

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/149415>

Please be advised that this information was generated on 2018-04-24 and may be subject to change.

Actioma

Now with international section!



Blote billen, boerka's en baarden

Ashley Terlouw

Zalco
Sander Steneker

De status quo van het GeenPeil-referendum
Laura Monhemius

Rechtspraak en journalistiek,
het vertekende beeld dat de media het volk voorhouden
Edwin van der Heijden

Blote billen, boerka's en baarden

1. Blote billen

Stephan Gough was al twee keer in Adamskostuum van het noorden naar het zuiden van Groot-Brittannië gewandeld. Zijn wandelingen waren steeds onderbroken door arrestatie, voorgeleiding en gevangenisstraf. Ook was hij meerdere keren opgepakt en veroordeeld omdat hij zonder kleding gerechtsgebouwen binnen ging en in vliegtuigen stapte. Tussen 2003 en 2012 werd hij meer dan dertig keer aangehouden en tussen mei 2006 en oktober 2012 bracht hij het grootste deel van zijn tijd door in de gevangenis. Ook daar weigerde hij kleren te dragen.

Op 28 oktober 2014 oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) in zijn zaak dat naaktlopen in het openbaar geen mensenrecht is. De detentie van Stephan Gough was het gevolg van zijn herhaalde overtreding van de strafwet in het volle besef van de consequenties en door gedrag dat inging tegen de normen van aanvaard publiek gedrag in een moderne democratische samenleving, aldus het Hof.¹

1. EHRM 28 oktober 2014, (Gough v. UK), Application no. 49327/11.

We kunnen het arrest van het EHRM wel begrijpen, denk ik, naaktlopen is ook in Nederland verboden (art. 430a Sr). Het stelt ons echter voor de moeilijke vraag, wie is normaal en wat is normaal en moeten we dat wat we niet normaal vinden, altijd verbieden?² Dit zijn belangrijke vragen. Wij mensen hebben de sterke neiging om wat anders is, wat vreemd is, ook beangstigend te vinden en vergeten graag dat angst meestal een slechte raadgever is.

2. Vgl. de campagne van het College voor de rechten van de mens onprettig is niet onwettig.

“Wie is normaal en wat is normaal en moeten we dat wat we niet normaal vinden, altijd verbieden?”

2. Boerka's

De tweede uitspraak van het EHRM die ik wil noemen, is die in de zaak S.A.S tegen Frankrijk. De zaak was aangespannen door een Franse moslima die vanwege haar geloof met een boerka over staat wilde kunnen lopen.³ Zij klaagde bij het Hof over de Franse wet van 2011 die het dragen van kleding verbiedt die het gezicht bedekt in de openbare ruimte. Frankrijk verdedigde het verbod met een beroep op de openbare veiligheid en gendergelijkheid. Het EHRM achtte het boerkaverbod geoorloofd. Het accepteerde het argument van Frankrijk dat de zichtbaarheid van het gezicht een onmisbaar element van gemeenschapsleven in de samenleving is. En ook het argument dat het dragen van een boerka niet in overeenstemming is met de grondregels van sociale communicatie en de vereisten van 'samenleven' ('vivre ensemble') werd door het Hof overgenomen. Er is veel commentaar gekomen op de uitspraak, met name omdat het begrip 'samenleven' als argument waarom de staat inbreuk mag maken op de vrijheid van godsdienst, zo vaag zou zijn dat het de bescherming van de vrijheid van godsdienst uitholt.⁴ Natuurlijk is er een parallel met naaktlopen, zoals Tigchelaar schreef 'Kennelijk mag de overheid te weinig kleding strafbaar stellen, dus misschien ook wel teveel kleding. Is er wellicht een analogie tussen het onbehagen en de ontregeling van de maatschappelijke orde in het geval van naaktloperij en die in geval van de nikaab?'⁵ Tigchelaar ziet die analogie inderdaad maar noemt ook de verschillen. Bij naaktloperij treedt seksualiteit meer op de voorgrond en bij de boerka en nikaab godsdienst en godsdienstvrijheid. Dat maakt in haar ogen dat de verwijzing naar naaktloperij niet volstaat.

3. EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (S.A.S. t Frankrijk), EHRC 2014/208, m.nt. Van Sasse van Isselt.

