

DE SCHIJN VAN NEUTRALITEIT

Een kritische analyse van het juridische en maatschappelijke debat over neutraliteitsvoorschriften

Willem Hutten & Nawal Mustafa ·

Samenvatting | In verschillende Europese landen woedt al lange tijd een debat over een verbod op het dragen van religieuze uitingen in specifieke beroepssectoren, zoals het onderwijs, de ambtenarij, de politie of bij private ondernemingen. Steeds nadrukkelijker wordt ‘neutraliteit’ naar voren gebracht als rechtvaardiging voor dit type kledingvoorschriften. In dit artikel wordt deze rechtvaardiging kritisch onder de loep genomen. Wat wordt precies bedoeld met neutraliteit, en welke aannames gaan daarachter schuil? In dit artikel bepleiten wij een intersectionele benadering van neutraliteitsvoorschriften die aandacht heeft voor de normerende werking van neutraliteit. In deze benadering is dat wat geldt als een ‘neutrale uitstraling’ geen objectief gegeven, maar reflecteert het dominante sociale normen over wat geldt als neutraal en wat niet. Doordat neutraliteitsvoorschriften deze sociale normen legitimeren en reproduceren, leiden zij niet alleen tot feitelijke, maar ook tot symbolische uitsluiting van religieuze minderheden.

Trefwoorden | [neutraliteit], [secularisme], [vrijheid van godsdienst], [discriminatieverbod], [artikel 9 EVRM], [Richtlijn 2000/78/EG]

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCMBull. 2023/28

1 Inleiding

Eind juni 2023 kondigde Minister van Justitie en Veiligheid Yeşilgöz aan dat zij de kledingvoorschriften voor de politie zal laten aanpassen, om daarin op te nemen dat agenten in uniform geen uitingen van geloofs- of levensovertuigingen mogen dragen.¹ Door vast te leggen dat zij geen hoofddoek, kruisje of keppel mogen dragen, zou volgens de minister de neutraliteit van het politie-uniform worden gewaarborgd. Deze aankondiging was vanuit juridisch perspectief moeilijk te duiden. In de kledingregelingen van de politie staat immers al sinds 2001 expliciet opgenomen dat zichtbare uitingen van, onder andere, geloofsovertuigingen, niet zijn toegestaan. Datgene wat de minister wenste te regelen, is dus al lange tijd geregeld. Belangrijker leek daarom het motief van Yeşilgöz om een einde te maken aan de langlopende discussie over dit onderwerp, die over ‘de rug van agenten’ zou worden gevoerd.² Al snel bleek dat zij hiermee het tegenovergestelde bereikte. Niet alleen maatschappelijke organisaties en progressieve partijen spraken zich uit tegen het ‘voorstel’, ook tientallen politieagenten lieten op sociale media van zich horen.

■ Mr. drs. W.K. Hutten is jurist op het gebied van het EU-recht bij de Raad van State. Mr. dr. N. Mustafa is als postdoctoraal onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam en werkt als juridisch adviseur bij het Public Interest Litigation Project (PILP). Het artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1 Zie ‘Expliciet in kledingvoorschriften politie: geen hoofddoek of keppel’, NOS 28 juni 2023.

2 De minister gaf uitvoering aan een motie van het PVV-Kamerlid Helder waarin dezelfde tegenstrijdigheid voorkomt. Volgens de motie zou door de korpsleiding de indruk worden gewekt dat een hoofddoek bij het uniform mogelijk zou moeten worden, terwijl dit ingaat tegen de gedragscode. Om die reden verzoekt de motie de regering om de gedragscode aan te passen dan wel aan te vullen. Zie *Kamerstukken II 2022/23, 36200-VI*, nr. 56.

De discussie over neutraliteit is allesbehalve nieuw en wordt al decennia in verschillende Europese landen gevoerd, zij het gespits op verschillende typen beroepssectoren. Waar de discussie zich in Nederland beperkt tot de politie, gaat het in andere Europese landen om veel grotere beroepsgroepen, zoals het onderwijs, de gezondheidszorg en de ambtenarij.³ In Frankrijk mogen ook studenten op de universiteit sinds 2004 geen hoofddoek dragen. Ook daar laaide de discussie recentelijk weer op in relatie tot een nieuw verbod voor de abaya, een kledingstuk dat vaak door moslimvrouwen wordt gedragen.⁴

In de academische literatuur wordt de neutraliteitsdiscussie vaak beschouwd als een botsing tussen twee betekenissen van neutraliteit, namelijk inclusieve en exclusieve neutraliteit.⁵ Daarbij verwijzen deze begrippen naar verschillende modellen van het secularisme, oftewel manieren waarop seculiere staten kunnen omgaan met de aanwezigheid van verschillende religies in de samenleving. In de ene ('inclusieve') opvatting moet religie zoveel mogelijk de ruimte krijgen en moeten religieuze burgers hun religie kunnen uiten, ook in de uitoefening van een publieke functie. In de exclusieve opvatting wordt religie opgevat als een privézaak en moet deze juist worden beperkt in het publieke domein. Ambtenaren, met name de publiek zichtbare, zoals politieagenten en rechters, treden op als vertegenwoordiger van de staat, en moeten daarom, in deze opvatting, neutraliteit belichamen door in de uitoefening van hun functie geen blijk te geven van hun religieuze overtuiging. De discussie over neutraliteitsvoorschriften is zo gezien een discussie over de rol van religie in de samenleving: de vraag is of de seculiere staat wel of niet, en onder welke omstandigheden, vereist dat de vertegenwoordigers van die staat zich onthouden van religieuze uitingen.

In de literatuur is de exclusieve opvatting van neutraliteit al veelvuldig bekritiseerd. Zo is erop gewezen dat hierin ten onrechte een verband wordt aangenomen tussen iemands neutrale handelen en iemands neutrale voorkomen. Ook is gewezen op het discriminerende effect van neutraliteitsvoorschriften, omdat zij in de praktijk vrijwel uitsluitend betrekking heeft op vrouwen die de Islamitische hoofddoek (hijab) dragen.⁶ In dit artikel willen wij deze literatuur aanvullen door een andere lijn van kritiek centraal te stellen. Naar onze opvatting is er niet alleen iets mis met aannemen van een verband tussen neutraal handelen en neutrale kleding, maar ook met het idee van een 'neutrale uitstraling' als zodanig. Wat een neutrale uitstraling precies is, is onmogelijk objectief vast te stellen. Neutraliteitsvoorschriften zijn daarmee niet neutraal, maar bepalen wat geldt als neutraal en wat als niet-neutraal. Zoals wij zullen beargumenteren, houden deze onderscheidingen verband met dominante sociale normen; met wat geldt als de norm en wat geldt als anders en afwijkend. Hoewel verschillende auteurs al op dit aspect hebben gewezen,

3 Zie W. Hutten & N. Mustafa, *Contesting Neutrality Dress Codes in Europe*, Open Society Foundation, maart 2022.

4 Onlangs wees de Franse Raad van State het beroep tegen deze maatregel af. *Conceil d'État* 7 september 2023, ECLI:FR:CEORD:2023:487891.20230907.

5 W. van den Burg, 'Het ideaal van de neutrale staat. Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur', Inaugurele rede Erasmus Universiteit Amsterdam, 24 april 2009; R. Pierik & W. van den Burg, 'What is neutrality?' *Ratio iuris* 27(4), 496-515; A. Terlouw, 'Ambtenaren en religie. Een discussie beheerst door schijn en gebrek aan vertrouwen', *Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series* (2011); O. Verhaar, 'Mogen Nederlandse moslimagenten een hoofddoek dragen? Een bijdrage aan de discussie over accommodatie van het islamitische hoofddoekvoorschrift in openbare ambten' *Beleid en Maatschappij* 28-4, p. 202-212.

