

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**

### **NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE<sup>1</sup>**

Vastgesteld 11 juni 1991

De memorie van antwoord gaf aanleiding tot het formuleren van de volgende opmerkingen en vragen.

De leden van de CDA-fractie hadden met belangstelling van de memorie van antwoord kennis genomen. Zij wilden bij enige kwesties nog nader stilstaan.

Het was deze leden nog niet duidelijk hoe de stel- en bewijslast verdeeld is indien tot strafrechtelijke vervolging wegens discriminatie wordt overgegaan.

In dit verband wezen deze leden er op dat het bij het bepaaldheidsverste zoals neergelegd in artikel 1 Wetboek van Strafrecht en artikel 1 Wetboek van Strafvordering om een fundamenteel beginsel van strafrecht gaat. Het moet voor een burger vooraf duidelijk zijn wat wel en wat niet strafbaar is en de Officier van Justitie dient bij strafvervolgning alle elementen van het strafbare feit te stellen en te bewijzen. Indien en zodra de Officier daarin is geslaagd, is het eventueel aan de verdachte om zich te beroepen op een rechtvaardigingsgrond.

Een zekere complicatie lijkt nu gelegen in het feit dat het inherent aan discriminatie die men wenst te vervolgen, is dat het daarbij moet gaan om ongerechtvaardigd onderscheid. Het is derhalve niet voldoende om aan te geven dat er bij behandeling van bepaalde personen een onderscheid is gemaakt, doch voor discriminatie is nodig dat het daarbij gaat om een onderscheid waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat. Deze leden concludeerden derhalve dat de Officier van Justitie moet stellen en bewijzen dat er in het betreffende geval sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid. Had derhalve om die reden de definitie van artikel 90 quater ook niet de toevoeging «zonder objectieve rechtvaardiging» dienen te bevatten? De in artikel 90 quater gegeven definitie kan, naar de bewindsman mededeelde, weliswaar niet als neutraal worden beschouwd, doch naar zijn formulering is c.q. oogt die definitie wel neutraal.

Door de minister werd gesteld dat de Officier van Justitie het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond niet zal behoeven te bewijzen. Bedoelt de minister daarmee te stellen dat de Officier van Justitie niet zal behoeven te bewijzen dat in casu sprake is van een ongerecht-

<sup>1</sup> Samenstelling:

Wagemakers (CDA), (voorzitter), Glasz (CDA), Fleers (CDA), Mastik-Sonneveldt (PvdA), mw. J. H. B. van der Meer (PvdA), Van Veldhuizen (PvdA), Heijne Makkreel (VVD), Talsma (VVD), Glastra van Loon (D66), mw. Bolding (Groen Links), Barendregt (SGP), Schuurman (RPF) en Van der Jagt (GPV).

vaardigd onderscheid in objectieve zin. Kan een minister in dit verband toelichten hoe nu in de praktijk de volgende stellingen zich ten opzichte van elkaar verhouden.

- De Officier van Justitie moet stellen en bewijzen dat er in het voorliggende geval sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid.
- De Officier van Justitie behoeft het ontbreken van een rechtvaardigheidsgrond niet te bewijzen.

- Uit de omschrijving van het strafbare feit in de dagvaarding moet naar voren komen dat het om een discriminerend onderscheid gaat.

In de Memorie van Antwoord gaf de minister op bladzijde 2 enige voorbeelden. Deze leden hadden de indruk dat het leven echter wel eens wat ingewikkelder kon zijn dan in die voorbeelden aangeven.

Puur statistisch gezien ging het immers in het ene voorbeeld om een situatie waarbij slechts met een kans van 1:9244 sprake kon zijn van toeval, dat juist bij die samenstelling de 10 vrouwen werden ontslagen, terwijl in het andere voorbeeld er sprake was van een kans van 1:3. Dat in de ene situatie evident sprake zou zijn van discriminatie, terwijl in de andere situatie dat geheel niet zou vaststaan, is duidelijk. Wat echter indien sprake zou zijn van een inkrimping van een afdeling waar zes mensen werken, 4 mannen en 2 vrouwen, en als dan de twee vrouwen zouden worden ontslagen, kortom een statistisch toeval van 1:9?