4. Onder andere de twee dissenters, de rechters Nußberger en Jäderblom, stelden ernstige vragen bij de vaagheid van het begrip 'vivre ensemble'. Zij wezen erop dat het recht op een privéleven tevens het recht inhoudt om niet te communiceren en een 'outsider' te blijven. Verder hadden ze kritiek op het ontbreken van een diepgaande analyse van het beginsel van proportionaliteit. In hun ogen bestaan er minder vergaande maatregelen om het legitieme doel van vivre ensemble te bereiken. Zie ook het commentaar van Jannemieke Ouwerkerk, DD 2015/7 en Bernard Keenan, 'S.A.S. v France – the French principle of "living together" and the limits of individual human rights, <blogs.lse.ac.uk/humanrights/2014/07/14/s-a-s-v-france>' en James A. Goldston, uitvoerend directeur van the Open Society Justice Initiative, bracht een verklaring uit waarin hij stelde dat 'The court's decision is an unfortunate missed opportunity to reaffirm the importance of equal treatment for all and the fundamental right to religious belief and expression. The majority has failed adequately to protect the rights of many women who wish to express themselves by what they wear.'

5. J. Tigchelaar, 'Een intimiderend wetsvoorstel, het 'boerkaverbod' beoordeeld', in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2011, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 377- 394.

Ik zelf vind vooral dat er bij een verbod op gezicht bedekkende kleding sprake is van symboolwetgeving waarbij de overheid wil laten zien dat een boerka niet normaal is en dat wij wat niet normaal is niet accepteren. Maar is er wel sprake van een echt probleem waarvoor een oplossing moet

worden bedacht? Hoeveel last hebben we ervan? Hoeveel boerkadraagsters zijn er nu helemaal in Frankrijk?⁶ En draagt het verbod echt bij aan gendergelijkheid of veroordeelt het de boerkadraagsters tot een leven binnenshuis?

Deze twee uitspraken dienen slechts als voorbeeld, maar ook uit andere uitspraken van het EHRM blijkt dat het groot gewicht toekent aan wat normaal wordt gevonden in een verdragsluitende staat. Als naaktlopen niet normaal is in Engeland, als *laïcité* normaal is in Frankrijk en als een kruis in de klas normaal is in Italië,⁷ dan bemoeit het Hof zich daar verder niet mee.⁸ Voor deze jurisprudentielijn is zeker iets te zeggen, maar toch voelt het voor mij als glad ijs. Op deze manier krijgt de meerderheid altijd gelijk en is de acceptatie van andersdenkenden ver te zoeken.⁹

6. Volgens Moors ging het in 2009 in Nederland om naar schatting 100 tot 400 vrouwen die regelmatig dan wel af en toe een gezichtssluiers dragen. A. Moors, *Gezichtssluiers, Draagsters en debatten*, Amsterdam School for Social Science Research, 2009, p. 55, <http://parlis.nl/pdf/bijlagen/BLG21667.pdf>.

7. EHRM 18 maart 2011, (*Lautsi e.a. t. Italië*) Application no. 30814/06.

8. Vgl. over de terughoudendheid van het EHRM in dit soort zaken M.L.P. Loenen, *Mensenrechten en diversiteit in Europa: gelijke monniken, ongelijke kappen?* Oratie (in verkorte vorm) uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van Mensenrechten en Diversiteit aan de Universiteit Leiden op vrijdag 15 november 2013.

9. Ik doe het EHRM echter tekort als ik niet ook wijs op de uitspraak EHRM 8 juli 2008 nr. 33629/06 (*Vajnai tegen Hongarije*, waarin het in par. 57 oordeelde dat 'a legal system which applies restrictions on human rights in order to satisfy the dictates of public feeling – real or imaginary – cannot be regarded as meeting the pressing social needs recognised in a democratic society, since that society must remain reasonable in its judgement'. Naar deze overweging van het Hof is ook verwezen door J. Tigchelaar, 'Een intimiderend wetsvoorstel, het 'boerkaverbod' beoordeeld', in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2011, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012, p. 387 die in noot 50 weer refereert aan Vrieling, Ouald Chaib en Brems, 'Het 'boerkaverbod' in België', *NJCM-bulletin*, 2011 (6/7), p. 623-638, p. 633.

10. Eerder sprak hierover ter gelegenheid van de Art. 1 lezing van 2010, gepubliceerd in Terlouw, A.B. (2010). 'Gelijk zijn of gelijk worden. De betekenis van artikel 1 grondwet voor Migranten.' Artikel 1-lezing 2010. *Asiel & Migrantenrecht*, 25 (3), 125-132.