6 M. van der Brink, 'Pride or Prejudice? The CJEU Judgment in IX v Wabe and MH Müller Handels GmbH', *verfassungsblog.de*, 20 juli 2021; E. Howard, 'German Headscarf Cases at the ECJ: A Glimmer of Hope?', *europeanlawblog.eu*, 16 juli 2021.

is de precieze rol hiervan nog niet onderzocht.⁷ Een onderzoek hiernaar is wat ons betreft waardevol, omdat het dimensies van de discussie kan blootleggen die anders onderbelicht dreigen te blijven.

2 Inclusieve en exclusieve neutraliteit

Neutraliteitsvoorschriften definiëren wij als kledingvoorschriften voor werknemers van de overheid of van bedrijven, waarbij neutraliteit wordt gebruikt als officiële rechtvaardiging daarvan. Deze rechtvaardiging is dat met het neutraliteitsvoorschrift een invulling wordt gegeven aan het beginsel van religieuze neutraliteit. Om goed te kunnen begrijpen waar deze rechtvaardiging van neutraliteitsvoorschriften vandaan komt, bespreken wij in deze paragraaf wat het beginsel van religieuze neutraliteit inhoudt en hoe dit beginsel op verschillende manieren wordt uitgelegd in de context van neutraliteitsvoorschriften. Vervolgens gaan wij in op de manier waarop het EHRM en het HvJ EU dit beginsel hebben verwerkt in hun eigen rechtspraak over neutraliteitsvoorschriften.

Het beginsel van religieuze neutraliteit betreft de verplichting van de seculiere staat om zich neutraal en onpartijdig op te stellen in de richting van de verschillende religies in de samenleving.⁸ Burgers dienen gelijk te worden behandeld en dienen niet te worden gediscrimineerd op grond van hun religie. Religieuze neutraliteit is daarmee een basisvoorwaarde voor de vrijheid van religie: religieuze vrijheid is pas mogelijk, wanneer de overheid alle religieuze opvattingen in de samenleving gelijk behandelt. Daarmee heeft het beginsel van religieuze neutraliteit zowel betrekking op de vrijheid van religie als op het discriminatieverbod. In de woorden van het EHRM: 'the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed'.⁹ Volgens Ringelheim heeft het EHRM deze verplichting in de loop der tijd versterkt van een verbod op dwang (het verbod een religie aan burgers op te dringen) naar een verbod op voorkeur (het verbod om een specifieke religie te promoten en te bevoordelen).¹⁰ Het beginsel drukt uit dat het in principe niet aan overheden is om de legitimiteit van religieuze overtuigingen en praktijken ter discussie te stellen of daarin te interfereren. Kerk en staat behoren in die zin zoveel mogelijk onafhankelijk van elkaar te functioneren.

De benaderingen van inclusieve en exclusieve neutraliteit concentreren zich op de vraag hoe het beginsel van religieuze neutraliteit het beste kan worden geïmplementeerd. Voorstanders van inclusieve neutraliteit stellen dat de religieuze vrijheid het beste wordt gediend wanneer

7 Eerste Kamer der Staten-Generaal, *Gelijk recht doen. Deelrapport politie bij het parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, juni 2022; E. Howard, 'Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both', *Common Market Law Review* 2022, afl. 29(2); A. Terlouw, *Te gek voor woorden. Blote billen, boerka's, baarden en bedelaars, wat is normaal?*, Utrecht 2019 (uitgave in eigen beheer); E. Sharpston, 'Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)', eulawanalysis.blogspot.com, 23 maart 2021.

8 S. van Bijsterveld, 'De staat als 'neutral organizer of religions'? Een analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (I)', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, afl. 2013(1), p. 44-64.

9 EHRM 15 januari 2023, 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10, r.o. 81 (*Eweida e.a./VK*).

10 J. Ringelheim, 'State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach', *Oxford Journal of Law and Religion* 2017, afl. 6(1), p. 24-47.

de vrijheid van religie proactief wordt gefaciliteerd. De overheid draagt er actief zorg voor dat iedereen overal vrijuit haar religie kan beleven. Volgens Van den Burg is inclusieve neutraliteit de dragende gedachte in de Nederlandse traditie en in het bijzonder in het onderwijsbestel.¹¹ De scheiding van kerk en staat houdt dan niet in dat religie buiten de deur wordt gehouden, maar er juist nadrukkelijk welkom in wordt geheten. Dit heeft ook een gevolg voor de relatie tussen overheid en burgers. In de inclusieve opvatting van neutraliteit noodzaakt de religieuze pluraliteit in de samenleving ertoe dat overheidsdienaren er een afspiegeling van vormen, en daarmee ook in publieke functies worden vertegenwoordigd. Voorstanders van exclusieve neutraliteit menen daarentegen dat de scheiding van kerk en staat met zich brengt dat de overheid zich ver van religie houdt. In deze visie, die het meest duidelijk is te herkennen in de Franse *laïcité*, moet de aanwezigheid van religie in de publieke ruimte worden beperkt. Religie moet zoveel mogelijk een privézaak blijven, en de overheid moet religieuze uitingen en symbolen zoveel mogelijk buiten de deur houden. Langs deze lijnen zijn veel verschillende neutraliteitsvoorschriften voor overheidsfunctionarissen gerechtvaardigd. Het vaak ingenomen standpunt is dat ambtenaren, met name publiek zichtbare ambtenaren zoals politieagenten, optreden als vertegenwoordiger van de staat. Aangezien de staat neutraal hoort te zijn ten opzichte van religie, moeten haar vertegenwoordigers dat ook. Exclusieve neutraliteit verlangt daarom niet alleen de neutraliteit van de staat, maar ook dat de vertegenwoordigers van de staat deze religieuze neutraliteit belichamen. Exclusieve neutraliteit legt daarmee een direct verband tussen de seculiere staat en de individuele werknemer. Van individuen uit minderheidsreligies wordt verwacht dat ze assimileren en hun religieuze praktijken camoufleren als ze een rol binnen overheidsinstellingen willen vervullen.

2.1 Rechtspraak over inclusieve en exclusieve neutraliteit

In de rechtspraak van het EHRM wordt het onderscheid tussen inclusieve en exclusieve neutraliteit nergens met zoveel woorden benoemd. Wel kan dit onderscheid in de rechtspraak worden ingelezen, in die zin dat het EHRM zowel strikte (exclusieve) als ruime (inclusieve) opvattingen over het secularisme heeft geaccepteerd als legitiem en in overeenstemming met de vrijheid van religie zoals beschermd door artikel 9 EVRM.¹² In dit kader heeft het EHRM beperkingen van de religievrijheid geaccepteerd, die inhielden dat geen religieuze uitingen waren toegestaan voor docenten, studenten, leerlingen en ziekenhuismedewerkers.¹³ Het EHRM benadrukt in deze zaken steeds de ruime *margin of appreciation* voor de individuele staten die geldt in zaken over de verhouding tussen staat en religie. Omdat geen sprake is van Europese consensus over de plaats van religie in de samenleving, en landen hier ieder hun eigen invulling aan geven, is het niet aan de Europese rechter om hier definitieve keuzes in te maken. Dit geldt specifiek voor

11 Van den Burg 2009 (*supra* noot 6), p. 31, onder verwijzing naar onder meer B.P. Vermeulen en M.J. Kanne, 'Kerk en staat en de mensenrechten' in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 69-91.

