

Vergaderjaar 1989-1990

20 239

## **Aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enkele bepalingen tot het tegengaan van discriminatie op grond van ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht of hetero- of homoseksuele gerichtheid**

Nr. 23

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 4 mei 1990

In antwoord op de brief van de vaste Commissie voor Justitie van 29 maart 1990 (zie bijlage) bericht ik u het volgende.

Mij wordt gevraagd mede te delen wat de betekenis is voor de toepassing van de artikelen van de veranderde definitie (openbaar belang in maatschappelijk belang) van discriminatie en wat de invloed van de verandering van deze definitie is op de verdere rechtsontwikkeling. Vooraf wil ik opmerken dat het niet gaat om wijziging van openbaar belang in maatschappelijk belang, maar om vervanging van «openbare leven» door: maatschappelijk leven.

De wetgeving ging er bij de goedkeuring van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van uit dat het verdrag het verbod van discriminatie beperkte tot het openbare leven. Hoe de wetgever dit begrip uitlegde blijkt onder andere uit de memorie van toelichting bij het op 27 maart 1980 ingediende wetsvoorstel tot wijziging van artikel 429quater WvSr, dat leidde tot de wet van 22 mei 1981, Stb. 306. Daarin werd onder andere gezegd:

«In artikel 90quater van het Wetboek van Strafrecht wordt een algemene definitie van het begrip «discriminatie» gegeven. Uit de tekst daarvan en uit de wetsgeschiedenis (Bijlagen Handelingen II, 9724, memorie van toelichting, nr. 3, blz. 5, 1ste kolom en memorie van antwoord, nr. 6, blz. 3, 1ste kolom) blijkt dat die omschrijving betrekking heeft op handelingen in het openbare leven. De wetgever heeft de verhoudingen tussen particulieren in de zakelijke sfeer daaronder niet willen begrijpen. Daarom kon op het begrip discriminatie niet worden teruggegrepen bij de omschrijving van het in artikel 429quater bedoelde strafbare feit: in plaats van «wegens ras discrimineert» is daarom destijds de uitdrukking «wegens ras achterstelt» gebruikt.

Aan deze aantrekkelijk lijkende oplossing kleven echter twee bezwaren. In de eerste plaats is er een incongruentie tussen het voor het openbaar leven geldende discriminatiebegrip, dat zowel bevoorrechtting als achterstelling omvat, en het voor de zakelijke sfeer geldende begrip, waaronder

alleen achterstelling wegens ras is begrepen. In de tweede plaats wordt de werkingssfeer van artikel 429quater beperkt tot die gevallen waarin een feitelijk «achterstellen» aantoonbaar is. Afgezien van dit bewijstechnische probleem bij de vervolging wegens «achterstellen» is bij de redactie van artikel 429quater onvoldoende onderkend dat de bevoorrechtiging van sommige (groepen van) personen wegens hun ras in de regel behandeling van andere (groepen van) personen wegens hun ras ten gevolge zal hebben. Aangezien de bescherming van etnische minderheden in de zakelijke sfeer in beginsel even ver dient te gaan als in het openbare leven, is gezocht naar een omschrijving van de in artikel 429quater bedoelde discriminatie, die dezelfde reikwijdte heeft als de in artikel 90quater gegeven definitie van discriminatie in het openbare leven. Het begrip «onderscheid maken» lijkt daarvoor het meest geëigend. Onder die, op zich zelf kleurloze, uitdrukking zijn alle bijzondere verschijningsvormen van discriminatie te brengen, zoals uitsluiting, achterstelling, beperking of voorkeur wegens ras.

Aangezien het juist de strekking van dit wetsontwerp is het maken van onderscheid wegens ras in de zakelijke sfeer als zodanig terug te dringen, is «onderscheid maken» meer adequaat dan het begrip «achterstellen».