11. Vgl. de campagne van Sire uit 1974: 'Ooit een normaal mens ontmoet? En ... beviel het?'

12. Algemene beschouwingen 22 september 2011.

“Op deze manier krijgt de meerderheid altijd gelijk en is de acceptatie van andersdenkenden ver te zoeken”

3. Het recht om niet normaal te zijn

We leven in een pluriforme, democratische samenleving en respect voor verschil is een van de essentiële aspecten van zo'n samenleving. Minderheden worden beschermd tegen de macht van de dominante groep. Die bescherming heeft een belangrijke plaats gekregen in ons recht. Onder andere in de grondwet die ons allerlei vrijheden garandeert: de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van geweten, de vrijheid van onderwijs en in artikel 1 vrijheid van discriminatie: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.' Wij vinden dit artikel zo belangrijk dat het zelfs is gebeiteld in een stenen bank die voor de Tweede Kamer staat.

Artikel 1 betekent niet dat iedereen gelijk is of zich gelijk moet gedragen, maar dat iedereen gelijkwaardig is, dat verschillen er in principe niet toe doen. In feite is in artikel 1 het recht neergelegd om 'niet normaal' te zijn, om af te wijken van het gemiddelde, van de dominante groep, zonder dat dit tot een ongelijke behandeling leidt.¹⁰ Het staat er mooi, maar de praktijk is weerbarstig. Een wetsartikel op zich maakt niet dat mensen niet meer discrimineren, dat ze ruimhartig zijn, dat ze elke afwijking accepteren. Dat ze niet bang zijn voor vreemden, voor wie anders is, niet normaal.¹¹

'Doe eens normaal man', riep de leider van de PVV tegen de minister president.¹² Daarmee gaf hij wellicht de essentie van zijn visie. Helaas antwoordde de minister president weinig rechtsstatelijk maar met de schooljongensachtige jij-bak: 'Doe zelf normaal.' Hoezeer had ik het gewaardeerd als hij zo iets had geantwoord als. 'Geachte afgevaardigde, ik begrijp en betreur dat uw visie is dat 'normaliteit' het hoogste goed is in Nederland, in mijn visie is het juist het recht om af te wijken van de dominante groep.'

4. Botsende (grond)rechten

Maar zo simpel ligt het niet. Zelfs als we volgens de Grondwet, conform de mensenrechtenverdragen willen leven, wringt er soms iets. Wat doen we met de naaktloper Stephan Gough en met islamitische vrouwen die een boerka dragen? Hoe zit het met hun recht om anders te zijn dan de dominante groep? Om deze vragen te kunnen beantwoorden moet ik eerst even een uitstapje maken naar de vraag wat wetgeving vermag. Wet- en regelgeving is prachtig maar er zijn tenminste vier problemen:

1. De wetgever kan niet voor elk mogelijke individuele geval een regel maken en moet dat ook niet willen proberen. Daarin zit ook één van mijn bezwaren tegen wetgeving tegen gezicht bedekkende kleding. De regel is algemeen geformuleerd maar onmiskenbaar toegespitst op de zeer kleine specifieke groep van boerkadraagsters. Het is bijna wetgeving gemaakt voor een individueel geval.

13. Vgl. CGB 5 oktober 2010, oordeel 2010/147.

14. Vgl. Marjolein van den Brink en Jet Tigchelaar, M/V en verder. Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders. Utrecht Center for European Research into family Law/WODC 2015 en Brink, M. van den, 'De inbedding van sekse(on) gelijkheid in het recht. Als je geen Barbie wilt zijn, hoe weet je dan dat je een vrouw bent?' In: R. Holtmaat (eindred.), *De toekomst van gelijkheid. De juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijkebehandelingsnorm*, Deventer: Kluwer, 2000, pp. 29-44.

15. Vgl. CGB 30 november 2006, oordeel 2006/239.

16. Vgl. onder meer CGB 16 september 2011, oordeel 2011/139.

17. Hoge Raad 14 december 2012, LJN BX835; besproken in A.B. Terlouw 'Sanctieregeling Iran. Onrechtmatige regelgeving. *Asiel & Migrantenrecht*, 2013, p.137-141. Zie ook A.B. Terlouw, 'Bitaraf e.a. tegen de Staat of het einde van de Sanctieregeling Iran', *Jaarboek vreemdelingenrecht*, 2012 (1), p. 32-40 en A.B. Terlouw, 'Angst en regelgeving. Onderscheid door de overheid op grond van nationaliteit, afkomst en religie. Oratie 11 september 2009, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

18. Zie de Algemene Beginselen voor behoorlijke wetgeving en Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Storrs lectures on jurisprudence, Yale Law School 1963, New Haven and London, Yale University Press 1964..en W. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Boom/Amsterdam 2015.

19. Alleen voor indirect onderscheid kan een objectieve rechtvaardiging bestaan. Direct onderscheid kan nooit gerechtvaardigd worden.