12 Zie bijv. EHRM 1 juli 2014, 43835/11, r.o. 155 (*S.A.S./Frankrijk*).

13 EHRM 15 februari 2001, 42393/98 (*Dahlab/Zwitserland*); EHRM 8 juli 2003, 30943/96 (*Sahin/Turkije*); EHRM 7 maart 2011, 37616/02 (*Köse/Turkije*); EHRM 4 maart 2009, 27058/05 (*Dogru/Frankrijk*) en EHRM 26 februari 2016, 64846/11 (*Ebrahimian/Frankrijk*).

de aanwezigheid van religieuze symbolen in publieke instituties.¹⁴ Het EHRM laat het dus aan de staten om hier eigen afwegingen in te maken, en zal slechts toetsen of de concrete maatregelen al dan niet legitiem, gerechtvaardigd en proportioneel zijn.¹⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat het EHRM het de staten inderdaad toestaat hun eigen keuzes te maken wat betreft inclusieve en exclusieve neutraliteit. Tegelijkertijd staat het begrip neutraliteit niet in alle zaken die religieuze kleding verbieden even centraal. Zo speelde secularisme duidelijk een belangrijke rol in de zaak *S.A.S./Frankrijk* over het Franse burqa-verbod, maar kwam het begrip neutraliteit daar nauwelijks in terug. Dit verbod werd enerzijds gerechtvaardigd op grond van liberale rechten, zoals de gelijkheid van vrouwen, waarmee de burqa niet te verenigen zou zijn, en anderzijds op grond van het kunnen communiceren in de publieke ruimte. Het EHRM accepteerde alleen deze laatste rechtvaardiging als legitiem.

Ook het HvJ EU heeft zich nog niet bediend van het onderscheid tussen inclusieve en exclusieve neutraliteit. Dit is ook logisch, omdat de rechtspraak van het HvJ EU steeds betrekking heeft op de uitleg van een anti-discriminatie richtlijn (Richtlijn 2000/78/EG) en niet op de vrijheid van godsdienst, en daarnaast steeds betrekking heeft op private werkgevers in plaats van publieke ambtenaren¹⁶ Wel zou dit op korte termijn kunnen gaan gebeuren, aangezien bij het HvJ EU momenteel voor het eerst een zaak aanhangig is over een neutraliteitsvoorschrift bij de overheid. Specifiek gaat het om een werkneemster bij een Belgische gemeente, die op grond van een neutraliteitsvoorschrift geen hijab mag dragen op de werkvloer, ook al heeft zij in haar werk weinig contact met burgers. Volgens de verwijzende rechter heeft de betreffende gemeente gekozen voor exclusieve neutraliteit. Advocaat-generaal Collins is in zijn conclusie meegegaan in deze voorstelling van zaken. Hij schrijft in zijn conclusie:

In [...] België [bestaan] verschillende, zelfs tegengestelde opvattingen over het beginsel van neutraliteit van de staat, namelijk in wezen „inclusieve neutraliteit”, „exclusieve neutraliteit” en opvattingen daartussenin. Inclusieve neutraliteit is gebaseerd op de gedachte dat het voorkomen van een ambtenaar los moet worden gezien van de wijze waarop hij de openbare dienst verleent. In deze opvatting is het van belang dat een ambtenaar neutraal handelt, niet dat hij een neutraal voorkomen heeft, en kan het hem dus niet worden verboden om tekens van met name levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging te dragen. Exclusieve neutraliteit houdt daarentegen in dat een ambtenaar niet alleen strikt neutraal dient te handelen, maar ook een strikt neutraal voorkomen dient te hebben. In deze opvatting moet het iedere ambtenaar worden verboden om dergelijke tekens op het werk te dragen, ongeacht de aard van zijn werkzaamheden en de context waarin die werkzaamheden worden verricht. Er bestaan ook opvattingen van neutraliteit die tussen de twee hierboven beschreven opvattingen in liggen. Volgens die opvattingen moet een dergelijk verbod bijvoorbeeld alleen gelden voor ambtenaren die direct contact hebben met het publiek of voor ambtenaren die gezagsfuncties vervullen, in tegenstelling tot ambtenaren die louter uitvoerende werkzaamheden verrichten.¹⁷

14 EHRM 8 juli 2003, 30943/96, r.o. 109 (*Sahin/Turkije*).

15 Voor een kritiek op de terughoudendheid van de Europese rechtspraak, zie M. Hunter-Henin, 'Religious Neutrality at Europe's Highest Courts: Shifting Strategies' *Oxford Journal of Law and Religion* 2022, Afl. 11(1), p. 23–46.

16 De rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU is in die zin verschillend, dat de Straatsburgse rechtspraak gaat over klachten op grond van de vrijheid van godsdienst (artikel 9 EVRM), terwijl de Luxemburgse arresten gaan over prejudiciële vragen over de Richtlijn 2000/78/EG, die een algemeen kader biedt voor het gelijke behandelingsrecht in het kader van arbeid en beroep. Waar het EHRM dus vooral heeft geoordeeld over godsdienstvrijheid, oordeelt het HvJ EU over het recht op gelijke behandeling.

17 Concl. A-G A.M. Collins 4 mei 2023, C-148/22, par. 66 (*Commune d'Ans*).

Volgens Collins heeft de Belgische gemeente met zijn beleid gekozen voor exclusieve neutraliteit om daarmee een volkomen neutrale overheidsomgeving te creëren. Volgens hem is het aan de gemeente om aan te tonen dat het een werkelijke behoefte heeft voor een exclusief neutraliteitsbeleid.¹⁸ Uit de conclusie blijkt dat het onderscheid tussen inclusieve en exclusieve neutraliteit voor Collins nuttig is om verschillende opvattingen over religieuze vrijheid te duiden in relatie tot de aanwezigheid van religieuze symbolen in publieke functies. Zoals Collins terecht aangeeft in zijn conclusie, is geen sprake van een zwart-witonderscheid, maar zijn er verschillende variaties mogelijk als het gaat om de precieze functies waarin neutraliteit tot uitdrukking zou moeten komen. Zo hanteert Nederland wel een neutraliteitsbeleid bij de politie, maar niet bij het gemeenteloket of in het onderwijs. Ook verschillen neutraliteitsvoorschriften inhoudelijk: zo verbieden sommige alle religieuze uitingen, andere staan 'discrete' uitingen toe. Zelfs wat precies een religieuze uiting is, is niet altijd duidelijk, zoals de Franse discussie over *abaya's* duidelijk maakt.

2.2 Islamitische en Christelijke religieuze uitingen in de rechtspraak van het EHRM

Het EHRM moest zich in 2001 voor het eerst uitlaten over neutraliteitsvoorschriften in de zaak *Dahlab/Zwitserland*.¹⁹ Deze zaak betrof een lerares op een basisschool in Zwitserland, aan wie na drie jaar dienst werd verteld dat zij niet meer haar hijab op het werk mocht dragen vanwege een nieuw ingesteld neutraliteitsbeleid. Omdat zij hieraan weigerde te voldoen, werd zij door de school ontslagen. De school rechtvaardigde dit beleid op grond van de religievrijheid van de leerlingen en hun ouders: een docent met een hoofddoek zou indruisen tegen hun religieuze vrijheid om zonder religieuze invloed onderwijs te genieten. Daarbij was niet in geschil dat de docent in kwestie zich nooit schuldig had gemaakt aan enige vorm van religieuze indoctrinatie of bekeringsdrang. Het EHRM vond echter dat niet kon worden uitgesloten dat van de hijab *op zichzelf beschouwd* al een 'bekerend effect' (*proselytising effect*) uitgaat, aangezien de hijab 'lijkt te zijn opgelegd aan vrouwen op grond van een voorschrift dat is neergelegd in de Koran' dat bovendien 'moeilijk te rijmen valt met de seksegelijkheid'.²⁰ De hijab lijkt volgens het EHRM 'moeilijk verenigbaar [...] met een boodschap van tolerantie, respect voor anderen, en bovenal, gelijkheid en non-discriminatie die alle leraren in een democratische samenleving moeten overdragen aan hun pupillen'. Daarentegen oordeelde het EHRM in de zaak *Lautsi/Italië* dat de verplichting om in elk klaslokaal een christelijk kruis op te hangen, niet in strijd was met de godsdienstvrijheid van de pupillen.²¹ Anders dan de hijab was het kruis volgens het Hof in de kern een 'passief symbool' dat geen specifieke invloed op leerlingen zou hebben. Dat het Hof hier op zijn zachtst gezegd anders omging met christelijke ten opzichte van islamitische uitingen, lijkt geen verdere toelichting te behoeven. In *Sahin/Turkije* (2004) ging het EHRM op de oude voet verder over het Turkse neutraliteitsbeleid in het universitair onderwijs, dat niet