Uit dit citaat blijkt hoe de wetgever heeft geworsteld om discriminatie in de zakelijke sfeer strafbaar te stellen zonder het begrip «discriminatie» te gebruiken, dat immers, aldus de wetgever, blijkens de definitie alleen kon worden gebruikt voor handelingen in het openbare leven. In de derde zin van het aangehaalde gedeelte wordt gezegd: «De wetgever heeft de verhoudingen tussen particulieren in de zakelijke sfeer daaronder niet willen begrijpen». Of hij deze verhoudingen er ook niet onder had kunnen begrijpen is de vraag. In Noyon-Langemeyer-Remmelink (het Wetboek van Strafrecht, aantekening 5 bij artikel 90quater, wordt hieromtrent het volgende opgemerkt:

«De wetgever heeft het verdrag zo opgevat, daarbij verwijzend naar de in aant. 1 genoemde definitie, dat het verdrag de discriminatie beperkt tot het openbare leven. Verdedigbaar is echter te stellen met een beroep op artikel 5 van het verdrag, waarin ook rechten worden genoemd die functioneren buiten dat terrein, dat ook de privé-sfeer wordt omvat. Wij hebben in ons geval echter te maken met de door de wetgever in artikel 90quater aangebrachte beperking tot de rechten van de mens enz. op terreinen van het openbare leven. Zulks impliceert, dat buiten deze definitie vallen verhoudingen tussen particuliere personen, bijvoorbeeld weigeren een kamer te verhuren aan een neger of een blonde germaan. De wetsgeschiedenis bevestigt dit vermoeden. Primair wordt gedacht aan handelswijzen van de overheid. Voorts aan het optreden van particulieren of groepen of organisaties van particulieren, dat in zijn effect met discriminerend optreden door de overheid gelijk staat of zulk een optreden van de overheid nabij komt. Hierbij valt te denken aan collectief optreden waarbij gebruik wordt gemaakt van een in feite bestaande machtspositie van de collectiviteit der deelnemers. In verband hiermede is ter aanvulling ingevoerd artikel 429quater, strafbaar stellend hem, die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, bij het aanbieden van goederen of diensten dan wel bij het gestanddoen van een aanbod, iemand wegens zijn ras achterstelt. Een dergelijke gang van zaken speelt zich immers niet af op het terrein van het openbare leven, waartoe krachtens onze definitie «discriminatie» is beperkt.

Om redenen genoemd in dit commentaar ben ik van oordeel dat door het Verdrag onder discriminatie meer wordt begrepen dan alleen handelen door de overheid of daarmee vergelijkbare organisaties of instellingen. Het verbod van discriminatie in het Verdrag heeft betrekking

op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Tot die rechten behoren bijvoorbeeld ook het recht op arbeid, het recht op huisvesting en het recht op onderwijs. Het gebruik van die rechten geschiedt vaak in horizontale verhoudingen. Daarin werken grondrechten in die zin door, dat een frustratie ervan als gevolg van verhoudingen tussen particulieren onderling niet kan worden aanvaard. Wanneer alleen de overheid non-discriminatie zou waarborgen, zou men weinig hebben aan de bescherming tegen discriminatie op die terreinen. Ik ben van mening dat in de definitie in het Verdrag «openbare leven» is gebruikt in tegenstelling tot de privé-sfeer. Het verdrag heeft – zo zou men kunnen stellen – betrekking op het maatschappelijk leven buiten de privé-sfeer. In het bovenvermelde commentaar wordt niet uitgesloten dat deze er ook onder valt. Het Verdrag houdt echter niet in dat het maken van onderscheid, bij voorbeeld bij het kiezen van vrienden, zou kunnen worden aangemerkt als discrimineren.

De term «openbaar leven» zo uitgelegd, zou het mogelijk hebben gemaakt ook in artikel 429quater discriminatie of discrimineren te gebruiken. Daardoor zou geen ruimere werking aan dit artikel zijn gegeven. De terreinen immers waarvoor deze bepaling geldt, worden niet bepaald door de reikwijdte van de definitie van discriminatie, maar door de beperking tot handelen in ambt, beroep of bedrijf.