2. Wetgeving is soms te traag; de maatschappij verandert en de wetgever kan dat niet altijd bijbenen. Lang haar en oorkingen in het leger waren aanvankelijk niet acceptabel maar later heel gewoon, om maar niet te spreken van vrouwen in het leger. Een man met een korte broek is bij de belastingdienst kennelijk *not done*¹³, maar hoe denken we daar over een jaar of tien over? En nu is het nog niet mogelijk voor transgenders om hun geslacht niet te laten registreren bij de burgerlijke stand, maar straks vinden we dat misschien wel heel normaal.¹⁴ Kan de wetgever dat soort veranderingen in normen over normaliteit allemaal bijhouden? Is dit soort onderwerpen überhaupt geschikt voor wet- en regelgeving?
3. Regelgeving is niet altijd duidelijk en normen, zelfs grond- en gelijkheidsrechten, kunnen met elkaar op gespannen voet staan. Neem bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting en het verbod van discriminatie. Maakt iemand die Lonsdalekleding draagt zich bijvoorbeeld schuldig aan een uiting van rassendiscriminatie, of moet het dragen van dergelijke kleding worden beschouwd als een vrije uiting van een politieke overtuiging?¹⁵ Wat de een als leuk, anders en divers ziet kan de ander beschouwen als een ernstige bedreiging van zijn eigen vrijheid en levensopvattingen. Nog sterker kwam dit naar voren in de zaken waarin de vraag centraal stond hoe het verbod om onderscheid te maken op grond van geslacht zich verhoudt tot de godsdienstvrijheid van iemand die vanwege zijn islamitische geloofsovertuiging geen handen schudt met personen van het andere geslacht.¹⁶ In een aantal gevallen heeft de wetgever de botsingen voorzien en er een oplossing voor gegeven, maar vaak moet de rechter of het College voor de Rechten van de Mens de knoop doorhakken.
4. Het laatste en vierde probleem dat ik wil noemen is dat wet- of regelgeving soms niet voldoet aan de beginselen der kunst. Daarvan was bijvoorbeeld sprake bij de zogenoemde sanctieregeling Iran die onder meer Iraanse studenten verbod bepaalde studierichtingen in Nederland te volgen. De Hoge Raad oordeelde dat deze regeling discriminerend en dus onrechtmatig was, want alle Iraniërs werden over een kam geschoren en als bedreigend gezien en daarom benadeeld.¹⁷

“Door niet de rechtsregels maar de algemene leefregels te noemen, wil ik laten zien hoezeer het recht samenhangt met wat we normaal vinden”

Wetgeving kan onvoldoende doordacht zijn, slechts symbolisch of zelfs onrechtmatig. Wetgeving moet legitiem zijn (moet een rechtvaardig doel dienen), wetgeving moet effectief zijn (moet geschikt zijn om dat doel te bereiken) en wetgeving moet voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (kort uitgelegd: er moet een belangenafweging plaatsvinden en als hetzelfde kan worden bereikt op een wijze die minder een aantasting is van belangen dan moet voor die andere wijze worden gekozen). Er zijn nog wat andere eisen die aan wetgeving worden gesteld, maar ik laat die hier verder onbesproken.¹⁸ Voorop staat uiteraard dat wetgeving niet in strijd mag zijn met grond- en mensenrechten.

De beginselen van legitimiteit, effectiviteit, proportionaliteit en subsidiariteit vormen ook het handvat bij het beoordelen van de vraag of indirecte discriminatie- zoals bijvoorbeeld het verbod op gezicht bedekkende kleding dat in zijn formulering niet direct op boerkadraagsters is gericht maar hen indirect toch het meeste treft - onder omstandigheden toch gerechtvaardigd is.¹⁹ Er is veel over geschreven en nagedacht over deze zogenoemde objectieve rechtvaardigingstoets en er is veel jurisprudentie over. In plaats van die hier kort samen te vatten, wil ik proberen een paar basisregels te geven die wellicht bruikbaar zijn voor het moeilijkste onderdeel van de rechtvaardigingstoets, de proportionaliteitstoets. Deze regels zijn zo basaal dat we ze in feite al kennen sinds Confucius. Het zijn geen rechtsregels maar leefregels die niettemin weldegelijk in enige vorm in het recht en de jurisprudentie zijn terug te vinden. Door niet de rechtsregels maar de alge-

mene leefregels te noemen, wil ik laten zien hoezeer het recht samenhangt met wat we normaal vinden. Voor een groot deel codificeert het recht gedragsregels, slechts zeer gedeeltelijk is het recht instrumenteel (wordt met het recht verandering teweeg gebracht).²⁰

