

Van bescherming van “hetero- en homoseksuele gerichtheid” naar “seksuele gerichtheid” in de AWGB en de Grondwet

Marjolein van den Brink & Jet Tigchelaar, Universiteit Utrecht¹

13 juni 2019²

Puntsgewijze samenvatting van de belangrijkste conclusies

Voordelen

- . Herformulering door het laten vervallen van de expliciete restrictie tot ‘hetero- en homoseksuele gerichtheid’ in Grondwet en AWGB verdient aanbeveling
 - met het oog op (her)kenbaarheid van de beschermwaardigheid van andere vormen van seksuele gerichtheid, zoals bisexualiteit
 - in verband met consistentie in de opsomming van beschermwaardige gronden (symmetrisch en de gehele groep omvattend)
 - aansluiting bij internationaal gebruikelijke terminologie
 - zoals Pieter Cannoot in zijn paper uiteenzet, verliezen begrippen als homo- en heteroseksualiteit door erkenning van andere genderidentiteiten dan m/v - gender als een continuüm - hun betekenis.
- . Herformulering van de voorgestelde uitbreidingsgrond in de Grondwet verdient bijzondere aanbeveling. Voor zover uitbreiding van de gronden in het algemeen wenselijk wordt geacht (de opsomming is immers niet limitatief en dus primair symbolisch) *moet* de grond alomvattend worden geformuleerd. Anders dan bij het achterwege laten van een expliciete vermelding (sekse, ras, seksuele gerichtheid, of – niet opgenomen – leeftijd), zal een expliciet *restrictieve* benoeming van een genoemde grond (zoals ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’) gerede aanleiding geven tot de veronderstelling dat *dus* andere vormen van seksuele gerichtheid buiten de reikwijdte van artikel 1 Grondwet vallen. Dat is, in het licht van datzelfde artikel, onaanvaardbaar.

Risico's

- . Verruiming van de non-discriminatiegrond tot ‘seksuele gerichtheid’ leidt tot ongewenste ‘overinclusiviteit’ van de norm wanneer verruiming zou leiden tot bescherming van vormen van seksuele gerichtheid die een risico vormen voor de rechten en belangen van anderen, zoals

¹ Universiteit Utrecht. Marjolein van den Brink werkt bij het Netherlands Institute of Human Rights (SIM), Jet Tigchelaar bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht & Rechtstheorie. Beiden zijn verbonden aan de onderzoeksgroep Utrecht Center for European Research into Family Law (UCERF).

² Met enkele redactionele wijzigingen en enkele toevoegingen naar aanleiding van de andere discussiepapers zoals verwerkt in korte inleiding op 21 juni.

hyperseksualiteit (satyriasis (in geval van vrouwen: nymfomanie)), pedoseksualiteit, necrofilie, of bestialiteit.

Oplossingen

- . Het risico van overinclusiviteit zal alleen kunnen ontstaan in geval van *direct* onderscheid op grond van seksuele gerichtheid in de context van het ‘gesloten systeem’ van de AWGB. In alle andere gevallen zal het onthouden van bescherming aan uitingen van seksuele gerichtheid objectief gerechtvaardigd zijn, wanneer die uitingen ten koste gaan van anderen.
- . Overinclusieve bescherming op het terrein van de arbeidsmarkt kan worden voorkomen door:
 - heldere functie-eisen en waar nodig een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG)
 - voor zover een VOG onvoldoende zou zijn om risico’s te ondervangen, kan toevoeging van een uitzonderingsbepaling aan artikel 5 AWGB worden overwogen (vergelijkbaar met het huidige lid 2), voor instellingen die werken met kwetsbare groepen (minderjarigen, slachtoffers van seksueel misbruik, patiënten). Goede trouw en loyaliteit aan de doelstellingen en werkzaamheden van de instelling zullen in de weg kunnen staan aan het in dienst nemen van personen die door hun uitlatingen en/of gedrag laten weten anders te denken (of te willen handelen) dan acceptabel is in het licht van die doelstellingen. Dit zou bijvoorbeeld een grond bieden voor een mortuarium om iemand met een necrofile gerichtheid te kunnen weigeren, of voor een school om iemand met een pedoseksuele voorkeur niet aan te nemen.
- . Op het terrein van het aanbieden van goederen en diensten lijken de risico’s klein. We maken hierbij echter een voorbehoud: het is een heel breed terrein waardoor het lastiger is om alle mogelijke knelpunten vooraf te kunnen overzien. Eén voorbeeldcasus waardoor wij twijfelen of een uitzondering vergelijkbaar met artikel 7(2) of 7(3) AWGB een goed idee zou zijn: Mag een woningbouwvereniging weigeren iemand met een onbetwiste pedoseksuele gerichtheid een woning aan te bieden in de omgeving van een lagere school en te laten wachten tot een woning vrijkomt in een ‘geschiktere’ buurt? Nadere doordinking van de noodzaak (of het gebrek daaraan) van een wettelijke uitzondering lijkt op zijn plaats.
- . Overinclusiviteit tegengaan door bepaalde vormen van seksuele gerichtheid als chronische ziekte aan te merken en deze vervolgens uit te zonderen van het discriminatieverbod met de ‘veiligheidsexceptie’ (vergelijk CRM oordeel 2018-68) lijkt ons geen goede weg. Pathologisering van bepaalde vormen van seksuele gerichtheid is zeer onwenselijk en moet worden voorkomen, zoals de geschiedenis van homoseksualiteit en trans identiteiten laat zien. Het is ook niet relevant. De gelijkebehandelingswetgeving is erop gericht dat mensen niet mogen worden uitgesloten van toegang tot bepaalde fundamentele zaken (werk, huisvesting e.d.) alleen vanwege een beschermde grond: die bescherming stopt daar waar de rechten van anderen in geding komen.