Gaat het bij de vaststelling of van discriminatie sprake is, vaak ook niet om twee niveaus van beoordeling, die, naar de indruk van deze leden, ook hun weerspiegeling vinden in de jurisprudentie van het Supreme Court van de Verenigde Staten betreffende discriminatie. De eerste vraag die men bij het maken van onderscheid zich zou kunnen stellen is of dat onderscheid als zodanig wel verdacht c.q. suspect is. Naar de mening van het Supreme Court is bijvoorbeeld een onderscheid naar ras suspect, doch bijvoorbeeld een onderscheid naar geslacht niet. Indien een onderscheid in zijn algemeenheid suspect is, dan kan er echter in een concreet geval toch voldoende rechtvaardiging bestaan om zo'n onderscheid niettemin te maken. Bij zo'n suspect onderscheid dient echter die betrokkene dat dan te bewijzen. Daartegenover staat dan een in zijn algemeenheid niet suspect onderscheid waarbij de stel- en bewijsplicht juist andersom ligt. In beginsel mag men zo'n onderscheid maken, doch in een concreet geval kan er dan toch sprake zijn van discriminatie. In dat concrete geval dient dan echter de Officier dat te bewijzen. Naar de indruk van deze leden is zo'n benadering genuanceerder en juist dan het gestelde op bladzijde 2 van de Memorie van Antwoord, doch deze leden wilden uitdrukkelijk openstaan voor de mogelijkheid dat zij een en ander onjuist hadden begrepen.

Vervolgens wilden de aan het woord zijnde leden stilstaan bij hetgeen de minister opmerkte ten aanzien van het gestelde in artikel 137 e. De minister rondde zijn beschouwingen ten aanzien van dit artikel af met de zinsnede: «Het schrappen van het oorspronkelijk voorgestelde artikel 137 f betekent niet dat er geen beroep meer kan worden gedaan op de vrijheid van meningsuiting, maar wel dat er geen aanleiding is hier nauwkeurig een beschrijving te geven van de gevallen waarin een beroep op deze vrijwilligheid kan worden gedaan».

Deze leden vroegen zich wederom af hoe een en ander zich nu verhoudt tot het bepaaldheidsvereiste dat toch zo'n fundamenteel beginsel van strafrecht is. Kan de Officier van Justitie er mee volstaan om bij strafvervolgung te stellen en te bewijzen dat verdachte zich maar op rechtvaardigheidsgrond moet beroepen, in casus de aanwezigheid van de vrijheid van meningsuiting? Zou het principieel niet veel juist zijn indien de Officier van Justitie ook zou dienen te stellen en te bewijzen dat bij vervulling van alle elementen van het strafbare feit, de verdachte die handelswijze ook redelijkerwijze niet zou kunnen rechtvaardigen door een beroep te doen op de vrijheid van meningsuiting? Deze leden konden

zich niet aan de indruk onttrekken dat naar de thans gebezigde formulering, het verspreiden van kerkelijke documenten waarin bijvoorbeeld homoseksuele verrichtingen werden afgewezen, zou vallen onder de delictsomschrijving waarbij dan de verdachte maar moet hopen dat de door hem aangevoerde rechtvaardigheidsgrond door de rechter geaccepteerd wordt. Deze leden hadden overigens terzake een groot vertrouwen in de rechterlijke macht, doch vroegen zich toch af of deze methodiek van wetgeving wel juist is.