20. Vgl. John Griffiths, 'The social working of Legal rules', *Journal of Legal Pluralism*, nr. 48, 2003, p.1-84.

5. Bezorg anderen geen overlast en wees niet te snel op je teentjes getrapt

Er zijn twee basisregels die iedereen kan begrijpen en kan proberen tot zijn eigen leefregels te maken. Daarmee vertel ik u weinig nieuws, maar ik noem ze toch. De eerste basisregel is: bezorg anderen geen overlast. De vrijheid van de een houdt op waar die van de ander wordt beperkt. De vrijheid van geweten houdt niet het recht in om anderen kwaad te doen. De tweede basisregel is: wees niet te snel op je teentjes getrapt. Laten we zacht zijn voor elkaar en rekening houden met elkaars bijzonderheden - 'abnormaliteiten'.

Deze twee basisregels leiden er op het eerste gezicht toe dat we Stephan Goughs naaktloperij zouden aanvaarden en tegen de bedenkers van wetgeving die gezicht bedekkende kleding verbiedt, zouden zeggen: 'kom kom, maak je niet zo druk.' Maar akkoord, dat is te makkelijk, hiermee lossen we werkelijke conflicten niet op, we hebben meer houvast nodig.

Ik formuleer vijf iets gecompliceerdere vuistregels (opnieuw geen rechtsregels maar handvatten die kunnen helpen bij het maken van een belangenafweging als grond- of gelijkheidsregels botsen):

1. Ga ten eerste na of er andere oplossingen zijn waarmee beide partijen tevreden naar huis kunnen (de zogenoemde praktische Konkordanz²¹). In een zaak van een vrouwelijke verpleegster die uit hygiënische overwegingen van het ziekenhuis waar zij werkt geen hoofddoek mag dragen moet een compromis mogelijk zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan een hoofddoek verstrekt door het ziekenhuis die elke dag wordt gesteriliseerd. Operatieartsen en verplegers dragen uit hygiënische overwegingen toch juist iets op hun hoofd!²²
2. Een tweede denkbare stap is het toekennen van gewicht aan de machtsverhoudingen. Vaak is er sprake van een sterke partij tegenover een zwakke partij, een werkgever tegenover een werknemer, de overheid tegenover een individu, een schoolbestuur tegenover een leerling. Als de weegschaal voor het overige in evenwicht is, geef dan iets meer gewicht aan de zwakke partij. Dat gaf voor mij de doorslag in de zaak van de sluiswachter die vanwege zijn religieuze overtuiging niet op zondagen wilde werken.²³ Het was in mijn ogen aan de machtige werkgever, Rijkswaterstaat, om water bij de wijn te doen en een oplossing te zoeken, bijvoorbeeld werken met een voorkeursrooster. Bij het beoordelen van de machtsverhoudingen is tevens van belang of de ene partij behoort tot een (kwetsbare) minderheidsgroep en de andere tot de dominante groep. Dat geeft bij mij de doorslag in de zaak van de joodse student die niet op zaterdag examen wilde doen vanwege zijn godsdienstige overtuiging.²⁴ Bied hem een andere gelegenheid.
3. Een derde mogelijke stap is nagaan of de belangen die aan de orde zijn wel hetzelfde gewicht hebben. In de zaak van een islamitische wiskundeleraar die door een christelijke school voor een functie werd geweigerd, kon in mijn ogen het belang van de school dat tijdens de wiskundeles geen christelijke normen zouden worden overgebracht niet opwegen tegen het belang van de wiskundeleraar bij een baan.²⁵ En pas op, het zijn zelfs niet altijd (grond)rechten die tegenover elkaar staan. De Wever, burgemeester van Antwerpen, verbood ambtenaren van die gemeente om met een regenboog T-shirt te lopen. Daarmee zouden ze hun niet neutrale mening uiten dat homorechten beschermd dienen te worden. Pas op! Hier wordt gedaan alsof twee grondrechten tegenover elkaar staan. Het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op een neutrale overheid. Maar met het regenboog T-shirt wordt een van de fundamentele rechten van de mens gesymboliseerd een recht dat door

21. Het wordt algemeen aanvaard dat conflicterende (constitutionele)rechten zoveel mogelijk in praktische concordantie moeten worden gebracht (in billijk evenwicht). De term is bedacht door Konrad Hessen en terug te vinden in verschillende uitspraken van het Duitse Bundes Verfassungsgericht.

22. Vgl. College voor de Rechten van de Mens 9 december 2014, oordeel 2014-152 en Rb Rotterdam 24 januari 2014, ECLI: NL:RBROT:2014:2368.