Loze argumenten

- . Dat in andere landen en internationaal ‘sexual orientation’ eng lijkt te worden opgevat als hetero-, homo- of biseksuele gerichtheid, betekent niet dat daarom herformulering *per se* risicool is. In de eerste plaats is er weinig tot geen gelijkebehandelingsjurisprudentie over andere vormen van seksuele gerichtheid, ten tweede zijn de meeste juridische bepalingen niet geconstrueerd als gesloten systeem, en ten derde zou mogelijk juist een expliciete herformulering resulterend in verruiming zoals nu voorgesteld, aanleiding kunnen geven tot vragen om bescherming van andere seksuele voorkeuren.
- . Maatschappelijke non-acceptatie van bepaalde vormen van seksuele gerichtheid is op zichzelf geen goede reden om bescherming tegen discriminatie te onthouden. Afhankelijk van de redenen voor afwijzing van bepaalde varianten van seksualiteit, kan het gebrek aan acceptatie immers net zo goed of juist op de noodzaak tot bescherming wijzen.

1. Uitgangspunten en opzet

Deze discussiepaper onderzoekt de mogelijke positieve en negatieve gevolgen van een wijziging van de in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) gebruikte term om mensen te beschermen tegen ongerechtvaardigd onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, te weten ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’.

De motie van Tweedekamerlid Van Dijk c.s.³ - de aanleiding voor het Ministerie van BZK om een discussie te organiseren - vraagt niet om *uitbreiding* van het aantal gronden dat door de AWGB wordt beschermd, maar om een *herformulering*. Ook wat betreft de aanvullende vraag van het Ministerie van BZK, die ziet op artikel 1 Grondwet, gaat het niet om een uitbreiding van het aantal expliciet genoemde gronden. Weliswaar ontbreekt (hetero- of homo)seksuele gerichtheid op dit moment nog in de opsomming, maar de aanvullende vraag is ingegeven door het voorliggende initiatiefwetsvoorstel om artikel 1 van de Grondwet uit te breiden met (onder meer) genoemde grond.⁴ De vraag is dus niet of uitbreiding van het aantal gronden als zodanig een goed idee is, maar wat de eventuele consequenties zijn van een herformulering van de voorgestelde uitbreiding.⁵ De zorg is of – gegeven het gesloten systeem van de gelijkebehandelingswetgeving – de voorgestelde herformulering zou dwingen tot bescherming van (voorkeuren voor) strafbare seksuele handelingen (in het bijzonder

³ *Kamerstukken II* 2018/2019, 34 650, nr. 11 – gewijzigde motie.

⁴ *Kamerstukken II* 2009/2010, 32411, 1-3.

⁵ Dit stuk heeft daarmee een andere focus dan eerdere publicaties van Gerards en Loenen in het NTM-Bulletin, naar aanleiding van het voorstel om het aantal gronden in artikel 1 GW uit te breiden. Dat neemt niet weg dat deze artikelen ook relevant kunnen zijn voor de onderhavige discussie. Zie: Janneke Gerards, ‘Artikel 1 Grondwet – goede gronden voor wijziging?’, *NTM-Bulletin*, jrg. 41 [2016], nr. 3, p. 304- 318. Titia Loenen, ‘Wijzigen of handhaven artikel 1 Grondwet: bij twijfel niet inhalen’, *NTM-Bulletin*, jrg. 41 [2016], nr. 3, p. 319-326. Overigens concluderen beide auteurs dat uitbreiding van het aantal gronden geen goed idee is.

pedoseksualiteit, bestialiteit), of andere naar huidige maatschappelijke overtuigingen onaanvaardbaar geachte seksuele voorkeuren (zoals necrofilie).

