden uit het bereik van de verzamelclausule door ook deze als zodanig te noemen in de tekst van artikel 1 GW.

De Raad stelt terecht dat bij de tot stand koming van artikel 1 GW (homo)seksuele gerichtheid weliswaar niet expliciet werd opgenomen in de tweede volzin van artikel 1 GW, maar dat de regering destijds wel van mening was dat discriminatie van homoseksuelen onder het bereik van de eerste volzin van artikel 1 viel en daarom verboden was. De Raad concludeert voorts met de indieners dat er destijds ook voor gekozen is om handicap niet expliciet in artikel 1 te noemen. Dit was gebaseerd op de opvatting van de regering dat het te billijken was «dat aan tal van verschillen in persoonlijke kenmerken (bij voorbeeld geestelijke en lichamelijke bekwaamheden) uiteenlopende gevolgen worden verbonden».⁴

¹ Dit blijkt uit de Algemene wet gelijke behandeling en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, die mede bedoeld zijn als uitwerking van artikel 1 van de Grondwet.

² De formule «op welke grond dan ook» is pas later toegevoegd, naar aanleiding van het amendement van het lid Bakker, Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 18.

³ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nrs. 1–5, blz. 87 en Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, blz. 17.

⁴ Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, blz. 17.

3. Relevante regelgeving

3.1 Nationaal

Discriminatie van personen op grond van hun seksuele gerichtheid en handicap is reeds verboden op grond van nationale regelgeving. Ten eerste, zoals hierboven gesteld, verbiedt artikel 1 van de Grondwet discriminatie op deze twee gronden omdat buiten twijfel is dat ze vallen binnen het onbenoemde deel («op welke grond dan ook»). De grond hetero- of homoseksuele gerichtheid is bovendien expliciet genoemd in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb),¹ terwijl beide gronden voorkomen in het Wetboek van Strafrecht.² Daarnaast heeft discriminatie op grond van chronische ziekte en handicap aparte regeling gekregen in de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.

3.1. Nationaal

Indieners zijn het met de Raad eens dat onderhavig voorstel niet totaal nieuwe gronden introduceert. Zij stellen wel dat bij de totstandkoming van het huidige grondwetartikel 1 er uitvoerig is gesproken over het wel of niet opnemen van meer gronden dan nu expliciet genoemd werden. Er zijn toen redenen aangevoerd om die destijds niet expliciet op te nemen, zoals indieners in de Memorie van Toelichting hebben toegelicht in de historische reconstructie. Indieners stellen met de Raad vast dat deze gronden wel in de verzamelformulering «op welke grond dan ook» zouden zijn gevat. Zoals eveneens in de Memorie van Toelichting is uitgewerkt, is toen ook de discussie gevoerd of dit wel of niet bij voorbaar verdachte gronden betroffen.

Indieners stellen, met de Raad, eveneens vast dat de praktische bezwaren en argumenten die destijds werden aangevoerd inzake de discriminatiegrond «handicap» inmiddels door verfijning van wetgeving en jurisprudentie niet meer geldend zijn om deze grond niet expliciet te benoemen in artikel 1 GW.

De regering stelde toen ook dat rond (homo)seksualiteit het gelijkheidsbeginsel ongelijke behandeling wegens (homo)seksuele gerichtheid geenszins toestond, maar wel met de kanttekening dat bij de beoordeling welke gevallen, en welke behandelingen gelijk moeten worden geacht, rekening diende te worden gehouden met «heersende overtuigingen».³ Indieners stellen dat de heersende overtuigingen inmiddels verder ontwikkeld zijn, ook juridisch, in de richting van de wens tot meer gelijke behandeling. De voorwaardelijkheid die destijds op dit punt is ingenomen heeft dus alleen nog maar minder grond gekregen. Aangezien bij de redactie van artikel 1 GW destijds al expliciet gevraagd is om de in dit wetsvoorstel voorgestelde gronden toe te voegen, de toen opgeworpen bezwaren inmiddels ruimschoots weggenomen zijn, en de roep om deze twee gronden daarna alsnog toe te voegen, motiveert de indieners deze stap nemen.

3.2. Internationaal- en Europeesrechtelijk

a. Niet geëxpliciteerd

Discriminatie wegens handicap en seksuele gerichtheid is ook verboden op grond van het internationale recht: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)⁴ en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.⁵ In geen van beide verdragen worden de voorgestelde non-discriminatiegronden expliciet genoemd. Ze vallen evenwel binnen het bereik van bedoelde bepalingen, nu de opsomming daarin niet limitatief is.⁶

¹ Artikel 1.

² Artikelen 137c t/m f en artikel 429quater

³ Kamerstukken II, 1976–1977, 13 872, nr. 7, p. 17

⁴ Artikel 14, alsmede artikel 1 van het Twaalfde Protocol.