Hoezeer een en ander (wellicht) «rammelt» bleek, naar de indruk van de aan het woord zijnde leden, ook uit hetgeen de minister opmerkte met betrekking tot het interview met kardinaal Simonis. Uiteraard stond het ook voor deze leden vast dat kardinaal Simonis volledig gerechtigd was om op de wijze zoals in dat interview aan de orde, zijn opvattingen terzake kenbaar te maken. Zie overigens terzake het vonnis in kort geding van 5 maart 1987 van de President van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht. Deze leden kregen de indruk dat de minister tot een zelfde slotconclusie wilde komen en derhalve thans een «groot» onderscheid maakte tussen enerzijds het (in een openbare via de radio uitgezonden rede) billijken van de wens om in het eigen huis geen kamers aan homoseksuelen te verhuren, hetgeen geen discriminatie zou zijn, en anderzijds het aanzetten om aan homoseksuelen in het algemeen geen huizen te verhuren, hetgeen wel strafbare discriminatie zou zijn. Wellicht kan de bewindsman nog een uiteenzetten waarom deze twee gedragingen nu essentieel van elkaar verschillen, zelfs in die voege dat het ene gedrag strafbaar zou zijn en het andere gedrag niet.

De leden van de fractie van de PvdA hadden de behoefte om naar aanleiding van de memorie van antwoord een aantal nadere vragen te stellen danwel opmerkingen te maken.

Deze leden hadden gevraagd om een meer afgewogen motivering waarom en in hoeverre het anti-discriminatieverbod een inbreuk op de artikelen 6 en 7 van de Grondwet rechtvaardigt. Deze leden constateerden dat een nadere toelichting wordt gegeven en dat wordt verwezen naar de brief van 4 mei 1990 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer. Deze leden verstaan onder een afgewogen motivering evenwel iets anders: argumenten pro en contra het opnemen van een wettelijke bepaling die een inbreuk als bedoeld rechtvaardigt. Deze motivering kan van wezenlijk belang zijn voor de rechter als deze tot een afweging moet komen of in een bepaald hem voorgelegd geval dit anti-discriminatieverbod een inbreuk op artikel 6 c.q. 7 van de Grondwet rechtvaardigt.

Voor de verduidelijking van het begrip «bedrijf» in artikel 429quater wordt verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad van 26 juni 1984 (NJ 1985.530) waarin wordt gezegd, dat «gelet op artikel 71 van de Wet op de bedrijfsorganisatie moet worden aangenomen dat «bedrijf» primair wordt bepaald door een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening.» Deze leden zullen de verwijzing naar het arrest niet bestrijden. Maar hun resten nog enige vragen. Betekent deze verwijzing dat de minister van Justitie terugkomt op zijn uitspraak in de Tweede Kamer (Handelingen 53-3099) dat onder bedrijf een commerciële instelling wordt verstaan, dus een instelling gericht op winst? Is de minister het met deze leden eens dat bijvoorbeeld het beleid in een ziekenhuis kan worden bepaald en gevoerd volgens een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening, doch dat dit geen instelling gericht op winst behoeft te zijn? Welk criterium is dan van doorslaggevende aard? Is er verschil in behandeling met betrekking tot de toepassing van artikel 429quater voor wat betreft de particuliere ziekenhuizen en de privéklinieken?

In reactie op de vraag van de aan het woord zijnde leden wat de consequenties kunnen zijn als een «publieke organisatie» wordt verzelfstandigd, waardoor de ambtenaar zijn ambtelijke status verliest en de nieuwe organisatie geen bedrijf wordt in de strikte betekenis van het

woord, vraagt de minister van Justitie welke organisaties deze leden op het oog hebben. Hij kan zich niet voorstellen dat dergelijke organisaties niet zouden worden aangemerkt als bedrijf. Zij worden juist geprivatiseerd omdat zij zelfstandig kunnen functioneren. Aangenomen mag worden dat er dan sprake is van een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening, aldus de minister. Deze leden hadden bij het formuleren van hun vraag gedacht aan de privatisering van de gewestelijke arbeidsbureaus en de privatisering van een gemeentelijk ziekenhuis. Als ambtenaren vielen de werknemers bij deze instellingen onder de toepassing van artikel 429quater. Geldt dat nu ook onder de nieuwe situatie, zo vroegen deze leden. Is de minister van mening dat er ook bij de RBA's (CBA) sprake is van een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening? Met betrekking tot hun standpunt ten aanzien van de ziekenhuizen verwezen deze leden naar de hierboven weergegeven vraag.