Uitgangspunt voor deze paper is dat de AWGB tot doel heeft om mensen te beschermen tegen ongerechtvaardigd, dus irrelevant onderscheid. Dat betekent dat de algemene morele of maatschappelijke (on)aanvaardbaarheid van een seksuele voorkeur in de context van de AWGB er op zich niet toe doet. Het gaat erom of op een bepaald terrein, in concrete omstandigheden, bijvoorbeeld voor bepaalde functies, een seksuele voorkeur relevant is voor een te maken onderscheid. Het gaat er dus niet om of bijvoorbeeld pedoseksualiteit al dan niet acceptabel is, maar over de vraag op welk terrein, in welke concrete omstandigheden het afwijzen van iemand met een pedoseksuele gerichtheid relevant en aanvaardbaar is.⁶

Andere terminologische aspecten dan het vervallen van ‘hetero- en homo’ blijven buiten beschouwing, zoals de vraag of de woordkeuze voor ‘gerichtheid’ moet worden gehandhaafd of zou moeten worden vervangen door bijvoorbeeld ‘oriëntatie’ (doorgaans gebruikt door het COC in aansluiting bij de internationaal gebruikelijke terminologie), ‘voorkeur’ (bepleit in aanloop naar de aanvaarding van de AWGB)⁷ of ‘seksuele identiteit’ (bepleit door belangenorganisaties in Duitsland)⁸. We gaan ervan uit dat de huidige term ‘gerichtheid’ geen juridische knelpunten oplevert. Dat geldt te meer nu mag worden aangenomen dat ‘gerichtheid’ dezelfde betekenis heeft als ‘oriëntatie’. Die laatste term wordt internationaal gebezigd, bijvoorbeeld in art. 21(1) van het Charter of Fundamental Rights of the European Union, en in het besluit van de VN Mensenrechtenraad om een onafhankelijke expert te benoemen op het terrein van ‘*Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*’ (onderstreping toegevoegd).⁹ Ook de zogeheten Yogyakarta Principles gebruiken de term ‘sexual orientation’.¹⁰ In het licht van het ‘gesloten systeem’ van de AWGB, in navolging van verschillende EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen, is misschien nog belangrijker dat ook in EU-richtlijn 2000/78/EC *establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation* (27 November 2000) de term ‘sexual orientation’ wordt gebruikt.

⁶ Het strafrecht regelt evenmin de onaanvaardbaarheid van bepaalde seksuele voorkeuren. Het strafrecht gaat altijd over gedragingen. Daarin is er wel verschil tussen gedragingen die nooit mogen en gedragingen die door hun context of relatie onaanvaardbaar worden. Strafbare seksuele handelingen, bijvoorbeeld door een hulpverlener (m/v/x) met een cliënt (m/v/x) (art. 249(2)(3^o)) is relevant voor de beroepsuitoefening en daarmee niet ‘irrelevant’.

⁷ Zie: *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 015, 5, p. 21.

⁸ In Duitsland wordt de term ‘sexuelle Identität’ gebruikt in pleidooien voor uitbreiding van het aantal beschermingsgronden in de Grondwet: <https://www.lsvd.de/politik/artikel-3-grundgesetz.html>. Wij hebben de voorkeur voor en eventuele consequenties van deze terminologische keuze niet nader onderzocht.

⁹ Human Rights Council, A/HRC/RES/32/2, 30 June 2016.

¹⁰ *The Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, maart 2007, zie: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf (laatst bezocht 29 Mei 2019).

Buiten beschouwing laten we ook de vraag waar seksuele voorkeur ophoudt en andere met seksualiteit verbonden aspecten (bijvoorbeeld fetish) beginnen: er lijkt niet echt consensus over te bestaan, en het lijkt dus verstandig om ervan uit te gaan dat allerlei uitingen en gevoelens die met seksuele voorkeur te maken hebben binnen de bescherming van de AWGB kunnen worden gebracht (wellicht ook door voortschrijdend / veranderend inzicht). Bovendien is de AWGB bedoeld om gelijke behandeling te bevorderen, met andere woorden: ongelijke behandeling om irrelevant geachte redenen tegen te gaan.

Conform het verzoek van het Ministerie wordt eerst ingegaan op de eventuele toegevoegde waarde van de voorgestelde wijziging (§ 2). In § 3 worden de risico's van de herformulering besproken en de mogelijkheden om die risico's te ondervangen. In § 4 wordt onderzocht of de verschillen tussen de AWGB en de Grondwet qua systematiek (gesloten / open systeem) en terminologie (onderscheid / discriminatie) tot een andere conclusie zouden moeten leiden voor de Grondwet dan geldt voor de AWGB. Tenslotte wordt in § 5 aandacht gevraagd voor de preambule van de AWGB en voor de mogelijkheid van een vergelijkbare herformulering voor de discriminatieverboden in het Wetboek van Strafrecht (artt. 137c-f en 429quater in combinatie met art. 90quater WvSr).