⁵ Artikel 26.

⁶ Het verbod op discriminatie wegens handicap en seksuele gerichtheid in het EVRM is erkend in de rechtspraak van het EHRM: Salgueiro da Silva Mouta, EHRM 21 december 1999, par. 28 en Pretty, EHRM 29 april 2002, par. 87–90.

b. Geëxpliciteerd

Beide gronden zijn wel geëxpliciteerd in het EU-Handvest van de Grondrechten¹ en het EU-Werkingsverdrag (VWEU).² Deze gelden binnen de werkingssfeer van het recht van de Europese Unie.

Volgens artikel 21, eerste lid, van het EU-Handvest van de Grondrechten is iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, verboden.³ Daarnaast kan artikel 26 van het EU-Handvest van de Grondrechten worden genoemd dat ziet op een inspanningsverplichting jegens personen met een handicap.

Artikel 19 VWEU⁴ bepaalt dat de Raad van Ministers, binnen de grenzen van de door de Verdragen aan de Unie verleende bevoegdheden, passende maatregelen kan nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.⁵ Volgens artikel 10 VWEU streeft de Unie, bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden, naar bestrijding van iedere discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid.

Naast de EU-regelgeving dient hier ook het recente VN Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap te worden genoemd.⁶

¹ PB C 83/396 2010.

² PB C 83/47 2010.

³ Artikel 6, eerste lid, van het EU-Verdrag bepaalt dat het Handvest bindend is; het heeft dezelfde juridische waarde als de Verdragen. Artikel 51 EU-Handvest bepaalt dat het Handvest is gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie en tot de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.

⁴ Oud artikel 13 EG-Verdrag.

⁵ In 2000 is op basis van het toenmalige artikel 13 VEG Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep totstandgekomen. Zie ook het voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, COM(2008)426. De wetgevingsprocedure voor richtlijnen op basis van artikel 19 VWEU verschilt in die zin van de procedure op basis van artikel 13 VEG dat de richtlijnen onder de nieuwe verdragstekst goedkeuring behoeven van het Europees Parlement.

⁶ Trb. 2007, 169.

⁷ Artikel 14, alsmede artikel 1 van het Twaalfde Protocol.

⁸ Artikel 26.

⁹ Het verbod op discriminatie wegens handicap en seksuele gerichtheid in het EVRM is erkend in de rechtspraak van het EHRM: Salgueiro da Silva Mouta, EHRM 21 december 1999, par. 28 en Pretty, EHRM 29 april 2002, par. 87–90.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld het advies van 14 april 2008, nr. W04.08 0031/I (opdrachtverlening aan de Staatscommissie Grondwet), punt 2.1.

¹¹ Het advies van 5 augustus 2010, nr.

W01.10 0071/I (de Nederlandse taal in de Grondwet), nog niet openbaar gemaakt.

¹² Kamerstukken II 2005/06, 30 422, nr. 4, punt 1b, (rechtstreekse verkiezing van de burgemeester) met verwijzing naar eerdere adviezen.

3.2. Internationaal- en Europeesrechtelijk

De Raad concludeert dat in internationale afspraken de voorgestelde gronden soms niet *geëxpliciteerd worden*, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)⁷ en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)⁸, maar dat de door de indieners voorgestelde gronden wel vallen binnen het bereik van bedoelde bepalingen.⁹ In andere documenten worden de door de indieners voorgestelde gronden wel geëxpliciteerd. In het EU-handvest van de Grondrechten¹ en het EU-Werkingsverdrag (VWEU)², beiden gelden binnen de werkingssfeer van het recht van de Europese Unie. De indieners zijn content met het feit dat steeds meer internationale verdragen impliciet dan wel expliciet het recht op gelijke behandeling rond handicap en homoseksualiteit beschermen. Indieners achten het echter duidelijker als deze twee gronden wel expliciet in de Grondwet worden genoemd. Zij stelden in de Memorie van Toelichting al vast dat er al een aantal landen zijn die dit expliciet doen, en indieners willen dat Nederland deze voorbeelden volgen. Ook is het noemen van de twee gronden in lijn met meest nabije internationale regelgeving, namelijk die van de Europese samenwerking. Bovendien heeft de roep om de voorgestelde twee gronden een lange binnenlandse geschiedenis.

4. Beoordelingskader wijziging Grondwet

In eerdere adviezen over voorstellen tot wijziging van de Grondwet heeft de Raad er op gewezen dat de Nederlandse Grondwet een sober karakter heeft.¹⁰ Mede tegen die achtergrond heeft hij opgemerkt dat de noodzaak tot een voorstel tot wijziging van de Grondwet voldoende moet vaststaan.¹¹ Voorts heeft hij er op gewezen dat het pas verantwoord is om onderwerpen in de Grondwet te regelen indien de discussie daarover voldoende is uitgekristalliseerd.¹²

De Raad zal het voorstel mede beoordelen vanuit deze uitgangspunten.