Nu echter de wetgever «openbaar leven» heeft uitgelegd als hierboven beschreven, is het niet mogelijk, zonder de definitie van discriminatie te wijzigen, in artikel 429quater het begrip discriminatie te gebruiken. Zoals hierboven aangegeven wordt door de wijziging van de definitie de reikwijdte van dit artikel niet gewijzigd. Het voordeel van de term «discrimineren» boven het meer neutrale «onderscheid maken» is dat deze tot uitdrukking brengt dat het gedrag afkeurenswaardig is. Er bestaan verschillende definities van discriminatie. Zij hebben gemeen dat er het wel als pejoratief aangeduide willekeurigheidsmoment in voorkomt. Juist in het strafrecht is dat van belang. Bovendien is het terrein van ambt, beroep of bedrijf zo groot en het aantal gronden zo uitgebreid, dat het de vraag is of de thans in het artikel genoemde rechtvaardigingsgronden voor het strafrecht toereikend zijn. Anders ligt het bij de wetgeving gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid en de komende Algemene wet gelijke behandeling, waar het verbod tot het maken van onderscheid zich richt tot bepaalde personen of organisaties. Daar kunnen de uitzonderingen op ieder specifiek verbod van onderscheid worden afgestemd. Gedrag dat geoorloofd is volgens de komende Algemene wet gelijke behandeling is in geen geval discriminatie in de strafrechtelijke zin. Gedrag dat daarentegen niet aan de eisen van de voor te stellen Algemene wet gelijke behandeling voldoet, kan discriminatie in de zin van het Wetboek van Strafrecht zijn; óf zulks het geval is, hangt ervan af of bovendien door het gedrag fundamentele rechten en vrijheden van anderen in de zin van artikel 90quater worden tenietgedaan of aangetast. De in artikel 90quater bedoelde rechten en vrijheden werken jegens de overheid. In «horizontale verhoudingen» werken zij niet onmiddellijk, maar kunnen zij wel doorwerken. Daarom is het enkele ten nadele van een ander maken van onderscheid, wanneer dit gelegitimeerd wordt door rechten en vrijheden van degene die onderscheid maakt, nog niet als «aantasting» van fundamentele rechten en vrijheden te beschouwen. Er moet meer aan de hand zijn, wil men van «te niet doen» of «aantasten» kunnen spreken.

Dit betekent overigens niet dat door de voorgestelde wijziging van «onderscheid maken» in discrimineren de bestaande bescherming tegen onderscheid wegens ras zou verminderen. Onderscheid wegens ras is in principe altijd discriminatie, behalve in geval van een gerechtvaardigde voorkeursbehandeling. Wel krijgt door deze wijziging bij voorbeeld de

eigenaar van een Chinees restaurant de ruimte om personeel aan te werven dat past bij het karakter van zijn établissement.

Uit het bovenstaande alsmede uit mijn toelichting tijdens de openbare behandeling van het wetsvoorstel blijkt dat de wijziging van «openbare leven» in «maatschappelijk leven» voor de reikwijdte van artikel 429quater vooral die betekenis heeft, dat de aanvankelijk ingevoegde uitzonderingsbepalingen overbodig worden.

De vraag is vervolgens in hoeverre de wijziging van de definitie betekenis heeft voor de artikelen 137d en 137e het voorgestelde 137f (oud 429quater).

In artikel 137d wordt strafbaar gesteld het in het openbaar aanzetten tot haat, discriminatie of geweld. Wie men moet aanzetten wordt niet aangegeven. Aannemelijk is echter dat het aanzetten tot haat en geweld betekent het aanzetten van medeburgers tot haat en geweld. Als men de uitleg van «openbare leven» neemt zoals die tot nu toe werd gegeven, dan zou aanzetten tot discriminatie alleen betrekking hebben op het aanzetten van de overheid of van particulieren of groepen of organisaties van particulieren van wie het optreden in zijn effect gelijk staat met discriminerend optreden van de overheid.

Strikt genomen zou het in het openbaar een oproep richten tot werkgevers om geen mensen van een bepaald ras in dienst te nemen of tot makelaars om geen huizen te verhuren of verkopen aan alloctonen, niet zijn het aanzetten tot discriminatie, wanneer het optreden van werkgevers in zijn effect niet zou worden geacht gelijk te staan met dat van de overheid. Wel zou het onder de huidige wet kunnen worden beschouwd als het in het openbaar opruien tot het plegen van een strafbaar feit, te weten het overtreden van artikel 429quater. Dit is een merkwaardige consequentie.