23. CGB 12 juli 2006, oordeel 2006/147.

24. Vgl. CGB 15 januari 2008, oordeel 2008/4.

25. Vgl. CGB oordeel 12 mei 2006, oordeel 2006/93.

26. Vgl. Gily Coene, 'Accommodements raisonnables, une réponse au texte de Cécile Laborde', en: Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive (dir.), *L'accomodement de la diversité religieuse*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles 2015, p.50.

27. Lees omtrent dit dilemma Ian Mc Ewan *The Children Act* 2015.

de neutrale staat wordt beschermd. Het is geen symbool van seksisme of extremisme. Het verbod is dus absurd.²⁶

4. En dan ten vierde: het belang van het kind gaat voor; dat is ook een belangrijke verdragsrechtelijke bepaling neergelegd in bijvoorbeeld art. 3 IVRK en art. 24 Handvest. Toch is het geen makkelijke bepaling. Staat hij in de weg aan het onthouden van bloedtransfusies aan kinderen²⁷ en vaccinatie door Jehova Getuigen, aan besnijdenis van meisjes en van jongens? In mijn ogen wel, maar daar denkt bepaald niet iedereen hetzelfde over.
5. Het vijfde en laatste handvat dat ik wil noemen, is dat de overheid het goede voorbeeld moet geven. Dat is ook een essentieel onderdeel van de rechtsstaat. Ook de overheid, juist de overheid is gebonden aan wetten en verdragen en mag niet discrimineren. En essentieel is ook de scheiding van kerk en staat. De overheid mag geen onderscheid maken tussen religies en ook niet tussen het wel en niet hebben van een religie. Het is gevaarlijk als de overheid die grens overschrijdt.

Deze vijf handvatten zullen niet altijd in elke casus beslissend zijn bij de belangenafweging maar ze kunnen wel behulpzaam zijn bij het concretiseren daarvan.

“Er is kennelijk een associatie tussen baarden en onveiligheid, er is angst voor baarden, lange baarden zijn kennelijk niet normaal”

6. Baarden

28. Oordelen 2010/10; 2010/76; 2014/39; 25 januari 2007 oordeel 2007/8 (geen onderscheid).

En dan mannen met baarden.²⁸ Een man die vanwege zijn islamitische geloofsovertuiging een baard draagt, ontving een bijstandsuitkering. In een gesprek met medewerkers van de Dienst Werk en Inkomen (DWI) liet hij weten dat hij graag een re-integratietraject in de beveiligingssector wilde volgen. Tijdens het gesprek kwamen zijn geloofsovertuiging, zijn baard en de uitstraling daarvan en de associatie met bomaanslagen aan de orde. De gemeente weigerde hem voor het re-integratietraject aan te melden omdat hij volgens de gemeente niet aan de eisen voldeed die beveiligingsbedrijven stellen, te weten dat een medewerker er representatief moet uitzien en dat een baard zo kort moet zijn dat deze niet kan worden beetgepakt. Het College stelt vast dat de gemeente de man vanwege zijn baard niet heeft aangemeld. Bij de beslissing om de man niet voor het re-integratietraject aan te melden heeft de gemeente de (veronderstelde) eisen van representativiteit en veiligheid van de beveiligingsbedrijven overgenomen. Naar het oordeel van het College heeft de gemeente hiermee indirect onderscheid op grond van godsdienst gemaakt. Indirect onderscheid omdat door het niet toestaan van het dragen van een baard, mannen zoals verzoeker, die hiermee uitdrukking willen geven aan het islamitische geloof, bijzonder worden getroffen. Voor het onderscheid is volgens het College geen objectieve rechtvaardiging aangevoerd. Hoewel het doel van het onderscheid: het aanbieden aan klanten van een traject waarmee hun kansen op uitstroom naar werk het meest worden vergroot legitiem is, heeft de gemeente op geen enkele wijze onderbouwd waarom een baard niet representatief zou zijn. Verder wist de gemeente dat sommige beveiligingsbedrijven een baard toestaan en had de gemeente daar nader onderzoek naar moeten doen. Nu de gemeente de man zonder nader onderzoek voor het traject heeft afgewezen, is het College van oordeel dat de gemeente de noodzaak van de afwijzing onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt.