4. Beoordelingskader wijziging Grondwet

De Raad stelt dat hij in eerdere adviezen over voorstellen tot wijziging van de Grondwet er op gewezen dat de Nederlandse Grondwet een sober karakter heeft.¹ Mede tegen die achtergrond heeft de Raad opgemerkt dat de noodzaak tot een voorstel tot wijziging van de Grondwet voldoende moet vaststaan² en de discussie over wijzigingen daarover voldoende dient te zijn uitgekristalliseerd.³ De indieners menen dat het onderhavige voorstel aan beide noties voldoet, en zullen aan de hand van de opmerkingen van de Raad dit verduidelijken.

II. Beoordeling van het initiatiefvoorstel

1. Juridische noodzaak

In de toelichting gaan de indieners uitvoerig in op de juridische noodzaak van het voorstel.⁴ Het hoofdargument is dat van de rechtsbescherming. De indieners wijzen op de discussie over de betekenis van het expliciet opnemen van non-discriminatiegronden. Daarbij is de relevante vraag of dat de gronden zijn die als «bij voorbaat verdacht» worden aangemerkt en in zoverre meer bescherming verdienen dan gronden die niet expliciet worden genoemd, omdat ze vallen onder de verzamelclausule «op welke grond dan ook».

De indieners wijzen in dit verband op het rapport Gehandicapt (en) recht uit 1996 en het advies van de Commissie Gelijke Behandeling uit 2004, waarin de conclusie wordt getrokken dat de expliciet genoemde gronden meer bescherming genieten dan gronden die niet expliciet zijn genoemd. In dat laatste document wordt gesteld dat, onder andere, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een verschil maakt wat de intensiteit van de toetsing betreft als het gaat om het al dan niet expliciet benoemd zijn van non-discriminatiegronden. De Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden artikel 1 van de Grondwet meent daarentegen dat de rechter zijn oordeel niet laat afhangen van de vraag of een ingeroepen discriminatiegrond expliciet in artikel 1 van de Grondwet is genoemd, maar van de materiële ernst van de discriminatoire handeling of uiting.⁵

De indieners constateren dat het onduidelijk blijft of de expliciet genoemde gronden meer bescherming genieten dan gronden die niet zijn benoemd. Ze stellen daarom voor het zekere voor het onzekere te nemen: mocht het zo zijn dat de benoemde gronden inderdaad meer bescherming genieten, dan dienen ook de voorgestelde twee gronden expliciet te worden genoemd.⁶

De Raad merkt op dat de toelichting aldus blijk geeft van een zekere tegenstrijdigheid. Enerzijds voeren de indieners namelijk aan dat het verbod op discriminatie op deze beide gronden vergaand is geaccepteerd; zij gaan in dat verband ook in op de maatschappelijke ontwikkelingen dienaangaande. Verder vallen beide gronden al binnen de bescherming van de Grondwet, namelijk langs de weg van de verzamelclausule. Daarnaast is er de bescherming op het niveau van de gewone wet.⁷ Zo bezien, is explicitering in artikel 1 niet noodzakelijk als voorwaarde en grondslag voor de door de indieners beoogde rechtsbescherming ook ten aanzien van deze gronden. Explicitering zal niet leiden tot nieuwe rechtsgevolgen en in zoverre niet een toegevoegde waarde hebben.

Tegelijk geven de indieners echter blijk van onzekerheid over de vraag of de huidige bescherming op het niveau van de Grondwet zelf – namelijk via de verzamelclausule – wel toereikend is. In zoverre zou explicitering

¹ Zie bijvoorbeeld het advies van 14 april 2008, nr. W04.08 0031/I (opdrachtverlening aan de Staatscommissie Grondwet), punt 2.1.

² Het advies van 5 augustus 2010, nr. W01.10 0071/I (de Nederlandse taal in de Grondwet), nog niet openbaar gemaakt.

³ Kamerstukken II 2005/06, 30 422, nr. 4, punt 1b, (rechtstreekse verkiezing van de burgemeester) met verwijzing naar eerdere adviezen.

⁴ Paragraaf I.3.1.

⁵ Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet, april 2006, blz. 20.

⁶ Toelichting, paragraaf I.3.1.

⁷ Zie hiervoor, onder I.3.1.

niet alleen van belang zijn als signaal, maar ook juridisch gezien toegevoegde waarde hebben.