18 Collins heeft hierbij twijfels, omdat de gemeente hiervoor alleen summiere en abstracte stellingen heeft aangevoerd. Omdat in België een grote verscheidenheid bestaat wat betreft neutraliteitsbeleid, is hij van mening dat de gemeente zijn beleid moet onderbouwen aan de hand van feitelijke elementen. Concl. A-G A.M. Collins 4 mei 2023, C-148/22, par. 73 (*Commune d'Ans*).

19 EHRM 15 februari 2001, 42393/98 (*Dahlab/Zwitserland*).

20 Eigen vertaling van *Dahlab*, p. 13.

21 EHRM 18 maart 2011, 30814/06 (*Lautsi/Italië*).

alleen de hoofddoek voor docenten verbod, maar ook voor de studenten. Het Hof vond deze maatregel ‘begrijpelijk’ en vond het bijdragen aan de seculiere samenleving en de gendergelijkheid. Daar kwam volgens het Hof bij dat het verbieden van de hoofddoek zou helpen om extremistische religieus-politieke bewegingen tegen te gaan, waardoor het beleid zou bijdragen aan het in stand houden van het pluralisme op de universiteit.²²

In deze rechtspraak valt op hoe het Hof indruist tegen haar eigen beginsel van religieuze neutraliteit, in die zin dat het niet aan de staat is om oordelen te vellen over religieuze symbolen en praktijken. In plaats daarvan reproduceert het Hof verschillende Islamofobe noties over ‘de betekenis’ van de hijab als een onderdrukkend symbool, die bovendien belangrijker blijken te zijn dan de feiten die in de individuele zaak aan de orde waren, aangezien de klaagster noch iemand had bekeerd noch antiliberaal ideeën had verkondigd. In plaats van de specifieke invulling van neutraliteit te bevragen, gaat het Hof in haar beoordeling ook vooral af op wat individuen die tot de dominante groep behoren zien als uitingen van neutraliteit. De onderliggende normen worden niet bevraagd, maar aangenomen door de rechtspraak.

In de zaak over het Franse ‘burqa-verbod’, *S.A.S./Frankrijk* (2014), komt het Hof deels terug op deze benadering.²³ In plaats van algemene aannames over de burqa te hanteren, had het oog voor de manier waarop klaagster zelf uitleg gaf aan haar religieuze uiting. Het Hof zag ervan af om de burqa negatief te kwalificeren en ging expliciet in tegen de Franse argumenten hierover. Het Hof gaf aan dat de burqa weliswaar door velen wordt gezien als ‘vreemd’, maar dat het desondanks moet worden gezien als een uitdrukking van een culturele identiteit die bijdraagt aan religieus pluralisme. Het Hof ging niet mee in het argument dat de burqa zou indruisen tegen gendergelijkheid of de menselijke waardigheid, en drukte bovendien haar zorgen uit over het Islamofobe discours dat tot het burqa-verbod had geleid. Deze duidelijke wending ten opzichte van de eerste rechtspraak duidt op een leerproces bij het EHRM wat betreft haar benadering van Islamitische religieuze uitingen. *S.A.S.* kan daarom als een reactie worden gelezen op de kritiek die er is geuit op de uitspraken *Dahlab* en *Sahin*.²⁴

Tegelijkertijd blijven neutraliteitsvoorschriften ook in de meest recente zaak *Eweida* voor het Hof een gegeven.²⁵ De behoefte van British Airways om religieuze symbolen te verbieden in het kader van een neutraal imago was volgens het Hof ‘zonder twijfel legitiem’. Eweida won haar zaak, omdat haar kruisje zodanig ‘discreet’ was dat deze geen afbreuk kon doen aan haar professionele uitstraling. Deze overweging duidt erop dat de uitspraak in het geval van de hijab nog steeds anders was uitgevallen. Aan de andere kant overweegt het Hof wel in het voordeel van Eweida dat er geen bewijs was geleverd dat eerder toegestane religieuze symbolen voor andere werknemers, zoals de turban en de hijab, een negatieve impact hebben gehad op het merk of imago van het bedrijf. Hiermee legt het EHRM, net zoals het HvJ EU²⁶, een grotere bewijslast op het bedrijf om aan te tonen dat het neutraliteitsbeleid daadwerkelijk nodig was. Niettemin blijft de impliciete aanname overeind dat het toestaan van religieuze uitingen op het

22 EHRM 8 juli 2003, 30943/96, r.o. 116 (*Sahin/Turkije*).

23 EHRM 1 juli 2014, 43835/11 (*S.A.S./Frankrijk*).

24 Zie voor zo’n kritiek bijvoorbeeld C. Morini, ‘Secularism and the Freedom of Religion: The Approach of the European Court of Human Rights’, *Israel law Review* 2010, afl. 43 (3), p. 611-630.

25 Deze zaak komt in par. 2.3 uitgebreider aan bod.

26 Zie ook hierover nader par 2.3.

werk schade kan toebrengen aan het imago van een werkgever, en dat in zo'n geval een verbod gerechtvaardigd is.

2.3 Neutraliteitsvoorschriften bij bedrijven

Het bijzondere van veel recente Europese rechtspraak is dat deze geen betrekking heeft op welk secularisme dan ook. Deze zaken betreffen namelijk steeds werknemers van private ondernemingen. Wij zien hier dus een verschuiving van neutraliteit bij staatinstellingen naar bedrijven. De belangrijkste recente EHRM-zaak, *Eweida/V.K.*, ging over een werkneemster bij een vliegmaatschappij.²⁷ Na deze uitspraak volgende meerdere HvJ EU zaken over medewerkers van een beveiligingsbedrijf, een kinderopvanginstelling, een IT-consultancybedrijf, en een apotheek.²⁸ Al deze bedrijven streefden op hun manier een neutraal bedrijfsimago na, en verboden het hun werknemers op die grond om op het werk religieuze symbolen te dragen. In deze zaken lijkt sprake van een ander type motivering van neutraliteitsvoorschriften dan bij zaken die de overheid betreffen. Bedrijven kunnen immers moeilijk naar de scheiding van kerk en staat verwijzen, want zij zijn kerk noch staat. Wat een neutraal bedrijfsimago dan wel precies is, blijft in deze zaken enigszins in het midden. Het neutrale bedrijfsimago kan verwijzen naar de professionele uitstraling die van werknemers wordt verlangd, wat in de zaak *Eweida* het geval leek te zijn. Neutraliteit heeft dan een meer esthetische betekenis. Maar het kan ook inhouden dat het bedrijf zich niet met (een bepaalde) religie geassocieerd wil zien. Het gaat hier dan ook niet om godsdienstvrijheid (het recht om in vrijheid een bepaalde religie te beoefenen), maar de vrijheid van religie in negatieve zin: het recht om niet geconfronteerd te worden met een bepaalde religie. De betekenissen van neutraliteit lopen in de praktijk vaak door elkaar. En juist door de vermenigving daarvan lijkt de werkgever er vaak aan te kunnen ontkomen om concreet te onderbouwen waar zijn beleid op is gebaseerd.