In reactie op de opmerkingen van de aan het woord zijnde leden met betrekking tot artikel II van het onderhavige wetsvoorstel, merkt de minister van Justitie op dat zolang niet is besloten of en op welke wijze wetsvoorstel 20 890 gewijzigd moet worden, er geen aanleiding bestaat om te concluderen dat artikel II geen kracht van wet moet krijgen. Wanneer tot wijziging van wetsvoorstel 20 890 wordt overgegaan, kan worden bezien of het dan bestaande artikel II wijziging behoeft. Deze leden hadden zich enigszins verbaasd over het door de minister gegeven antwoord. Het arrest-Barber (17 mei 1990) heeft naar hun wijze van zien de bodem gehaald uit wetsvoorstel 20 890. Het maken van onderscheid bij de toekenning van pensioenen mag niet meer. De behandeling van het wetsvoorstel is door de staatssecretaris naar aanleiding van de reactie van de commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voorlopig voor onbepaalde tijd uitgesteld: het wetsvoorstel is in de ijskast gelegd. Deze leden onderschreven de stellingname van de minister dat de vierde EG-richtlijn niet noopt tot strafbaarstelling van de daarin bedoelde discriminerende gedragingen. Wil de minister hiermee evenwel zeggen dat een pensioenfonds – een bedrijf met een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening – dat discrimineert bij de uitbetaling van pensioenen (zie arrest Barber) tot 1 januari 1993 niet onder de werking van artikel 429quater zal vallen? Indien dit de mening van de minister zou zijn, dan zouden deze leden willen vernemen wat daarvan de rechtvaardigingsgrond is. Indien de mening van de minister anders luidt dan zouden de leden van de minister willen vernemen of hij bij zijn in de memorie van antwoord ingenomen standpunt persisteert.

De aan het woord zijnde leden merkten vervolgens op dat de koppeling van artikel 429quater (en artikel 137g) aan artikel 90quater – door gebruik van de term «discrimineert» – tot gevolg dreigt te hebben dat de reikwijdte van dit strafrechtelijk gesanctioneerde discriminatieverbod wordt beperkt. Met name voor wat betreft de zogenaamde «horecadelicten», waarop het strafrecht in het verleden veelvuldig met succes is toegepast, moet gevreesd worden dat deze hun strafbaarheid zullen verliezen. Voor strafbare discriminatie in de zin van artikel 90quater is vereist dat er onderscheid wordt gemaakt dat ten doel of tot (mogelijk) gevolg heeft dat het gelijkelijk genieten, uitoefenen van of beschermd worden door de rechter van de mens en de fundamentele vrijheden – op terreinen van het maatschappelijk leven – wordt aangetast of teniet gedaan. Anders dan thans nog het geval is, dwingt die koppeling ertoe, dat voor strafbaarheid ex artikel 429quater vereist is dat er mensenrechten in het geding zijn. Het gemaakte onderscheid moet het doel of (mogelijk) gevolg hebben dat de gelijkgerechtigheid tot genot, uitoefening of bescherming van rechten in gevaar komt. Op basis van de thans voorgestelde redactie van artikel 429quater is het strafrechtelijk gesanctioneerde discriminatieverbod niet van toepassing. (Ook al behoort de exploitatie van een horeca-gelegenheid tot het economische

of andere terreinen van het maatschappelijk leven.) Kan de minister, zo vroegen de aan het woord zijnde leden, duidelijk maken waarom de – in het verleiden op grond van artikel 429quater veroordeelde – horeca-exploitanten onder de voorgestelde strafbepaling niet zouden slagen in hun verweer dat het door hen gemaakte onderscheid niet ten doel of (mogelijk) gevolg heeft gehad tot de gelijkelijke uitoefening, bescherming of het genot van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op terreinen van het maatschappelijk leven is aangetast of teniet gedaan?

De leden van de fractie van het CDA sloten zich bij deze vraag aan.

De leden van de fracties van de RPF, SGP en GPV zouden naar aanleiding van de memorie van antwoord nog de volgende vragen willen stellen.