In verband met de genoemde onzekerheid merkt de Raad op dat de indieners voorbijgaan aan ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot de uitleg van het verbod op discriminatie. Zo heeft het EHRM het onderscheid wegens seksuele oriëntatie, een grond die als zodanig niet expliciet genoemd is in artikel 14, op één lijn gesteld met het onderscheid wegens geslacht: «Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification.»¹ Het EHRM hanteerde een overeenkomstige eis voor het onderscheid wegens nationaliteit buiten de sfeer van het migratierecht, dat enkel met «very weighty reasons» kan worden gerechtvaardigd».² Kennelijk stelt het EHRM het gewicht van non-discriminatiegronden niet afhankelijk van het al dan niet als zodanig in artikel 14 van het Verdrag genoemd zijn.

De Raad adviseert de juridische noodzaak van de voorgestelde aanvulling van artikel 1 van de Grondwet in het licht van het voorgaande nader te motiveren.

1. Juridische noodzaak

De indieners stellen dat de «zekere tegenstrijdigheid» die de Raad constateert rond de argumentatie voor het toevoegen van de twee gronden, niet gelegen ligt bij de indieners, maar bij de kwestie zelf. In de Memorie van Toelichting hebben de indieners met vreugde vastgesteld dat sinds de laatste redactie van artikel 1 GW de samenleving niet heeft stilgestaan. Maatschappelijke veranderingen alsook juridische aanpassingen en jurisprudentie, alsmede internationale ontwikkelingen hebben verbetering laten zien van de positie van hen die onder de voorgestelde gronden vallen. Maar het feit dat deze gronden destijds met bepaalde redenen expres niet expliciet zorgt nog steeds tot enige verwarring. Immers: als de bezwaren tegen expliciete opneming van toen zijn weggenomen, wat zou ons dan nu tegenhouden dat te doen wat destijds al gewenst was? De Grondwet heeft, zoals het staatsrecht ons onderwijst, immers ook een registratiefunctie: Het vastleggen van uitgekristalliseerde waarden of staatkundige ontwikkelingen.

De Raad gaat ook niet in op het door de indieners in de Memorie van Toelichting gebruikte argument dat het opnemen van deze twee gronden in de Grondwet niet alleen als een afhechting kan dienen van de positieve maatschappelijke en juridische ontwikkelingen, maar ook een fundamentele garant voor de toekomst. Juist vanwege het gezag van de Grondwet dienen deze ontwikkelingen, die zich enerzijds in lagere wetgeving en jurisprudentie hebben voltrokken, anderzijds op internationaal gebied verder zijn gegroeid, gestold worden/ gestalte krijgen in onze Grondwet. Door de expliciete benoeming zal het een blijvende, en niet mis te verstane vingerwijzing naar de wetgever ontstaan om zich voortdurend te blijven inspannen om ook op deze gronden ongelijke behandeling tegen te gaan. Indieners wijzen er in licht ook op dat er in onze huidige samenleving nog steeds wetten en regels zijn die op genoemde gronden vormen van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling zijn.

Het argument dat de Raad gebruikt inzake internationale regelgeving achten de indieners pleiten voor hun voorstel. De indieners stellen vast dat de Raad in adviezen aangaande andere wetvoorstellen vaak wijst op de noodzaak van harmonie rond formuleringen tussen met name Europese verdragen, en Europese wet- en regelgeving en de nationale wet- en regelgeving. Aangezien de beide voorgestelde gronden wel in bijvoorbeeld het EU-handvest van de Grondrechten³ en het

¹ L. en V. t. Oostenrijk, EHRM 9 januari 2003, par. 45, zoals bevestigd in latere uitspraken.

² Gaygusuz t. Oostenrijk, EHRM 16 september 1996, par. 42 en Koua Poirrez, EHRM 30 september 2003, par. 46 met betrekking tot aanspraken van vreemdelingen op het gebied van sociale zekerheid.

³ PB C 83/396 2010.

EU-Werkingsverdrag staan, past het onderhavige voorstel uitstekend in de veelvuldig geuite wens van de Raad tot meer harmonie in formulering. In het Rapport van de Staatscommissie Grondwet¹ wordt bovendien in zijn algemeenheid gesteld dat «uit het oogpunt van toegankelijkheid, consistentie en versterking van het normatieve karakter van de Grondwet argumenten bestaan om de meest fundamentele grondrechten in de Nederlandse Grondwet op te nemen.»