Het HvJ EU heeft de zaken over neutraliteitsvoorschriften bij bedrijven opgevat als een situatie van conflicterende grondrechten. De bedrijven die het neutraliteitsbeleid hadden ingevoerd, konden namelijk ook op een grondrecht wijzen, namelijk hun vrijheid van ondernemerschap, die wordt beschermd door artikel 16 EU-Handvest. Met name in de zaken *Achbita* en *Bougnaoui* werkte dit bepaald niet mee om duidelijkheid te krijgen over de precieze beweegredenen van de bedrijven, omdat zij leken te kunnen volstaan met een verwijzing naar hun vrijheid van ondernemerschap.²⁹ In de meer recente zaken *WABE/Müller* en *S.C.R.L.* trad daarin een verschuiving op, omdat het Hof daarin de bewijslast bij de bedrijven heeft gelegd om de noodzaak van het neutraliteitsbeleid aan te tonen. De bedrijven in kwestie wezen daarbij, naast het doel om een neutraal bedrijfsimago te creëren, op het doel om conflicten op de werkvloer of met klanten te voorkomen. Wat die conflicten dan precies zouden zijn, en waarom het risico daarop een verbod op religieuze uitingen kon rechtvaardigen, bleef in het midden. In de zaak die betrekking had op de kinderopvang werd daarnaast een beroep gedaan op de vrijheid van

27 EHRM 15 januari 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (*Eweida e.a./Verenigd Koninkrijk*).

28 HvJ EU 14 maart 2017, HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 (*Achbita*); C-188/15 (*Bougnaoui*); HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19 (*IX v WABE en MH Müller Handels GmbH/MJ*).

29 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 (*Achbita*).

godsdienst in negatieve zin, dat wil zeggen de vrijheid van de kinderen en de ouders om niet ongewenst met religieuze doctrines in aanraking te komen.³⁰

2.4 Nog steeds geen kritische benadering HvJ EU

Het HvJ EU heeft geoordeeld dat neutraliteitsvoorschriften moeten worden gekwalificeerd als indirecte discriminatie op grond van godsdienst, omdat zij bijna enkel islamitische vrouwelijke werknemers met de hijab raken.³¹ Deze indirecte discriminatie is echter gerechtvaardigd door de wens van de werkgever om ten aanzien van klanten of gebruikers een beleid van politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit te voeren. Daarbij moet de werkgever wel aantonen dat het beleid beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de werkgever, dat het coherent en systematisch wordt nagestreefd en dat het verbod niet verder gaat dan strikt noodzakelijk ten opzichte van de nadelige gevolgen die de werkgever met het verbod wil vermijden. De wens om conflicten te vermijden, om een neutraal bedrijfsimago te hanteren, alsook om kinderen en ouders van religieuze invloed te beschermen, kunnen volgens het Hof aan een werkelijke behoefte beantwoorden. Het Hof besteedt geen aandacht aan de mogelijk discriminatoire achtergrond van zulke behoeftes. Daardoor blijft, ondanks de omkering van de bewijslast, nog steeds het risico dat een werkgever zonder veel concrete onderbouwing een neutraliteitsbeleid kan hanteren. Verder bleef de vraag of er sprake is van directe of indirecte discriminatie op grond van gender en 'ras' onbeantwoord omdat deze vormen van discriminatie buiten de reikwijdte van de door de verwijzende rechter genoemde Richtlijn 2000/78 vielen. Het Hof koos er evenmin voor om uit zichzelf in te gaan op de richtlijnen die wel discriminatie op grond van gender en ras verbieden. Hiermee liet het Hof de kans liggen om de zaken vanuit een intersectioneel perspectief te analyseren (we staan stil bij intersectionaliteit in paragraaf 4).

Uit de Europese rechtspraak over neutraliteitsvoorschriften blijkt dat beide Europese hoven neutraliteitsvoorschriften, zowel bij de overheid als bij bedrijven, legitiem achten. Het EHRM baseert zich ten opzichte van de overheid op de ruime *margin of appreciation* van de staten over de verhouding tussen staat en religie, het HvJ EU verwijst in de context van bedrijven naar de vrijheid van ondernemerschap. Dit betekent dat per geval wordt gekeken of het neutraliteitsvoorschrift noodzakelijk en proportioneel is.³² Het roept de vraag op of de voorwaarden die door het HvJ EU en het EHRM aan neutraliteitsvoorschriften zijn gesteld, voldoende bescherming

30 In de sfeer van het onderwijs is daarmee, anders dan in de andere zaken, een overlap te zien met meer seculiere argumentaties. Een ander voorbeeld in deze zin is de Franse zaak *Baby Loup* over een kinderdagverblijf. Volgens het Franse Hof van Cassatie gold het beginsel van laïcité weliswaar niet voor ondernemingen, maar kon het kinderdagverblijf zich wel met succes beroepen op de vrijheid van geweten van de kinderen. In 2018 oordeelde het VN-Mensenrechtencomité in dezelfde zaak juist in het voordeel van de werknemer: er was sprake van een schending van de religievrijheid en van discriminatie op grond van gender en religie. Zie VN-Mensenrechtencomité 16 juli 2018, r.o. 8.0 (*F.A./Frankrijk*).

31 Vgl. HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, r.o. 59 (*IX v WABE en MH Müller Handels GmbH v MJ*).

32 Ook in de zaak *Eweida/V.K.*, die door de klaagster werd gewonnen, vond het Hof het streven naar neutraliteit 'zonder twijfel legitiem'. Volgens het Hof woog recht op godsdienstvrijheid hier zwaarder dan de wens van een neutraal bedrijfsimago, omdat het kruisje discreet was en niet zou afleiden van haar professionele uitstraling. Deze argumentatie roept de vraag op of het Hof anders zou hebben geoordeeld als het om een ander religieus symbool was gegaan.

bieden aan de vrijheid van godsdienst en de bescherming tegen discriminatie. De benadering die de hoven hebben gekozen, maakt het immers lastig om daadwerkelijk kritisch naar neutraliteit te kijken en om oog te hebben voor de mogelijk discriminerende noties die aan het gebruik van die term ten grondslag liggen. Dit komt goed naar voren in de hierboven geciteerde overweging van advocaat-generaal Collins over inclusieve en exclusieve neutraliteit. Collins beschrijft de begrippen inclusieve en exclusieve neutraliteit namelijk niet alleen als een discussie of de gewenste aan- of afwezigheid van religie, maar koppelt deze ook aan de ambtenaren zelf: zij moeten ofwel slechts ‘neutraal handelen’ (inclusieve neutraliteit) ofwel ook ‘een neutraal voorkomen hebben’ (exclusieve neutraliteit). Collins bevraagt echter niet wat neutraal handelen dan wel een neutraal voorkomen hebben precies betekent. Ook bevraagt Collins niet waarom een verband kan worden aangenomen tussen iemands voorkomen en iemands handelingen.