1. In de Tweede Kamer moet de behandeling van de Algemene wet Gelijke Behandeling nog plaatsvinden. Wijzigingen van die wet zijn niet uitgesloten. Desalniettemin zegt de minister in de memorie van antwoord dat deze wet een zeer belangrijke factor is in de vaststelling van de reikwijdte van de onderhavige strafrechtelijke anti-discriminatie-artikelen. Acht de minister derhalve de behandeling van het onderhavige wetsvoorstel niet prematuur?

2. De minister beroept zich in de memorie van antwoord op artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten ter verdediging van het argument, dat het gelijkheidsbeginsel één der mensenrechten is (BUPO Verdrag), waardoor andere rechten mogen worden ingeperkt. Heeft de minister kennis genomen van het artikel van Mr. Dr. M. de Blois: «Discriminatieverbod en godsdienstvrijheid in het internationale recht», opgenomen in de bundel Godsdienstvrijheid in Nederland, Buyten en Schipperheyn, Amsterdam, 1989? Daarin komt aan de orde dat de verschillende onderhandelaars bij de totstandkoming van dit Verdrag ervan uitgingen dat het begrip «discriminatie» zou moeten worden uitgelegd in het licht van de andere bepalingen van het verdrag. In de jurisprudentie van het Mensenrechtencomité over artikel 26 is dezelfde tendens aanwezig. Artikel 26 zou mogelijk slechts «verticale» werking hebben, dat wil zeggen tussen overheid en burgers. Dat geeft een andere richting aan dan de memorie van antwoord. Voorts luidt artikel 5 van dit Verdrag: «Geen bepaling van dit Verdrag mag zodanig worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit te ontplooiën of te verrichten, die ten doel heeft de rechten en vrijheden welke in dit Verdrag zijn erkend, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.» Met andere woorden, is het wetsvoorstel niet in strijd met het genoemde internationale verdrag?

3. Heeft de minister met betrekking tot de onderhavige strafrechtelijke artikelen in verband met mogelijke strijdigheid ook gedacht aan artikel 27 van het BUPO-verdrag, dat bepaalt dat in Staten waar zich etnische, godsdienstige of linguïstische minderheden bevinden, aan personen die tot die minderheden behoren niet het recht mag worden ontzegd, in gemeenschap met de andere leden van hun groep, hun eigen cultuur te beleven, hun eigen godsdienst te belijden en in praktijk toe te passen, of zich van hun eigen taal te bedienen. Op grond van deze bepaling is het bijvoorbeeld exploitanten van evangelische campings toegestaan deze slechts open te stellen voor diegenen, die de doelstelling van de camping onderschrijven. Maar krijgen deze campinghouders in de toekomst geen moeilijkheden op grond van artikel 429quater SR? Niet alleen is het volgens internationaal recht toegestaan de eigen godsdienst gemeenschappelijk in praktijk te brengen, maar artikel 6 van de Declaratie tot Uitbanning van Alle Vormen van Discriminatie en Intolerantie gebaseerd op Godsdienst en Overtuiging (aangenomen in 1981 door de Algemene Vergadering), stelt dat onder vrijheid van denken, geweten en godsdienst evenzeer valt het vestigen en in stand houden van charitatieve en

humanitaire instellingen. Deze Declaratie brengt derhalve maatschappelijk optreden in dat kader onder de vrijheid van denken, geweten en godsdienst.

4. Tenslotte stelden deze leden een vraag over de consequenties van het billijken van de wens om in eigen huis geen kamers aan homoseksuelen te verhuren (memorie van antwoord, bladzijde 4). Kardinaal Simonis' uitspraak waarover toentertijd zoveel opschudding was, bleef niet beperkt tot de privésfeer, maar werd voor de radio gedaan. Zou zo'n publieke uitlating nu wel of niet in strijd zijn met artikel 137e Sr?

De voorzitter van de Commissie,  
Wagemakers

De griffier van de Commissie,  
Dijkstra-Liesveld