2. Toegevoegde waarde van herformulering

De belangrijkste reden voor het voorstel tot herformulering is, volgens de indieners van de motie Van Dijk, aansluiting bij hetgeen internationaal gebruikelijk is. In een niet in stemming gebracht eerder amendement spraken de indieners bovendien de verwachting uit dat door een algemenere term ook 'bijvoorbeeld biseksuelen, a-seksuelen, lesbiennes, transgenders en interseksue personen zich beter in de wet herkennen'.¹¹

Het eerste argument, aansluiting bij internationaal gebruikelijke terminologie, lijkt terecht, maar niet van wezenlijk belang. Ook de internationale interpretatie van 'sexual orientation' lijkt zich te beperken tot homo-, hetero- en biseksualiteit. Dat spreekt bijvoorbeeld uit het feit dat de Europese Commissie geen woord vuilmaakte aan de restrictieve Nederlandse terminologie, toen zij in 2008 elf landen, waaronder Nederland, maande om over te gaan tot volledige en correcte implementatie van bovengenoemde Algemene Gelijkebehandelingsrichtlijn 2000/78. De Commissie vond – kennelijk – niet dat er sprake was van een met de richtlijn strijdige restrictie van de personele reikwijdte van de richtlijn.¹²

Overigens, ook al wordt er internationaal een restrictieve uitleg gegeven aan 'sexual orientation' (daarover is ons geen jurisprudentie bekend), dan is het nog steeds zinnig om te bezien of Nederland dezelfde beperkte uitleg wil geven aan seksuele voorkeur (met het risico van onbedoelde

¹¹ *Kamerstukken II 2018/2019*, 34 650, nr. 9.

¹² Over deze aanloop tot een infractieprocedure zie: Ashley Terlouw & Aart Hendriks, 'Gebrekkige implementatie algemene gelijkebehandelingsrichtlijn door Nederland', *NJCM-Bulletin*, jrg. 33 (2008), nr. 5, p. 616-629.

onderinclusie) of juist vanwege de herformulering een bredere bescherming beoogt. De mogelijke ongewenste inclusie van een ruimere bescherming en de manieren om dat tegen te gaan komen aan de orde in § 3.

Het tweede argument, herkenbaarheid van de beschermingsbepaling voor de hele doelgroep, lijkt van groter belang in het licht van hetgeen bekend is over ervaringen van discriminatie en marginalisering van – in het bijzonder – mensen met een biseksuele gerichtheid.¹³

In de eerste plaats gaat het om (her)kenbaarheid voor betrokkenen zelf: door de woorden hetero- of homoseksuele gerichtheid lijken slechts twee onderscheiden seksuele voorkeuren binnen de reikwijdte van de discriminatiewetgeving te vallen. Hoewel tijdens de parlementaire behandeling van de AWGB al door de minister werd aangegeven dat biseksualiteit onder deze aanduiding valt, lijkt de formulering – mede door gebruik van het woordje 'of' - toch een zekere binariteit te suggereren en een 'mono'seksuele gerichtheid. Dat vergroot de kans dat biseksuele personen zich niet herkennen in deze discriminatiegrond. In plaats van biseksualiteit te beschouwen als een soort optelsom van homo- en heteroseksuele voorkeur, lijkt een diversiteitsperspectief meer recht te doen aan de beleefde identiteit van bi's. Een ruimere, symmetrische, open term als seksuele gerichtheid biedt meer ruimte voor diversiteit. Dit is van belang om marginalisering en onzichtbaarheid van biseksuele personen tegen te gaan.¹⁴ Dit geldt ook voor lesbische vrouwen, gezien de sterke associatie van homoseksualiteit met mannen.¹⁵ Bovendien geeft een niet-restrictieve omschrijving ook anderen de mogelijkheid om zich hierin te herkennen. In het amendement wordt a-seksualiteit expliciet genoemd, maar men zou ook aan panseksualiteit kunnen denken.¹⁶

¹³ Er is sprake van toenemende belangstelling voor biseksualiteit. In Nederland verschenen twee proefschriften waarin expliciet aandacht wordt geschonken aan biseksualiteit: Jantine van Lisdonk, *'Uncomfortable encounters. Dutch same-sex oriented young people's experiences and the relation with gender nonconformity in a heteronormative tolerant society*, [diss. VU], 2017, en Emiel Maliepaard, *Bisexual Rhapsody: On the everyday sexual identity negotiations of bisexual people in Rotterdam and Amsterdam and the productions of bisexual spaces*, [diss. RU], 2018. Voor juridische literatuur, zie b.v. Nancy C. Marcus, 'The global problem of bisexual erasure in litigation and jurisprudence', *Journal of Bisexuality*, 2018, DOI: 10.1080/15299716.2017.1384423. Op sociaalwetenschappelijk terrein verscheen onder meer: 'Milena Popova, 'Inactionable/unspeakable: bisexuality in the workplace', *Journal of Bisexuality*, 2018, DOI: 10.1080/15299716.2017.1383334; Corey E. Flanders et al., 'Defining bisexuality: young bisexual and pansexual people's voices', *Journal of Bisexuality*, 2017, DOI: 10.1080/15299716.2016.1227016; Ethan H. Merish et al., 'Bisexual-specific minority stressors, psychological distress and suicidality in bisexual individuals: the mediating role of loneliness', *Prev Sci* 2017, DOI 10.1007/s11121-017-0804-2; Surya Monro et al., 'Is bisexuality invisible? A review of sexualities scholarship 1970-2015', *The Sociological Review*, 2017. Volgens cijfers van de Canadese overheid, hebben 45% van de mensen die zich identificeren als biseksueel gezondheidsproblemen tegenover 29% van de homo's en lesbiennes, en 25% van de heteroseksuelen.