3 De normerende werking van neutraliteit

Waar we in de vorige paragraaf zijn ingegaan op de verschillende betekenissen van neutraliteit, gaan we in deze paragraaf in op de normerende werking van neutraliteitsvoorschriften. Hiermee bedoelen wij dat neutraliteitsvoorschriften niet alleen een set regels zijn, maar uitdrukking geven aan dominante sociale normen over wat geldt als neutraal en wat niet.³³ De manier waarop aan neutraliteit invulling wordt gegeven, kan daarmee leiden tot vormen van materiële en symbolische vormen van in- en uitsluiting. In deze paragraaf illustreren wij dit punt aan de hand van het werk van onder andere Çankaya en Sheth. Çankaya heeft uitgebreid etnografisch onderzoek gedaan binnen de Nederlandse politieorganisatie.³⁴ Sheth richt zich op ideeën over neutraliteit in het Amerikaanse rechtssysteem en de effecten daarvan op hijab-dragende moslimvrouwen.³⁵

3.1 Neutraliteit en de norm

Zoals meteen al blijkt uit de neutraliteitsvoorschriften van de politie, slaat neutraliteit binnen de politie niet alleen op religieuze uitingen. Voor agenten in uniformen gelden vergaande formele normen wat betreft alle aspecten van het uiterlijk. In deze regels is neutraliteit uitgebreid tot alle zichtbare vormen van ‘lifestyle’. Daaronder vallen ook piercings, tatoeages en zelfs haar-dracht.³⁶ Het haar mag volgens de politiecode ‘niet uitzonderlijk’ zijn: het moet verzorgd zijn, mag niet te lang zijn en geen niet-natuurlijke kleur hebben. Het lijkt erop dat deze normen niet

33 Zie S. Bilge, ‘Beyond Subordination vs. Resistance: An Intersectional Approach to the Agency of Veiled Muslim Women’, *Journal of Intercultural Studies* 2010, afl. 31:1, p. 9-28. A.J. Edmunds, ‘Precarious bodies: The securitization of the “veiled” woman in European human rights’, *The British Journal of Sociology*, 2021, afl. 72(2), p. 315-327.

34 S. Çankaya, *Buiten veiliger dan binnen: in- en uitsluiting van etnische minderheden binnen de politieorganisatie* (diss. VU Amsterdam) 2011; S. Çankaya, ‘Normbeelden als alternatief voor politiecultuur: de integere, neutrale en loyale supercop’, *Tijdschrift voor Veiligheid* 2016, afl. 15, p. 15-32.

35 F.A. Sheth. *Unruly Women: Race, Neocolonialism, and the Hijab*. New York: Oxford University Press 2022.

36 Gedragscode Lifestyle-neutraliteit 2021. Voor tatoeages gold voorheen een absoluut verbod, dat is nu afgezwakt tot “tatoeages die afbreuk doen aan een gezagsuitstralende, neutrale en veilige houding”.

alleen betrekking hebben op neutraliteit, maar verweven zijn met andere normen zoals professionaliteit en fatsoenlijkheid.³⁷

De codes bij de politie maken maar al te goed duidelijk hoe neutraliteit op veel verschillende manieren wordt doorgetrokken in uiterlijke gedragscodes. Deze hebben niet alleen betrekking op kleding, maar ook op de houding, het taalgebruik en de toon. Çankaya zag hoe politieagenten in de praktijk constant de nadruk leggen op deze visuele vormen van neutraliteit. Agenten besteden veel aandacht aan het op dagelijkse basis verbeelden en belichamen van neutraliteit en geven hiermee uitdrukking aan de normen, beelden en verwachtingen die we koppelen aan een uitstraling van neutraliteit en gezag. Deze nadruk op het voorkomen is niet geheel onbegrijpelijk; de politie is er veel aan gelegen dat zij als neutraal en gezaghebbend overkomt, omdat hiermee haar gezag sneller zal worden geaccepteerd. Maar het is ook duidelijk wat de keerzijde hiervan is. Hoe strikter het uiterlijk wordt gereguleerd en hoe meer wordt vastgelegd wat wel en wat niet geldt als neutraal, hoe groter de vormen van in- en uitsluiting die daarmee gepaard gaan. Deze uitsluiting is zowel materieel als symbolisch. Materieel vindt er uitsluiting plaats doordat bepaalde uitingen daadwerkelijk worden uitgesloten van het politieambt. De symbolische dimensie is dat door neutraliteitsvoorschriften niet alleen normen worden vastgelegd, maar ook worden gelegitimeerd en gereproduceerd. Deze symbolische dimensie werkt ook door op agenten die weliswaar voldoen aan de neutraliteitseisen, maar aan wiens neutraliteit wegens hun perceptie als 'anders' toch voortdurend wordt getwijfeld.

Een groep die daar veelvuldig mee te maken krijgt, is agenten van kleur. In verschillende onderzoeken is naar voren gekomen dat hun neutraliteit, zowel voor burgers als voor collega's, niet vanzelfsprekend is. Hun, van de witte norm afwijkende, lichaam maakt dat zij neutraliteit moeilijker kunnen belichamen.³⁸ Met name in het contact met 'eigen groepen' blijkt al snel te worden gedacht dat zij niet meer neutraal handelen, omdat zij hen zouden bevoorjelen. Deze politieagenten worden door collega's er al snel van verdacht een bepaalde loyaliteit met de 'eigen' gemeenschap te hebben. Dit terwijl bij witte politieagenten de veronderstelling is dat zij deze objectiviteit en neutraliteit ten opzichte van witte burgers wel kunnen bewaren. Hierbij geldt een verschil in de bewijslast: waar niet-witte agenten moeten aantonen dat zij neutraal zijn, is het bij witte agenten omgekeerd. Voor hen geldt de presumptie dat ze neutraal zijn, en wordt hier pas bij contra-indicaties aan getwijfeld.

De analyse van Çankaya laat zien hoe de neutraliteitsdiscussie is verbonden met een discussie over racisme. Ook al maken neutraliteitsvoorschriften zelf geen direct onderscheid op grond van 'ras', in de praktijk wordt een gebrek aan neutraliteit wel aan agenten van kleur tegengeworpen. Het laat zien hoe sterk neutraliteit samenhangt met de, in dit kader, witte norm. Zulk soort normen ontstijgen de regels die in de neutraliteitsvoorschriften zijn opgenomen, maar legitimeren deze ook, voor zover het gaat om de basisaanname dat het uiterlijk ons iets verteld over iemands innerlijk. Deze relatie is verder onderzocht door Sheth, die zich specifiek richt op raciale dynamie-

37 Zie voor een kritische analyse over hoe de haardracht van zwarte Amerikaanse vrouwen wordt gezien als onprofessioneel' of onverzorgd: T.R. Opie, & K.W. Phillips, 'Hair penalties: The negative influence of Afrocentric hair on ratings of Black women's dominance and professionalism', *Frontiers in psychology* 2015, afl. 6:1311; S. Donahoo, 'Working with style: Black women, black hair, and professionalism', *Gender, Work & Organization* 2023, afl. 30 (2), p. 596-611.

38 Vgl. M. van Hulst, J. Terpstra & E. Kolthoff, 'Politiecultuur als kernbegrip en discussiethema', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2016, afl. 15, p. 3-14; N. Schuurmans, *Politie in een superdiverse samenleving: een literatuurstudie*, Hannah Arendt Instituut, 2021.

ken in het Amerikaanse rechtssysteem ten opzichte van hijab-dragende moslimvrouwen.³⁹ Ze heeft een intersectionele benadering en legt de nadruk op de verwevenheid van ras, gender en andere sociale identiteiten om de complexiteit van neutraliteit volledig te analyseren. Zij bekritiseert het idee van neutraliteit omdat het vaak verborgen vooroordelen maskeert en bestaande machtsstructuren versterkt.⁴⁰ Çankaya en Sheth laten beide zien hoe ogenschijnlijk neutrale beleidsmaatregelen of beslissingen verschillende raciale en gendergroepen ongelijk kunnen treffen omdat zij gestoeld zijn op expliciete en impliciete vooroordelen.