Mijn beschrijving van het oordeel op deze manier is wat kort door de bocht, maar het is keurig juridisch geformuleerd en de objectieve rechtvaardigingstoets is verricht volgens de regelen der kunst. Toch lijkt het College

met het oordeel een beetje om de hete brij heen te draaien door het te componeren rond de vraag of een baard een belemmering is om bij een beveiligingsbedrijf te werken. Het zou heel goed kunnen dat beveiligingsbedrijven mannen met baarden discrimineren. Niet de metromannen met een stoer vakantiebaardje maar mannen met een islamitisch ogende volwassen baard.²⁹ Er is kennelijk een associatie tussen baarden en onveiligheid, er is angst voor baarden, lange baarden zijn kennelijk niet normaal.

- » Maar zijn de baarden echt een probleem, is er een reële samenhang tussen baarden en gevaar?
- » Hoeveel mannen met baarden zijn gevaarlijk (hoed u voor 'overinclusiviteit')?
- » En hoeveel mannen (en vrouwen) zonder baard zijn gevaarlijk (hoed u voor 'onderinclusiviteit')?
- » En draagt het afwijzen van mannen met baarden voor functies bij aan de veiligheid of leidt het tot meer frustratie en radicalisering?

Doordat het oordeel niet op deze vragen ingaat, mist het College in mijn ogen de kans om te laten zien waarom categorisering op grond van niet normaal lange baarden uit den boze is.

7. Het recht om niet normaal te zijn

Geven mijn handvatten voor alle botsingen van vrijheden en rechten wel een bevredigende oplossing? Gedeeltelijk wel denk ik, loop ze maar na in de situatie van de mannen met baarden. Een compromis is wellicht moeilijk maar niet ondenkbaar, er is een evident verschil in machtsverhoudingen en in aard van de belangen en de man met de baard behoort tot een religieuze minderheidsgroep. Bovendien is er sprake van een gemeente, een overheidsinstantie die het goede voorbeeld zou moeten geven.

We kunnen op deze manier ook kijken naar het naaktlopen en de gezicht bedekkende kleding.

Bij de naaktloper zal een compromis moeilijk zijn, al zou je de aanwezigheid van naaktstranden als een eerste begin van een poging tot compromis kunnen zien. Machtsverhoudingen spelen geen wezenlijke rol in deze casus ook al is er natuurlijk de machtiger overheid tegenover het individu. Het belang van de naaktloper is nogal onduidelijk en er is geen duidelijke minderheidsgroep. Belangen van het kind kunnen weldegelijk een rol spelen. Kindermisbruik komt helaas veel voor en dat we onze kinderen willen beschermen door de vrije expositie van geslachtsorganen in te perken heeft een redelijke grond. Er is bovendien geen beschermde discriminatiegrond aan de orde of het zou het recht op privéleven moeten zijn. Kortom, de inperking van Stephan Goughs vrijheid lijkt aan de hand van mijn handvatten aanvaardbaar.

Met het boerkaverbod ligt het anders, door verschillende auteurs en ook door de twee dissenters zijn compromissen voorgesteld, zoals incidentele zichtbaarheid en de eis van zichtbaarheid beperken tot specifieke contexten (in het onderwijs, als het nodig is voor identificatie) of tot positieve op integratie gerichte beleidsmaatregelen.³⁰ De aard van de belangen is moeilijk te wegen. Hoe moeten we de vrijheid van godsdienst wegen ten opzichte van het belang van een gevoel van veiligheid en open communicatie. Ik neig ertoe meer ruimte toe te kennen aan het eerste omdat godsdienst een beschermde grond onder de discriminatiewetgeving is. Zoals de dissenters schrijven, er bestaat geen recht om niet te worden geschokt of geprovoceerd. In tegendeel: het recht op vrije meningsuiting gaat zelfs zover dat we mogen provoceren en choqueren. Machtsverhoudingen spelen een lastige rol, er zijn de machtsverhoudingen tussen mannen en vrouwen in streng religieuze islamitische huwelijken en er is dezelfde machtsverhouding staat-burger als in de situatie van Gough. Als we het hebben over machtsverhoudingen gaat het om de bescherming van het individu. De vraag zou in

29. Volgens een opmerkelijk ANP-bericht van 16 september 2015 geeft een baard op LinkedIn juist een grotere kans op werk. Zie <http://www.rtinieuws.nl/nieuws/bytheway/baard-en-bril-op-linkedin-geven-grotere-kans-op-werk>. Ik vraag me echter af of dat ook geldt voor lange baarden die uit een geloofsovertuiging worden gedragen.