Er bestaat geen jurisprudentie over de vraag of de rechter bij de uitleg van discriminatie betekenis toekent aan het in de definitie opgenomen begrip «openbare leven». De rechter zal ook niet vaak toekomen aan de beoordeling van de vraag of wordt aangezet tot «discriminatie», omdat het aanzetten tot discriminatie van een groep personen dikwijls gepaard gaat met belediging van die groep. In die gevallen zal een strafvervolgning op grond van artikel 137c (belediging) worden ingesteld, waarin het begrip discriminatie niet voorkomt.

Het beantwoordt aan de verwachtingen waarmee art. 137d in het Wetboek van Strafrecht is opgenomen, wanneer de rechter zou hebben geconcludeerd dat er sprake was van aanzetten tot discriminatie. De werkgevers en makelaars immers hebben in dit geval een doorslaggevende invloed op de mogelijkheden voor de in artikel 137d bedoelde groepen om op gelijke voet met anderen het recht op arbeid en huisvesting uit te oefenen, en kunnen aan generlei eigen recht een rechtvaardiging voor zulk gedrag ontlenen.

De werkzaamheden van werkgevers en makelaars liggen naar mijn mening op terreinen die in het normale spraakgebruik worden aangeduid met maatschappelijk leven en niet met openbare leven.

Het gaat er dus steeds om wat moet worden verstaan onder discriminatie. Noyon-Langemeijer-Rommelink (het Wetboek van Strafrecht, aant. 4 bij art. 90quater) zegt hierover:

«Het begrip discriminatie, zoals dat in ons artikel ten behoeve van het Wetboek van Strafrecht is «gedefinieerd», doch zoals het ook in de hiervóór vermelde verdragen wordt verstaan, impliceert overigens niet, dat alle burgers ook altijd op dezelfde manier behandeld zullen moeten worden (vgl. ook Schuyt, Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid, 1972, p. 379), maar ziet op een (wezenlijk) onbillijke of willekeurige achterstelling, waarvan de onmiskenbare causa is het ras, de nationale afkomst enz. In deze geest ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens: «The principle of equality of treatment is violated if the distinction

has no objective and reasonable justification». Zie verder EG-Hof: «... tenzij dit verschil objectief ware gerechtvaardigd». Tenslotte noem ik HR 10 maart 1981, NJ 1981, nr. 385: Van discriminatie is slechts sprake wanneer deze inhoudt een ongelijke behandeling, welke haar grond of motief vindt in een persoonlijke status waardoor personen of groepen van personen van elkaar worden onderscheiden.