3.2 De schijn van neutraliteit

In het maatschappelijke debat wordt het ontbreken van neutraliteit al snel toegeschreven aan specifieke groepen. Hun voorkomen zou partijdigheid uitstralen en zou om die reden niet moeten kunnen. ‘De hoofddoek geeft geen neutraal beeld’, zo vatte VVD-Kamerlid Michon het samen in een recent opinieartikel. Het gaat er hier niet om dat bepaalde overheidsfuncties om principiële redenen los zouden moeten staan van religieuze uitingen, maar dat die religieuze uitingen blijf zouden geven van een bepaalde vorm van partijdigheid of van een strijdigheid met liberale waarden. Het is dan ook in dit gebruik van neutraliteit dat dit begrip óók wordt doorgetrokken naar verschillende aannames over waar de hijab voor zou staan. Vaak is dit ofwel een veronderstelde loyaliteit met de ‘eigen’ groep ten opzichte van de rest van de samenleving, ofwel een veronderstelde strijdigheid met liberale vrijheden als vrouwenrechten en homorechten. Al deze aannames worden veelal impliciet, dan wel expliciet, gerechtvaardigd met een verwijzing naar het verbod van de *schijn* van partijdigheid. Dit beginsel, wat eigenlijk alleen geldt voor de rechtspraak, wordt daarmee gebruikt op een manier die discriminerende vooroordelen legitimeert.⁴¹ Michon verwoordt dit idee in haar opiniestuk:

Ook al zal de drager kunnen stellen dat de hoofddoek voor haar niets afdoet aan het neutrale optreden; degene die voor haar staat zal dat wel kunnen ervaren. Alleen al als de indruk bestaat dat de politie niet neutraal is, wordt afbreuk gedaan aan de legitimiteit en effectiviteit van het optreden van de politie.⁴²

Wanneer wordt geaccepteerd dat de ‘ervaring’ van een burger van een politieagent, rechter of ambtenaar met een hoofddoek als niet-neutraal voldoende is om het dragen daarvan te verbieden, wordt ook geaccepteerd dat deze ervaring op vooroordelen is gebaseerd. Discriminerende vooroordelen die in de samenleving aanwezig zijn worden zo gebruikt als rechtvaardiging voor beleid dat leidt tot discriminatie van diezelfde groep. In feite is het een vooroordeel over een vooroordeel: er wordt verondersteld dat burgers een vooroordeel over de hoofddoek zullen hebben, en dat het daarom afbreuk zal doen aan de neutraliteit van de politie.⁴³ Tegelijkertijd

39 Zie F.A. Sheth. *Unruly Women: Race, Neocolonialism, and the Hijab*. New York: Oxford University Press 2022.

40 Zie ook F.A. Sheth, ‘The Production of Acceptable Muslim Women in the United States’, *The Journal of Aesthetics and Art Criticism* 2019, afl. 77(4), p. 411-422.

41 Zie over de schijn van partijdigheid in de rechtspraak: M. ter Voert & J. Kuppens, *Schijn van partijdigheid rechters*, WODC 2002.

42 I. Michon-Derzen, ‘Ingezonden opinie: Religieuze uitingen bij de politie doen afbreuk aan legitimiteit’, *ewmagazine.nl*, 3 oktober 2022.

43 Zie over dit punt in de context van de rechtspraak van het HvJ EU: E. Howard 2022 (*supra* noot 8).

is dit type rechtvaardiging niet ver verwijderd van de rechtvaardiging die bepaalde bedrijven hebben gehanteerd: het vermijden van conflicten of het tevreden houden van klanten. Ook hier wordt immers de op voorhand veronderstelde discriminerende opvattingen van collega's of klanten boven de fundamentele rechten van de werknemer gesteld.

4 Een intersectionele benadering van neutraliteit

In het voorgaande hebben wij neutraliteit vooral conceptueel benaderd. Wij hebben onderzocht welke verschillende betekenissen ervan in omloop zijn, hoe die in de praktijk door elkaar heen lopen, en hoe een bepaald gebruik van neutraliteit het impliciet mogelijk maakt om allerhande vooroordelen en sociale normen aan het begrip te koppelen. Een logische vervolgvraag is dan waar zulke vooroordelen precies vandaan komen. Hoe komt het dat het juist de hijab is die steeds wordt voorgesteld als niet-neutraal? Hoewel het beantwoorden van die vraag een onderzoek op zichzelf verdient, willen wij in deze paragraaf aannemelijk maken dat het van belang is om de context waarin het debat over neutraliteitsvoorschriften zich afspelen serieus te nemen. Debatten over neutraliteit kunnen neutraal lijken, maar zijn in feite verbonden met grotere discussies over de in- of exclusie van moslims en in het specifiek moslima's in de Nederlandse samenleving. Het is van belang om de samenhang tussen deze elementen bij een analyse van neutraliteitsvoorschriften te betrekken.

4.1 Institutioneel racisme en intersectionaliteit

De afgelopen jaren is er in het publieke debat veel aandacht geweest voor institutioneel racisme en discriminatie. De discussies rondom zwarte piet, de toeslagenaffaire en de opkomst van de *black lives matter*-beweging hebben ertoe geleid dat politici gedwongen werden zich in het maatschappelijke debat over institutioneel racisme te positioneren.⁴⁴ Het begrip institutioneel racisme is daarbij in korte tijd mainstream geworden. Waar Minister-President Rutte het begrip in 2020 nog 'sociologisch jargon' noemde, erkende het kabinet in 2022 dat in de toeslagenaffaire sprake was van institutioneel racisme.⁴⁵ Wat institutioneel racisme precies is, blijft echter vaak onduidelijk. Toch heeft het begrip, met name in de Verenigde Staten, een lange geschiedenis. Zo gebruikte de *Black Power*-beweging in de jaren '60 de term institutioneel racisme om te verwijzen naar het wijdverbreide racisme en de systematische uitsluiting die voortvloeiden uit het verleden van trans-Atlantische slavernij, kolonialisme en kapitalisme.⁴⁶ Hiermee wilden ze de racistische ideologie en machtssysteem van witte suprematie verbinden aan concrete ervaringen van racisme in verschillende sociale domeinen. Het ging in deze opvatting van institutioneel racisme niet zozeer om de racistische ideologie van een individu, maar om het

44 Zie M. Bot, 'De natiestaat als olifant in de kamer van de postkoloniale rechtsstaat: Over nationaliteitsdiscriminatie, institutioneel racisme en het recht', *NJCM-Bull.* 2022, p.78-94; M. Bot, 'Is institutioneel racisme echt racistisch?' *NJB*, 2022 afl. 26, p. 2048-2055; A. Fermin e.a., *Institutioneel Racisme bij Gemeente Utrecht*, bureauomlo.nl, januari 2022.

45 'Waarom heeft Rutte een probleem met de term 'institutioneel racisme'?' *nporadio1.nl*, 15 juni 2020.