30. J. Tigchelaar, 'Een intimiderend wetsvoorstel, het 'boerkaverbod' beoordeeld', in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2011, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012, p. 386 en p. 389

mijn ogen dus centraal moeten staan hoe we de boerka dragende vrouwen het beste beschermen (de effectiviteit). Daarover verschillen de meningen. Moeten we hen beschermen tegen hun geloof of moeten we hun geloof beschermen? Het belang van het kind is in mijn ogen niet aan de orde, al kan ik me wel voorstellen dat een goede communicatie met jonge leerlingen een reden kan zijn om aan docenten die voor de klas staan gezicht bedekkende kleding te verbieden.

De afwegingen die ik probeer te maken, laten zien hoe moeilijk dat is en dat er nog veel vragen open blijven. Hoe bijvoorbeeld te bepalen of een overtuiging slechts triviaal is dan wel bescherming verdient? Moeten we het aan de staat overlaten om te beslissen wat normaal is, wat het belang van het kind is, wat triviaal is en wat moet worden verboden? Is dat democratisch en dus het minste kwaad of leidt het onherroepelijk tot het opleggen van de dominante norm aan minderheden? Een van de problemen is juist dat er geen consensus is over het verschil tussen triviale en belangrijke overtuigingen. En verdienen overtuigingen van individuen meer bescherming dan die van groepen (bijvoorbeeld religieuze groepen)? Ja want individuen zijn het zwakste en nee want een individu kan een triviale overtuiging hebben (naakt lopen) of een gestoorde overtuiging (alle leden van de Noorse sociaal-democratische arbeiderspartij moeten dood), of de overtuiging kan niet echt zijn.³¹

31. Een seksclub wilde ontkomen aan regelmatige politiecontroles en voerde aan onderdeel te zijn van de kerk van Satan. De seksclub noemde zich Zusters van Sint-Walburgia. De Hoge Raad oordeelde echter dat de activiteiten van deze 'kloosterorde' zich niet onderscheiden van een gewone seksclub en dat noch bij de betalende bezoekers, noch bij de 'zusters' enige religieuze ervaring was waar te nemen. *HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173* en *HR 22 maart 1989, BNB 1990, 161*.

“Het recht is slechts een gemankeerd middel om gelijke behandeling te bewerkstelligen, maar het is wel een van de beste middelen die we hebben”

Als we in vrede samen willen leven, moeten we dan naast naleving van de wet niet ook enige aanpassing, inburgering, eisen van nieuwkomers met het oog op sociale cohesie en in het belang van gemeenschapszin/broederschap? Maar welke eisen moeten we dan stellen en welke niet, welke 'normaliteit' moeten we de nieuwkomers bijbrengen? Is het echt nodig dat ze een participatieverklaring ondertekenen? En hoort bij het eisen van inburgering niet ook het aanbieden van gratis inburgeringscursussen?³²

32. Vgl. R. van Oers, 'Kroniek Inburgering', *A&MR* 2014, nr. 4 p. 236 e.v.

De wetgever kan nooit al die vragen beantwoorden en moet ze ook niet willen proberen te beantwoorden. Wetgeving moet algemeen zijn, voor de beoordeling van de toepassing van de regels in het individuele geval zijn rechters of collegeleden nodig. Maar ook wijzelf als burgers moeten blijven nadenken over dit soort vragen. Meestal zal ons antwoord afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden van het geval. Ik vind het vooral belangrijk om er over te blijven nadenken en met elkaar te praten, niet alleen met juristen en met wetenschappers maar met iedereen en heel vaak. Dit soort vragen gaan ons allemaal aan. Wellicht dat Rawls' sluier van onwetendheid kan helpen?³³ Hoe zou je handelen als je niet zou weten wat je eigen maatschappelijke positie is, als je niet wist of je arm, rijk, dom, slim, zwart, wit, gehandicapt of recht van lijf van leden geboren bent en waar op de wereld je het levenslicht hebt gezien.

33. J.A. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1971. (Revised edition: 1999).

Het recht is slechts een gemankeerd middel om gelijke behandeling te bewerkstelligen, maar het is wel een van de beste middelen die we hebben. Het allerbeste is in mijn ogen de opvoeding. Daarom vind ik het zo belangrijk om kinderen tolerant op te voeden, sterker, om ze plezier te laten beleven aan de enorme diversiteit die onze wereld kent. Diversiteit aan soorten lichamen, ideeën, seksuele voorkeuren en intelligentie. Laat ze hun hoofd boven het maaiveld uitsteken, maar laat ze ook zien dat mensen met een geestelijke of lichamelijke handicap met een kleine aanpassing en een klein beetje hulp vaak niet onderdoen voor anderen. Laat ze zien dat gelijkheid niet bestaat. Voor 'vivre ensemble' is het belangrijk om open te staan voor het vreemde, de vreemde, het niet-normale. ●