¹⁴ Zie verder: J. van Lisdonk en S. Keuzenkamp, *Towards Bi-Inclusive Policies: Suggestions Based on Research on Dutch Same-Sex Attracted Young People*, die de volgende omschrijving van marginalisering hanteren: "marginalization of bisexuality occurs when people claim to be speaking about LGB people, while failing to address bisexuality or engage with specific issues that are relevant for bisexual people". *Sexuality Research and social policy*, 2016 : Journal of NSRC 14(2).

¹⁵ Loveday Hodson, 'Sexual orientation and the European Convention on Human Rights: What of the "L" in LGBT?', *Journal of Lesbian Studies*, 2019, DOI: 10.1080/10894160.2019.1598208.

¹⁶ Er zijn nog vele andere vormen van seksuele voorkeur te benoemen. Op een willekeurige site op internet (<https://www.intogirls.nl/lifestyle/lesbisch-biseksueel-panseksueel-seksuele-voorkeuren/>) komen onder meer de volgende aanduidingen voor: poly-, demi- en sapioseksueel. Pan- en polyseksuele voorkeuren overstijgen de binaire homo- en heteroseksuele voorkeuren, doordat ook andere (trans)genders seksueel aantrekkelijk worden gevonden. Demi- en sapioseksuele gerichtheid (waarin romantiek en intellectualiteit belangrijke componenten voor seksuele aantrekkings zijn), lijken minder relevant in de context van de gelijke behandelingswetgeving omdat zij niet lijken te duiden op een seksuele

Hierbij wordt aangetekend dat het hier, anders dan bij het op 12 maart 2019 aangenomen *Wetsvoorstel Verduidelijking rechtspositie transgender en intersekse personen*, niet gaat om het expliciet maken van alles dat de grond ‘seksuele gerichtheid’ zou omvatten, maar om het weghalen van een beperking. Daarmee zal herformulering eerder leiden tot *kenbaarheid* dan tot *herkenbaarheid*.

Naast (her)kenbaarheid voor betrokkenen zelf, is (her)kenbaarheid en inclusiviteit ook van belang voor degenen tot wie het discriminatieverbod zich richt. Discriminatie, marginalisering en uitsluiting kunnen ook worden veroorzaakt door onwetendheid. Anders dan heteroseksuelen moeten mensen met andere seksuele gerichtheid nog steeds ‘uit de kast komen’. Mensen met een biseksuele voorkeur lijken dat minder snel te doen dan mensen met een homoseksuele gerichtheid. Dat zou mede een verklaring kunnen zijn voor de (nog) ernstiger gevoelens van uitsluiting en marginalisering onder biseksuelen. Zolang mensen niet ‘uit de kast komen’, lopen zij een groter risico getuige te zijn van foute ‘grappen’, homo/bifobe opmerkingen enzovoorts. Meer bewustzijn bij anderen over verschillende vormen van seksuele gerichtheid en het discriminatieverbod zou kunnen bijdragen aan het tegengaan van dergelijke ongewenste vormen van buitensluiting.

Een derde argument vóór herformulering ziet op de consistentie in de bescherming van gronden: alle andere gronden worden symmetrisch benoemd, en omvatten iedereen: iedereen heeft een geslacht, een ‘ras’, een seksuele voorkeur, een politieke overtuiging etc. Door één grond expliciet beperkt op te vatten wordt tegelijkertijd de indruk gewekt dat ‘dus’ andere seksuele gerichtheden, zoals panseksualiteit en a-seksualiteit niet worden beschermd en ook geen bescherming verdienen. Er is echter geen enkele reden te bedenken waarom deze thans nog weinig bekende vormen van seksualiteit niet zouden worden beschermd.

3. Ongewenste inclusie door herformulering?¹⁷

In de parlementaire geschiedenis van de AWGB is al gesproken over een algemenere duiding van de grond, zoals seksuele voorkeur of gerichtheid. De regering achtte dat destijds niet wenselijk omdat daardoor allerlei vormen van seksualiteit binnen het bereik van de gelijkebehandelingswetgeving zouden worden gebracht, terwijl de wetgever alleen discriminatie van personen met een homoseksuele gerichtheid wilde regelen. Daaronder werd ook biseksualiteit begrepen. De regering overwoog in dat

gerichtheid, die tot nadeel hoeft te leiden. Dit laatste aspect is relevant om niet te verzanden in subonderscheidingen. In dit verband is de opmerking van Fredman interessant: "[...] rather than constructing further sub-groups, it is possible to construe existing grounds sufficiently capaciously to address the confluence of power relationships which compounds disadvantage". S. Fredman, 'Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law', Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 31.