46 S. Carmichael & C. HAMILON, *Black power*, New York: Random House 1967.

karakter van de geschreven en ongeschreven regels die in de instituten aanwezig zijn. In Nederland werd de term institutioneel racisme in de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw geïntroduceerd door Essed om het fenomeen alledaags racisme te duiden.⁴⁷ In de Nederlandse juridische literatuur heeft het begrip vervolgens weinig navolging gekregen. Door de recente anti-racismebeweging, de toeslagenaffaire, en de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag over etnisch profileren bij de Koninklijke Marechaussee is institutioneel racisme ook voor het recht een relevanter concept geworden.⁴⁸

Voordat we ingaan op de relatie tussen institutioneel racisme en neutraliteit, is het belangrijk om duidelijk te maken wat wij onder de term 'ras' verstaan. Wij sluiten bij de term 'ras' aan bij de sociaalwetenschappelijke literatuur, waarin ras niet als biologisch gegeven, maar als een sociaal construct wordt beschouwd.⁴⁹ Ras is geen gegeven, maar het resultaat van racialisering: het sociale proces waarin onderscheidingen op grond van ras worden gedefinieerd en tot uitdrukking komen. Processen van racialisering staan niet op zichzelf, maar hangen samen met andere vormen van classificatie, zoals cultuur, religie en klasse. Institutioneel racisme gaat niet noodzakelijk om het maken van onderscheid op grond van (enkel en alleen) huidskleur, maar op een samenhangend aantal markeringen van onderscheid. Welke betekenis aan ras toekomt is dan ook niet eenduidig, maar context-specifiek. Institutioneel racisme is het gevolg van een proces van classificatie en racialisering. Het treft zowel het beleid en regels van organisaties als de universiteit of een gemeente maar ook bredere domeinen zoals de arbeidsmarkt, de gezondheidszorg en het rechtssysteem. Een hanteerbare definitie van institutioneel racisme is gegeven door het Kennisplatform Integratie en Samenleving (KIS) en het College voor de Rechten van de Mens.⁵⁰ Zij beschrijven institutioneel racisme als 'de processen, het beleid en de (geschreven en ongeschreven) regels van instituten die leiden tot structurele ongelijkheid tussen mensen met verschillende achtergrond, huidskleur of religie'. Het College beschrijft drie belangrijke elementen van institutioneel racisme, namelijk, dat het 1) collectief en structureel 'ingebakken' is in de instituten, 2) dat het 'regels, procedures en beleid omvat, maar ook allerlei vormen van niet-geformaliseerde, sociaal ingesloten gedragingen, en 3) dat het op verschillende manieren tot uiting komt, en door 'inbedding' in de instituten niet snel of direct te herkennen is. Volgens het College gaat het bij institutioneel racisme om meer dan incidenten, het gaat juist om structurele patronen en collectieve gedragingen die zo vanzelfsprekend en genormaliseerd zijn dat ze onzichtbaar worden. Juist neutrale regels en procedures, of collectieve gedragspatronen waarvan het discriminerende karakter niet direct zichtbaar is, kunnen leiden tot institutioneel racisme.

47 P. Essed, *Alledaags racisme*, Amsterdam: Uitgeverij Sara 1984.

48 Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173

49 A. Masschelein, 'Het én-én verhaal van Stuart Hall. Lessen van een zwarte, Britse, post-marxistische, Jamaicaanse intellectueel', *De Uil van Minerva* 2012, afl. 25(4); S. Hall & S. Jhally, 'Race, the floating signifier', youtube.com, 1997.

50 Zie 'Institutioneel racisme in Nederland: De aanwijzingen uit de wetenschappelijke literatuur op vier domeinen op een rij', kis.nl, 2021; 'Visie nota Institutioneel racisme Naar een mensenrechtelijke aanpak', publicaties.mensenrechten.nl, 13 december 2021.

4.2 Kleurenblind racisme

Volgens Bonilla-Silva moet institutioneel racisme worden begrepen als vorm van racisme, die hij kleurenblind racisme noemt.⁵¹ Deze vorm van racisme is subtieler, omdat het openlijk onderscheid maken op grond van 'ras' vermijdt. De kern hiervan is dat instellingen doen alsof diepgewortelde sociaal-culturele problemen en structurele ongelijkheden die gebaseerd zijn op 'ras' niet bestaan. Kleurenblindheid lijkt positief, maar kan een manier zijn om de impact van historische discriminatie, institutioneel racisme en vooroordelen te minimaliseren, en de unieke uitdagingen waarmee verschillende raciale groepen te maken hebben te negeren. Roberts maakt de connectie tussen kleurenblindheid en het Amerikaanse rechtssysteem.⁵² Ze betoogt dat de Amerikaanse jurisprudentie kleurenblind is, omdat er geen rekening wordt gehouden met de disproportionele impact van wet- en regelgeving op groepen in de samenleving die door historische ongelijkheden en institutioneel racisme benadeeld zijn. Volgens haar blijft institutioneel racisme gebaseerd op kleurenblindheid voortbestaan omdat racisme gereduceerd wordt tot individuele handelingen.

Onze benadering van institutioneel racisme is ook gestoeld op een intersectionele benadering van discriminatie. Intersectionaliteit is een concept dat binnen de rechtswetenschap is ontwikkeld door Crenshaw.⁵³ Net als Essed was Crenshaw geïnteresseerd in de ervaringen van racisme van zwarte vrouwen en de omgang daarmee in Amerikaanse anti-discriminatie wetgeving. Volgens Crenshaw schoten zowel feministische en antiracistische analyses van ongelijkheid tekort in het begrijpen van de complexe ervaringen van zwarte vrouwen, omdat deze analyses een enkelvoudige benadering van discriminatie hanteren. Het bestuderen van discriminatie op basis van een wettelijke grondslag, zoals gender of 'ras', is niet voldoende. Crenshaw bepleit dat discriminatie op basis van meerdere overlappende gronden bestudeerd moet worden om de complexiteit van discriminatie bloot te leggen. Neutraliteitsvoorschriften zijn zo bezien niet alleen discriminerend op grond van religie, maar ook op grond van gender, omdat moslimmannen niet deze vorm van discriminatie ervaren. Maar ook discriminatie op grond van ras speelt een rol, aangezien de maatregel in de praktijk vooral vrouwen van kleur treft. Wanneer de hijab wordt gekenmerkt als niet-neutraal, spelen daarom zowel religie, gender als ras een rol.

5 Conclusie

In dit artikel hebben wij het maatschappelijke en juridische debat over neutraliteitsvoorschriften in een breder perspectief geplaatst, door te onderzoeken aan welke sociale normen deze voorschriften uitdrukking geven. Wij hebben bepleit dat neutraliteitsvoorschriften niet neutraal zijn, maar verweven zijn met vooronderstellingen over wat wel en niet geldt als een neutrale uitstraling. Specifiek in de context van de hijab wordt daarbij te pas en te onpas benadrukt dat deze niet neutraal zou zijn. Soms worden daarbij expliciet uitlatingen gedaan over de veronderstelde

51 E. Bonilla-Silva, *Racism without racism*, Londen: Rowman & Littlefield 2003.

52 D.E. Roberts, 'Constructing a criminal justice system free of racial bias: An abolitionist framework'. *Columbia. Human Rights. Law Review* 2008, afl. 39, p 261-285.

53 Zie K. Crenshaw, 'Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color', *Stanford Law Review*, afl. 43 (6), p. 1241-1299.

betekenis van de hijab, soms wordt impliciet gesteld dat de hoofddoek afbreuk zou doen aan de schijn van neutraliteit. Wanneer wordt gewezen op de schijn van neutraliteit worden vooroordelen over de hijab niet expliciet omarmd, maar wordt aangenomen dat burgers de hoofddoek als niet-neutraal zouden kunnen beschouwen. Hiermee worden vooroordelen uiteindelijk gelegitimeerd.

Hoe neutraliteit eruitziet is geen gegeven, maar is het onderwerp van een doorlopende maatschappelijke discussie. Uiteindelijk is de neutrale uitstraling een fictie; het biedt ons hooguit (de schijn van) neutraliteit. Dit wil niet zeggen dat kledingvoorschriften bij werkgevers per definitie verkeerd zijn. Het is begrijpelijk dat organisaties als de politie het van belang vinden dat hun gezag wordt erkend, en de manier waarop de politie zich presenteert heeft daar onmiskenbaar invloed op. Maar neutraliteitsvoorschriften moeten altijd kritisch worden bevraagd. Wij hopen dat deze kritische analyse zich doorzet in de maatschappelijke en de juridische discussie over neutraliteit.