De indieners hebben in het kader van het normatieve karakter van de Grondwet in de Memorie van Toelichting uitgebreid stil gestaan bij de positieve effecten die expliciete opneming van de twee gronden kan hebben. Zij beogen, naast een grondwettelijke afhechting, vingerwijziging en borging ook het karakter van de Grondwet als maatschappelijk document te versterken. Ook het rapport van de staatscommissie Grondwet schrijft daarover: «Wanneer in de politiek, het wetgevingsproces en de rechtspraak de Grondwet daadwerkelijk als fundamenteel toetsingskader fungeert, kan de Grondwet ook een belangrijker rol spelen in het publieke debat over bijvoorbeeld sociale, politieke en economische vraagstukken.»² Indieners stellen vast dat rond gelijke behandeling het maatschappelijk debat en bewustwording net zo belangrijk is als de strikt juridische verankering van gelijke behandeling. De Kamer, maar ook maatschappelijke organisaties hebben, zoals in Memorie van Toelichting al is aangegeven, regelmatig gesteld dat opneming in de Grondwet onder meer voor dit doel wenselijk is. In zijn algemeenheid heeft de Kamer eveneens uitgesproken dat rol van de Grondwet in het maatschappelijk debat van groot belang is. Indieners wijzen daarbij naar de motie-Klaas de Vries c.s.³, waarmee de Tweede Kamer de regering oproep zich in te spannen voor het verbreiden en levend houden van onze grondrechten.

2. Effecten van het voorstel

Toevoeging van de beide gronden aan artikel 1 roept vervolgens de vraag op naar de effecten van uitbreiding van de reeks gronden in dit artikel, en daarmee ook naar de wenselijkheid ervan. In dit verband wijst de Raad er op dat de huidige vijf gronden uit een oogpunt van juridische bescherming een al langere geschiedenis kennen. Deels betreft het gronden die hun wortels hebben in vervolging en verreikende juridische tenachterstelling. Eventuele positivering in de Grondwet van de nu voorgestelde twee gronden zou een afronding zijn van een meer recente ontwikkeling, van emancipatoire aard. Uitbreiding van de benoemde gronden betekent dat het bereik van het niet-benoemde deel van artikel 1 dienovereenkomstig afneemt. De Raad wijst er op dat de desbetreffende verzamelclausule meer zin heeft naarmate de reeks benoemde gronden korter is. Naarmate die reeks langer wordt, rijst de vraag naar de betekenis daarvan voor het niet-benoemde deel. Voorkomen moet worden dat zich gaandeweg een zekere proliferatie van gronden zou gaan voordoen.

Daar achter ligt de vraag of uiteindelijk, mede gezien het sobere karakter van de Grondwet, in plaats van uitbreiding van het benoemde deel, wijziging van de tweede volzin van artikel 1 niet beter zou kunnen bestaan in de bepaling dat discriminatie niet is toegestaan, zonder het daarbij expliciteren van enige grond. Terugkeer naar zo'n korte bepaling zou kunnen berusten op de overweging dat deze wijze van formuleren van de tweede volzin toereikend is als bevestiging en explicatie van de norm van gelijke behandeling in de eerste volzin. Zo'n formulering voorkomt ook op voorhand dat vragen kunnen rijzen over de betekenis van het onderscheid tussen de benoemde gronden en de gronden die vallen binnen het onbenoemde deel. Zij zou voorts alle ruimte bieden aan uitwerking en invulling door de gewone wetgever, zoals wij deze ook nu al kennen. Van

¹ Rapport Staatscommissie Grondwet, 2010

² Rapport Staatscommissie Grondwet 2010

³ Kamerstukken II, 2004–2005, 29 614, nr. 5

spanning met normstelling in het Europese en het internationale recht behoeft geen sprake te zijn, nu zo'n algemene clausule alle in desbetreffende voorschriften neergelegde specifieke gronden op voorhand incorporeert.

De Raad adviseert de indieners gezien het voorgaande de motivering van hun voorstel nader uit te werken

2. Effecten van het voorstel

Indieners zijn verbaasd over de redeneerwijze van de raad in dezen. Zij zullen ingaan op het argument over de «historische wortels» van de genoemde vijf gronden en die welke de indieners willen toe willen voegen.

De Raad stelt dat de nu wel expliciet genoemde gronden «uit een oogpunt van juridische bescherming een al langere geschiedenis kennen. Deels betreft het gronden die hun wortels hebben in vervolging en verreikende juridische tenachterstelling. Eventuele positivering in de Grondwet van de nu voorgestelde twee gronden zou een afronding zijn van een meer recente ontwikkeling, van emancipatoire aard.» De indieners menen dat de raad hier zowel historisch als juridisch incorrect is.