¹⁷ De Duitse Grondwet kent geen expliciete vermelding van seksuele gerichtheid. In 1994 werd een voorstel tot opnemng van de grond in de Grondwet niet doorgevoerd, onder meer vanwege de vrees dat daardoor ook pedoseksualiteit er onder zou vallen. Latere wetsvoorstellen werden evenmin ingevoerd. Een belangrijke reden was dat het Constitutionele Hof inmiddels voldoende bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele oriëntatie had geboden, maar ook daar speelde in het debat een rol dat pedoseksualiteit onder genoemde discriminatiegrond zou kunnen vallen. Zie: N. Koffeman, *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU*, Intersentia: 2015, p. 471.

verband dat “de opvattingen over seksualiteit nog niet zodanig gewijzigd [zijn] dat alle vormen van seksuele gerichtheid of seksuele voorkeur geaccepteerd zijn” en dat “over discriminatie op grond van andere vormen van seksueel gedrag weinig bekend [is]”.¹⁸

De non-acceptatie van bepaalde vormen van seksuele gerichtheid is geen sterke reden om bescherming tegen discriminatie te onthouden. Afhankelijk van de redenen voor afwijzing van bepaalde varianten van seksualiteit, kan het gebrek aan acceptatie immers net zo goed of juist op de noodzaak tot bescherming wijzen.

De kernvraag in de discussie is wanneer het gesloten systeem zou dwingen tot *overinclusie*. Met andere woorden, wanneer de open, symmetrische, ruime bescherming tegen (directe) discriminatie op grond van seksuele gerichtheid zou dwingen tot bescherming die als ongewenst moet worden beschouwd in het licht van de rechten van anderen.¹⁹

Wij menen dat het risico van overinclusieve bescherming alleen zal kunnen ontstaan in geval van *direct* onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, gegeven het gesloten systeem van de AWGB. In alle andere gevallen zal het onthouden van bescherming aan uitingen van seksuele gerichtheid objectief gerechtvaardigd zijn, wanneer die uitingen ten koste gaan van anderen.

Om de knuppel in het hoenderhok te gooien: Zou iemand met een seksuele voorkeur voor minderjarigen (pedoseksueel) niet, *vanwege die voorkeur*, mogen worden geweigerd voor een functie in een kinderdagverblijf?

Er zijn verschillende scenario's denkbaar:

1. De sollicitant is eerder veroordeeld voor seksueel misbruik van minderjarigen. In dat geval mag worden aangenomen dat de betreffende persoon geen Verklaring Omtrent Gedrag zal kunnen overleggen. Daarom mag de sollicitant geweigerd worden voor de functie.
2. De sollicitant is open over een seksuele voorkeur voor minderjarigen (denk aan een voormalig bestuurslid van de nu verboden Stichting Martijn), maar benadrukt daar nooit uitdrukking aan te hebben gegeven of te zullen geven. Ook deze situatie is niet zonder haken en ogen, maar wij menen dat de openheid over de gerichtheid de mogelijkheid biedt om de sollicitant af te wijzen op grond van een verminderde geschiktheid voor de functie (vgl. art. 5(2) AWGB). Dat geldt uiteraard niet voor heel veel andere functies, waarbij men niet met kinderen in aanraking komt. Een vergelijking kan worden gemaakt met de benadering van godsdienstige overtuiging en de weigering om fysiek contact te hebben met iemand van 'het andere' geslacht. Daar waar fysiek contact als zodanig niet van belang is voor de inhoud van het werk of de uitoefening

¹⁸ *Kamerstukken II 1991/92, 22015, 5 (MvA), p. 21.*

¹⁹ Wij concentreren ons op direct onderscheid, omdat wij menen dat indirect onderscheid geen problemen zal opleveren vanwege de mogelijkheid om indirect onderscheid objectief te rechtvaardigen.

van de functie, mag iemand niet uitsluitend om diens handelwijze worden geweigerd. Zo zou iemand met een pedoseksuele voorkeur om die reden, ook niet mogen worden geweigerd voor een baan op de administratie van het hoofdkantoor van een keten van kinderdagverblijven. Daar staat tegenover dat de zelfrestrictie die betrokkene in acht zou moeten nemen op de werkvloer van een dagverblijf, diegene ongeschikt zal kunnen maken voor het werken met kinderen, althans minder geschikt dan andere kandidaten. Een vergelijkbare redenering kan gelden voor iemand met een necrofiele voorkeur die solliciteert naar een functie in een mortuarium, of iemand die houdt van seks met dieren en solliciteert naar een baan in de veehouderij, een kinderboerderij of een laboratorium waar dierproeven worden gedaan.