Ook in de literatuur te vinden omschrijvingen van discriminatie vindt men het hierboven wel als pejoratief aangeduide «willekeurigheidsmoment» terug. Vgl. bijv. de omschrijving van discriminatie in de dissertatie van E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in international law*, Den Haag, 1973, p. 61, door Bergamin en Gerritsma in *NJB* 1977, p. 473 als volgt weergegeven: Discriminatie doet zich voor, wanneer in een rechtssysteem een ongelijkheid wordt aangebracht in het genot van een bepaald recht, of in een plicht, terwijl geen zinvolle samenhang bestaat tussen de ongelijkheid waarop de rechtsongelijkheid is gebaseerd en dat recht of die plicht. Vgl. voorts J. E. S. Fawcett, *The application of the European Convention on human rights*, Oxford, 1969, p. 238; Guradze, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*. Berlijn-Frankfort, 1968, p. 190; Vallat c.s., *Human rights*, Europa Publications, Londen, p.m. 1972.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel op 28 maart jl. ben ik uitgebreid ingegaan op de betekenis die moet worden gegeven aan de strafbepalingen die hier aan de orde zijn. Het gaat erom, kwetsend en krenkend optreden in de samenleving waar dat nodig is strafrechtelijk te kunnen aanpakken. Ik heb een uiteenzetting gegeven van de zogenaamde afweging van grondrechten. Afweging van grondrechten achtte ik een minder juiste formulering, omdat het eigenlijk gaat om een afweging tussen de belangen die door de diverse grondrechten worden beschermd. Die belangen kunnen soms botsen op, wringen met een ander belang. Door de wetgever moet worden afgewogen in hoeverre de belangen beschermd door het ene grondrecht beperking van een ander grondrecht rechtvaardigen. Het recht bij het uitoefenen van fundamentele rechten niet willekeurig – zonder objectieve rechtvaardiging – achtergesteld te worden rechtvaardigt de door de Grondwet toegestane beperking van andere grondrechten. In artikel 137d gaat het om het in het openbaar aanzetten tot niet objectief gerechtvaardigd onderscheid. Het is aan de rechter om vast te stellen of het gaat om aanzetten tot ongerechtvaardigd onderscheid. Daarbij kan alsnog een afweging tussen de belangen die door de diverse grondrechten worden beschermd plaatsvinden. Wie in het openbaar werkgevers aanzet om personen met een bepaalde godsdienst, bijv. de Islam, niet in dienst te nemen, zet aan tot onderscheid op grond van godsdienst dat nergens door wordt gerechtvaardigd. Ook voor het aanzetten tot het waar dan ook weren van moslims als onderwijzer bestaat geen enkele rechtvaardiging. Wel is een rechtvaardiging aan de orde als scholen op een bepaalde, bijv. protestants-christelijke godsdienstige grondslag, worden opgeroepen, wegens het karakter van hun instelling, op zakelijke gronden, bij voorbeeld geen moslims in dienst te nemen. Hier geven de vrijheid van godsdienst en onderwijs de doorslag.

Het bovenstaande geldt voor de bestaande strafbepaling, waar onder andere het aanzetten tot discriminatie wegens godsdienst of levensovertuiging is verboden. Het geldt mutatis mutandis voor het in het openbaar aanzetten tot discriminatie op de «nieuwe» gronden. De strafbaarstelling is niet bedoeld om mensen te beperken in het recht om bij voorbeeld scholen erop te wijzen welke gerechtigde eisen zij kunnen stellen in verband met hun grondslag.

Artikel 137e is een verspreidingsartikel dat teruggrijpt op hetgeen is strafbaar gesteld in de artikelen 137c en d, zodat hier voor de betekenis

van de wijziging van de definitie van discriminatie hetzelfde geldt als voor art. 137d.

Ook de reikwijdte voor het voorgestelde artikel 137f, waar wordt strafbaar gesteld het deelnemen of geldelijke steun verlenen aan activiteiten gericht op discriminatie van mensen, wordt zowel bepaald door de andere elementen als door de betekenis van discriminatie.

Voor het voorgestelde artikel 137g geldt hetzelfde als voor artikel 429quater: bepalend voor de reikwijdte is ook de eis dat moet zijn gehandeld in ambt, beroep of bedrijf, en niet slechts de definitie van «discriminatie».

Op grond van het bovenstaande meen ik te kunnen concluderen dat door de verandering van de definitie het probleem dat in artikel 429quater het begrip discriminatie niet kon worden gebruikt is opgelost, waardoor deze bepaling beter hanteerbaar zal worden, terwijl voor het overige het begrip «discriminatie» de vereiste omgrenzingen bevat.

De Minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin

Aan de Minister van Justitie

's-Gravenhage, 29 maart 1990

De vaste Commissie voor Justitie heeft in haar vergadering van heden de verdere procedure besproken van het wetsvoorstel inzake Aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enkele bepalingen tot het tegengaan van discriminatie op grond van ras, geslacht of seksuele gerichtheid (20 239).

Zij zou U willen verzoeken zo spoedig mogelijk aan haar mede te delen wat de betekenis is voor de toepassing van de artikelen van de veranderde definitie van discriminatie (openbaar belang in maatschappelijk belang) en wat de invloed van de verandering van deze definitie is voor de verdere rechtsontwikkeling).

De griffier van de vaste Commissie voor Justitie,  
Nicolle Coenen