De juridische en maatschappelijke positie van gehandicapten is al eeuwen een discussiepunt voor overheden. In Nederland werden al aan het einde van de 15de eeuw in verschillende plaatsen verenigingen van mensen met lepra opgericht. In 1784 werd het eerste blindeninstituut in Nederland geopend, dat in verschillende gemeenten navolging kregen, en in 1790 ontstond het Instituut voor doofstomme kinderen in Groningen. In 1865 kwam de eerste Thorbecke-wetgeving op het gebied van de Nederlandse gezondheidszorg tot stand met aandacht voor gehandicapten. Vanaf eind 19de eeuw zagen allerlei gehandicaptenorganisaties het licht. In 1913 was de publicatie van de Invaliditeitswet in het Staatsblad. In 1922 werd de aftrap gegeven voor leerplicht voor het blinde kind, toegang tot het middelbaar en hoger onderwijs en onder meer verbetering van de levensomstandigheden van blinde ouden van dagen. In 1929 werd Staatscommissie inzake onvolwaardige arbeidskrachten ingesteld. Na de Tweede Wereldoorlog, waarin gehandicapten en geesteszieken door het nazi-regime juist weer gediscrimineerd werden, is er veel aandacht gekomen voor gehandicaptenzorg, maar wetgeving om in redelijkheid tot gelijke behandeling te komen heeft lang op zich moeten laten wachten.

De juridische en maatschappelijke achterstelling van homoseksueliteit heeft eveneens een lange geschiedenis. Homoseksueel gedrag was in Nederland lange tijd een misdaad waar de doodstraf op stond. Zo werd in 1730–31 in Utrecht bijvoorbeeld een dozijn personen geëxecuteerd. Na 1811 was Nederland weliswaar een van de eerste landen ter wereld was dat homoseksualiteit gelegaliseerd had, maar er rustte in de praktijk nog steeds een groot taboe op en zodoende leidde openheid hierover dikwijls tot sociale uitsluiting. In 1911 werd middels artikel **248-bis** Sr bepaald dat de minimumleeftijd voor homoseksualiteit op 21 kwam te liggen, waar die eerder, net als heteroseksualiteit op 16 jaar was gelegd. Zowel door de politieke oppositie van dat moment, als door verschillende wetenschappers en maatschappelijke organisaties werd deze achterstelling aangevochten. Het stimuleerde ook de eerste organisaties die zich inspande voor emancipatie van homoseksuelen. Tijdens de Tweede Wereldoorlog werden homoseksuelen door het naziregime vervolgd. Na de Tweede Wereldoorlog werd deze nazi-wetgeving weer teruggedraaid en kwam de emancipatie van homoseksuelen verder op gang. Dat leidde tot onder meer de afschaffing van 248bis in 1971 en aanpassing van de

huwelijkswetgeving. Ondanks dat veel wetgeving inmiddels is aanpast, is de maatschappelijke positie van homoseksualiteit nog altijd kwetsbaar. Gezien deze lange geschiedenis van emancipatie van zowel gehandicapten, als die rond de gelijke behandeling van hetero- en homoseksuelen is de opmerking van de Raad dat het zou gaan om «emancipatoire ontwikkelingen» van meer recentere datum, niet gemotiveerd vanuit de feiten. De roep tot toevoeging van de twee voorgestelde gronden heeft eveneens een geschiedenis. In de Memorie van Toelichting hebben de indieners aangegeven dat middels de motie Rouvoet werd gepleit voor het opnemen van handicap in artikel 1 GW. Bij de totstandkoming van de huidige formulering van artikel 1 pleitte onder meer de VVD-fractie voor de opname van homoseksuele geaardheid¹. Daarnaast hebben de afgelopen decennia, zowel organisaties voor gehandicapten en chronisch zieken, als organisaties die zich bezighouden met homo-emancipatie bij herhaling aangedrongen op wijziging van artikel 1 GW, zoals indieners beogen.

Indieners waren ook verbaasd over de redenering van de raad dat het toevoegen van de twee gronden «vragen zouden kunnen laten rijzen» over de betekenis van het onderscheid tussen de benoemde gronden en de gronden die vallen binnen het onbenoemde deel. Hier lijkt de Raad zichzelf tegen te spreken, menen de indieners. Eerder stelde de Raad dat toevoeging van gronden materieel geen verschil zou maken, en nu lijkt de raad te stellen dat er toch «vragen kunnen rijzen». Zij kunnen zich niet voorstellen dat de Raad de opsomming van bijvoorbeeld het EVRM zwakker zou vinden omdat er meer gronden in worden benoemd dan in de huidige formulering van artikel 1 GW. Indieners beschouwen deze redeneerwijze van de Raad derhalve als niet voldragen. De indieners stellen dat het ook vanwege de voorgestelde gronden zelf zeer in de rede zou liggen om ze in artikel 1 GW op te nemen. Handicap en homoseksualiteit zijn immers in hun aard bij uitstek persoonskenmerken, net zoals ras en sexe dat zijn.