Wij hebben de volgende mogelijkheden geïdentificeerd om ongewenste overinclusie tegen te gaan (gepresenteerd in willekeurige volgorde):

- a) herformulering tot ‘consensuele’ seksuele gerichtheid.;
- b) het formuleren van een expliciete wettelijke uitzondering;
- c) een half-open systeem, vergelijkbaar met het discriminatieverbod op grond van leeftijd;
- d) overinclusie ondervangen door preciezere functieomschrijvingen, vergelijkbaar met onderscheid op grond van handicap (een blinde buschauffeur mag worden geweigerd), waar nodig aangescherpt met behulp van een Verklaring Omtrent Gedrag;
- e) geen uitzonderingen: de benadering die wordt gevolgd bij politieke of religieuze overtuiging volstaat (als hierboven in situatie 2).

Deze worden hierna besproken.

a) *Beperking tot ‘consensuele’ gerichtheid?*

Wil men heel helder maken dat pedoseksualiteit, necrofilie of bestialiteit als zodanig niet worden gelegitimeerd door de gelijkebehandelingswetgeving, dan zou het woord ‘consensuele’ kunnen worden toegevoegd aan de grond ‘seksuele gerichtheid’. Deze toevoeging zou dan uiteraard betrekking hebben op alle ‘geaccepteerde’ vormen van seksualiteit.

De toevoeging zou wel betekenen dat personen met genoemde seksuele gerichtheden juist kwetsbaarder kunnen worden voor *ongerechtvaardigd* onderscheid. Wellicht wordt hiermee juist de boodschap af gegeven dat een pedoseksueel die zijn straf heeft uitgezeten, ongelimiteerd gediscrimineerd mag worden. Dat zou strijdig zijn met de ratio van gelijke menselijke waardigheid. In dat geval ontstaat er dus juist onderinclusie. Dit lijkt dus niet de meest gewenste wijze tot het tegengaan van overinclusie. Ook wordt er in dat geval afgeweken van de internationaal gebruikte ruime term van seksuele oriëntatie, waaraan geen beperkende term is toegevoegd.

Een tweede punt van twijfel bij dit idee is dat door toevoeging van ‘consensueel’ seksuele gerichtheid toch weer wordt beperkt, doordat het suggereert dat de bescherming van seksuele gerichtheid beperkt

is tot handelen in dat kader, terwijl de huidige wet – terecht – ook beschermt tegen discriminatie uitsluitend op basis van een bepaalde gerichtheid als zodanig.

b) *Een wettelijke uitzondering?*

Een tweede mogelijkheid om overinclusie, oftewel een bescherming tegen *relevant* onderscheid tegen te gaan, is het opnemen van een wettelijke rechtvaardigingsgrond, bijvoorbeeld in een AMvB. Een dergelijke uitzondering zou bijvoorbeeld (*tentatieve formulering!*) kunnen luiden: ‘Het discriminatieverbod op grond van seksuele gerichtheid is niet van toepassing wanneer de gerichtheid zich niet verdraagt met een goede beroepsuitoefening, gegeven de aard van de activiteiten.’ Alternatief kan worden gekeken naar art. 1(e) van het Besluit Gelijke Behandeling over gevallen waarin het geslacht bepalend is: ‘[...] de bescherming tegen of bestrijding van seksueel geweld of seksuele intimidatie of de hulpverlening aan slachtoffers van seksueel geweld of seksuele intimidatie, voor zover voor een doelmatige bescherming, bestrijding of hulpverlening onderscheid op grond van geslacht nodig is’.²⁰

Zo’n uitzondering geldt uitsluitend voor zover het gaat om (een neiging tot) seksueel handelen waarmee een onevenredige inbreuk wordt gemaakt op de rechten van anderen. Op deze manier kunnen bijvoorbeeld ook notoire rokkenjagers worden afgewezen voor een functie als trainer van een meisjeselftal. Het risico van de keuze voor zo’n uitzondering is dat de uitzondering te breed wordt, waardoor mogelijk meer onzekerheid over de reikwijdte van de bescherming ontstaat, of ook dat de uitzondering de thans bestaande bescherming zal verminderen.

c) *Een half-open systeem*

De Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de arbeid (WGBL) kent een zogeheten half-open systeem: art. 7 WGBL geeft een mogelijkheid om direct onderscheid op grond van leeftijd niettemin objectief te rechtvaardigen, op enkele nader gespecificeerde maar ruim geformuleerde gronden. De risico’s genoemd onder b) lijken hierdoor toe te nemen. Ons lijkt dat dit een niet te rechtvaardigen beperking van de huidige beschermingsreikwijdte zou meebrengen.

d) *Precieze functie-omschrijvingen*

In dit scenario wordt het zwaartepunt niet gelegd bij de AWGB maar bij werkgevers, met wellicht een intensiever gebruik van de mogelijkheid om een VOG te vragen. Ons lijkt dit de meest geschikte, want meest precieze wijze van benadering, omdat op deze manier – mits uiteraard goed uitgevoerd – de geschiktheid van kandidaten en werknemers wordt geconcretiseerd, los van de persoon van de sollicitant of werknemer.