In de Memorie van Toelichting zijn indieners al kort ingegaan op deze variant van artikel 1 GW. Zij achten die niet wenselijk. Indieners wijzen, zoals ze al deden in de Memorie van Toelichting, op de motie De Vries die de wens uitsprak om de Grondwet meer een rol in het maatschappelijk debat en verkeer te laten spelen. Zij halen in dit kader opnieuw organisaties als de Chronisch Zieken en Gehandicaptenraad en het COC aan, maar ook het Sociaal Cultureel Planbureau en de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, die stellen dat Grondwet belangrijk is voor constitutionele (h)erkenning. Inzake de toevoeging «handicap» aan artikel 1 GW stelde de Commissie Gelijke Behandeling: «Discriminatie vanwege de grond handicap of chronische ziekte tast evenzeer de menselijke waardigheid aan als discriminatie vanwege de wél in artikel 1 Gw benoemde gronden.»² Aangaande het destijds gebruikte argument om hetero en homoseksuele gerichtheid niet in artikel 1 Gw te benoemen omdat dit nog niet zou aansluiten bij «heersende overtuigingen», plaatsen de indieners het feit dat nagenoeg alle politieke stromingen gelijke behandeling van homoseksuelen als een hoog te beschermen goed achten. Dat mensen niet gediscrimineerd worden op grond van hun homoseksuele gerichtheid is in de Nederlandse samenleving een ononderhandelbare norm, zo stelde ook het kabinet Balkenende IV.³ Het is wenselijk die norm in de Grondwet te expliciet te codificeren en haar voor de toekomst te borgen.

Indieners verwijzen in dit kader ook naar Thorbecke die in 1838 stelde in zijn aantekening op de Grondwet dat de Grondwet niet louter een vorm mag wezen, maar een nationale kracht moet zijn. De indieners achten daarom de vorm van artikel 1 GW verkieslijk, zij het dat deze met de voorgestelde twee gronden aangevuld dient te worden.

¹ Homofilie

² CGB, brief aan de minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, 13 juni 2006

³ Kamerstukken II, 2004–2005, 27 017, nr. 11, p.2 en Kamerstukken II, 2007–2008, 27 017, nr. 33

3. Terminologie

a. De formulering «hetero- of homoseksuele» gerichtheid

Door het gebruik van de woorden «hetero- of homoseksuele» gerichtheid sluiten de indieners aan bij de tot nu toe in de Nederlandse wetgeving gebezigde terminologie. Zowel in het Wetboek van Strafrecht als in de Awgb wordt namelijk hetero- of homoseksuele gerichtheid als begrip gehanteerd. De keuze voor deze wijze van formuleren is destijds bewust gemaakt. Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enkele bepalingen tot het tegengaan van discriminatie op grond van ras, geslacht of seksuele gerichtheid is bij nota van wijziging seksuele gerichtheid vervangen door hetero- of homoseksuele gerichtheid.¹ Daarmee zou het strafrechtelijke verbod op discriminatie zich niet uitstrekken tot, onder andere, pedofilie. In het voorstel van de Awgb sloot de regering zich aan bij de discussie op dit punt tijdens de parlementaire behandeling van de aanvulling van het Wetboek van Strafrecht. De regering bevestigde dat de term seksuele gerichtheid een breder bereik heeft dan haar voor ogen stond. Om die reden heeft zij geen gevolg gegeven aan het advies van de Raad van State met betrekking tot de Awgb waarin de Raad adviseerde om de term hetero- of homoseksuele gerichtheid te vervangen door seksuele gerichtheid.²

De Raad merkt op dat het noemen van zowel homoseksuele gerichtheid als heteroseksuele gerichtheid niet past binnen de thans in artikel 1 gehanteerde systematiek.³ Alle non-discriminatiegronden genoemd in artikel 1 betreffen algemene gronden, zonder specificatie. Zo wordt er bijvoorbeeld gesproken van het verbod van discriminatie op grond van geslacht en ras, zonder dat gespecificeerd wordt dat het gaat om het vrouwelijke en het mannelijke geslacht en dat het begrip ras betrekking heeft op elk van de te onderscheiden rassen. Voorts kent noch het EU-Handvest van de Grondrechten noch het VWEU in de formulering een differentiatie tussen beide vormen van seksuele oriëntatie.

De Raad geeft in overweging de terminologie op dit punt in het licht van het voorgaande nader te bezien.»

b. De term «gerichtheid»

«De Raad wijst er op dat de Nederlandse versie van artikel 21 van het EU-Handvest van de Grondrechten 2010 de term seksuele «gerichtheid» gebruikt, terwijl de versie van 2000 sprak van seksuele «geaardheid».⁴ Ook de Nederlandse versie van artikel 19 VWEU⁵ gebruikt de woorden seksuele «geaardheid».⁶ De Nederlandse versie van het nieuwe artikel 10 VWEU bevat echter de woorden seksuele «gerichtheid.» In de Engelse versies van de verdragen wordt telkens het begrip «orientation» gebruikt. De Raad constateert dat in de Nederlandse versies van de verdragen verschillende begrippen worden gebruikt, terwijl aangenomen mag worden dat daarmee niet een verschil in betekenis wordt beoogd.⁷ De Raad adviseert de indieners in de toelichting aan dit terminologische punt aandacht te besteden.»

3. Terminologie

Indieners begrijpen de redeneringen van de Raad, maar delen hem niet. Zij erkennen dat er in de Grondwet niet gekozen is explicitering bij sexe en bij ras. Maar in de grondwet staan wel expliciteringen bij kenmerken, niet zijnde persoonskenmerken. Zo worden de vrijheid van politieke richting, geloofsovertuiging en levensovertuiging alle drie genoemd. Zij zien het

¹ Eerste nota van wijziging, Kamerstukken II 1988/89, 20 239, nr. 6.

² Kamerstukken II 1990/91, 22 014, B, blz. 17–18.

³ Overigens gaat het in de praktijk vooral om discriminatie van homoseksuelen.

⁴ Overigens is de term «seksuele geaardheid» in dit artikel reeds in 2007 vervangen door «seksuele gerichtheid,» zie PB C 303/7 2007.

⁵ Evenals oud artikel 13 EG-Verdrag.

⁶ In beide gevallen als Nederlandse vertaling van het Engelse begrip sexual orientation. De Belgische antidiscriminatiewet van 10 mei 2007, die onder andere richtlijn 2000/78 implementeert, spreekt steeds van «seksuele geaardheid».

⁷ Ook in andere taalversies komen geen verschillende begrippen voor. De Franse versies spreken consequent over «orientation sexuelle» en de Duitse versies over «sexuellen Ausrichtung».

specifiek maken van hetero en homoseksuele geaardheid als een maatschappelijk aanvaard, breed gedragen formulering. Indieners sluiten daarom aan bij overwegingen die ten tijde van de Algemene Wet Gelijke Behandeling zijn gemaakt om te spreken over hetero- en homoseksuele gerichtheid. Zij wijzen er voorts op dat in deze terminologie ook biseksualiteit ligt besloten. Gelijke behandeling van transgenders dient wat de indieners betreft een uitvloeisel te zijn van de al bestaande grond «sexe», deels op basis van de toe te voegen gronden.

4. BES-eilanden

De indieners behandelen in de toelichting ook de maatschappelijke noodzaak van het expliciteren van hetero- of homoseksuele gerichtheid en handicap in artikel 1 van de Grondwet. Ze concluderen dat met de voorgestelde aanvulling van artikel 1 een signaal wordt afgegeven, «enerzijds als bevestiging en verankering van hetgeen reeds bereikt is op het vlak van participatie van mensen met een functionele beperking en de gelijke behandeling tussen hetero's en homo's, anderzijds (om) deze zaken te bewaken, en voorts aan te sporen deze verder te verbeteren».¹

Met betrekking tot homoseksualiteit wijzen de indieners verder op de maatschappelijke acceptatie in Nederland en de ontwikkelingen waaruit dit blijkt: het openstellen van het burgerlijk huwelijk voor paren van gelijk geslacht en het mogelijk maken voor homoparen om kinderen te adopteren.

De Raad wijst er in verband met maatschappelijke acceptatie van homoseksualiteit in Nederland op dat de eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba per 10 oktober 2010 als openbare lichamen deel uit zullen maken van Nederland.»

4. BES-eilanden

De indieners reageren als volgt. Dit voorstel van wet tot grondwetswijziging gaat niet over specifieke wetgeving zoals die welke de Raad aanhaalt. Die onderwerpen zijn discussies die los staan van onderhavig wetsvoorstel.

Dan over de Grondwet zelf. Vanaf het moment dat de eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba deel zijn gaan uitmaken van Nederland geldt voor hen ook de Grondwet, dus ook artikel 1 GW. Aangezien gelijke behandeling op grond van handicap en hetero- en homoseksuele gerichtheid al onder de werkingskracht van de zinsnede «op welke grond dan ook» zou moeten vallen, verandert er op dat punt materieel niets meer of minder dan het voor het Nederlands grondgebied zou veranderen. Als de immateriële werking van de toevoeging van voorgestelde gronden in zijn algemeenheid een positieve werking hebben op de gelijke behandeling van hen die onder de discriminatiegronden vallen, dan komt die werking overeen met wat de indieners met onderhavig wetsvoorstel beogen.

*De Vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

De indieners,
Van der Ham
Van Tongeren
Heijnen

¹ Toelichting, paragraaf I.1.