²⁰ Besluit van 18 augustus 1994, houdende nadere omschrijving van gevallen waarin het geslacht bepalend is, van gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, van gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn en van gevallen waarin de nationaliteit bepalend is (Besluit Gelijke Behandeling).

e) *Geen uitzonderingen nodig*

Hiervoor wordt verwezen naar de hetgeen hierboven werd besproken onder scenario 2.

Aanbieden van goederen en diensten

Het terrein van het aanbieden van goederen en diensten is zeer divers, waardoor het lastiger wordt om eventuele ongewenste overinclusieve bescherming tegen te gaan. Voor veel zaken lijkt met zekerheid te kunnen worden aangenomen dat zich geen onoverkomelijke problemen zullen voordoen. Kwesties als het bedrukken van handdoeken of T-shirts met door de drukker ongepast geachte teksten worden doorgaans behandeld als indirect onderscheid: het is niet de klant die wordt geweigerd maar de specifieke wens. Indirect onderscheid kan worden gerechtvaardigd.

Complexer is een casus als de volgende: mag een woningbouwvereniging weigeren aan een bekende pedoseksueel een woning in de nabijheid van een lagere school te verhuren, of aan een bekende nymfomaan een woning in de nabijheid van een rugbyveld, en van betrokkenen te verlangen dat zij langer wachten op een woning dan strikt noodzakelijk, te weten tot een woning in een geschiktere omgeving vrijkomt? Nadere doordenking van de noodzaak (of het gebrek daaraan) van een wettelijke uitzondering lijkt op zijn plaats.

4. De Grondwet

Zoals hierboven al uitvoerig aan de orde is gekomen, is het belangrijkste punt van zorg gelegen in het gesloten systeem van de gelijkebehandelingswetgeving. De Grondwet kent een dergelijk gesloten systeem niet en het aantal beschermingsgronden in artikel 1 is ook niet uitputtend opgesomd.

Het staat buiten kijf dat ieder mens recht heeft op bescherming door de wet, op gelijke behandeling wanneer daartegen geen relevante bezwaren bestaan. Vanuit dat oogpunt is het evident dat een herformulering van de voorgestelde uitbreiding tot ‘seksuele gerichtheid’ niet op juridische bezwaren stuit. Integendeel, een restrictieve formulering zou juist kunnen worden beschouwd als strijdig met het grondwettelijk en mensenrechtelijk gelijkheidsbeginsel.

Voor zover uitbreiding van de gronden in het algemeen wenselijk wordt geacht (de opsomming is immers niet limitatief en dus primair symbolisch) *moet* de grond alomvattend worden geformuleerd. Anders dan bij het achterwege laten van een expliciete vermelding (sekse, ras, seksuele gerichtheid, of – niet opgenomen – leeftijd), zal een expliciet *restrictieve* benoeming van een genoemde grond (zoals ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’) gereede aanleiding geven tot de veronderstelling dat *dus* andere vormen van seksuele gerichtheid buiten de reikwijdte van artikel 1 Grondwet vallen. Dat is, in het licht van datzelfde artikel, onaanvaardbaar.

Een bijkomend voordeel is dat een open, symmetrische term toekomstbestendiger lijkt.²¹

²¹ Zie: Janneke Gerards, ‘Artikel 1 Grondwet – goede gronden voor wijziging?’, *NTM-Bulletin*, jrg. 41 [2016], nr. 3, p. 304-318, p. 313.

5. Overig

Tenslotte nog twee opmerkingen voor de volledigheid.

Mocht inderdaad, zoals wij zouden willen bepleiten, worden overgegaan tot herformulering, dan moet ook, in verband met de consistentie van de gebruikte terminologie, de preambule van de AWGB worden gewijzigd: “...ter bevordering van de deelneming op gelijke voet aan het maatschappelijk leven bescherming te bieden tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, *hetero- of homoseksuele gerichtheid* of burgerlijke staat, dat het daarom wenselijk is behoudens wettelijke uitzonderingen onderscheid op deze gronden te verbieden en dat het in verband met de handhaving van dit verbod wenselijk is een Commissie gelijke behandeling in te stellen...”

In de tweede plaats vragen wij aandacht voor de discriminatie-artikelen in het Wetboek van Strafrecht, te weten art. 137c-f en art. 429quater. Het ligt in de lijn met de hierboven aangegeven opvatting dat ook in de strafrechtelijke discriminatiebepalingen de terminologie wordt aangepast. Gegeven het doel van deze bepalingen, te weten bescherming bieden tegen *laakbare* vormen van discriminatie, moet worden aangenomen dat ook tegen aanzetten tot haat of geweld tegen mensen vanwege andere seksuele voorkeuren strafrechtelijke bescherming moet worden geboden.