

Expert paper over de noodzaak tot vervanging van de term 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' door 'seksuele gerichtheid' in de Awgb

Pieter Cannoot, Human Rights Centre, Universiteit Gent

Inhoud

1.	De internationale consensus over het gebruik van 'seksuele geaardheid/oriëntatie/gerichtheid'.....	1
2.	De conceptuele ontoereikendheid van 'hetero- of homoseksuele gerichtheid'	4
3.	De toenemende juridische erkenning van variaties in geslachtskenmerken en non-binaire genderidentiteit(en).....	5
4.	De impact op andere wetgeving	6
4.1.	Aanpassing van het Wetboek van Strafrecht.....	6
4.2.	Het relatieve karakter van een non-discriminatiebepaling.....	6
4.3.	Aanpassing van de Grondwet.....	6
5.	Besluit	7

Deze paper werd geschreven naar aanleiding van de motie Jasper van Dijk c.s over de wenselijkheid van de voorgestelde aanpassing van de non-discriminatiegrond 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (hierna: Awgb) door de term 'seksuele gerichtheid'. In de onderstaande secties zal aangetoond worden dat dergelijke wijziging wenselijk, en conceptueel en juridisch noodzakelijk is om alle vormen van seksuele diversiteit onder de bescherming van de Awgb te brengen. Daartoe wordt in eerste instantie stilgestaan bij de internationale consensus over het gebruik van de koepelterm 'seksuele gerichtheid' vanuit mensenrechtenperspectief (sectie 1). Vervolgens wordt uiteengezet dat de voorgestelde aanpassing van de Awgb noodzakelijk is omwille van de conceptuele ontoereikendheid van de term 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' (sectie 2) en de toenemende juridische erkenning en bescherming van variaties in geslachtskenmerken en non-binaire genderidentiteiten (sectie 3). Tenslotte wordt de impact van de voorgestelde aanpassing op andere wetgeving besproken (sectie 4). De paper wordt afgesloten met een kort besluit (sectie 5).

1. De internationale consensus over het gebruik van 'seksuele geaardheid/oriëntatie/gerichtheid'

In de internationale gemeenschap bestaat consensus over het gebruik van 'sexual orientation' als verboden (koepel)grond voor differentiële behandeling. In het Nederlands zijn voor deze koepelgrond verschillende vertalingen mogelijk, zoals seksuele oriëntatie, seksuele geaardheid of seksuele gerichtheid. De hieronder (niet-exhaustieve) lijst van voorbeelden illustreert de dominantie van de term 'seksuele geaardheid'/seksuele gerichtheid' over termen als 'heteroseksuele gerichtheid' en 'homoseksuele gerichtheid' in internationale verdragen, instrumenten van internationaal *soft*law, nationale non-discriminatiewetgeving en de praktijk. Aangezien de non-discriminatiewetgeving van lidstaten van de Europese Unie grotendeels een omzetting van diverse EU-richtlijnen vormt, wordt bijzondere aandacht geschonken aan het recht van de EU.

- Artikel 21 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: "*Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden*";

- Artikel 10 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie: *“Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden streeft de Unie naar bestrijding van iedere discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of **seksuele gerichtheid**”*;
- Artikel 19 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie: *“Onverminderd de andere bepalingen van de Verdragen, kan de Raad, binnen de grenzen van de door de Verdragen aan de Unie verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, op voorstel van de Commissie en na goedkeuring door het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of **seksuele geaardheid** te bestrijden”*;
- Artikel 1 (e.a.) Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep: *“Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of **seksuele geaardheid** zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden”*;
- Resolutie 32/2 van de VN-Mensenrechtenraad van 30 juni 2016 'Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity' (mede goedgekeurd door Nederland): *“[...]2. Strongly deplores acts of violence and discrimination, in all regions of the world, committed against individuals because of their **sexual orientation** or gender identity. 3. Decides to appoint, for a period of three years, an Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity”* [...];
- Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Council of Europe Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity: *“[...] Member states are encouraged to take measures to ensure that legal provisions in national law prohibiting or preventing discrimination also protect against discrimination on multiple grounds, including **on grounds of sexual orientation** or gender identity; national human rights structures should have a broad mandate to enable them to tackle such issues”*;
- Resolution 1948 (2013) of the Council of Europe Parliamentary Assembly on tackling discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity: *“[...] The Assembly calls on member states to [...] 9.1.2. Ensure that any new legal and policy instrument they adopt in the area of equality and non-discrimination **explicitly includes sexual orientation** and gender identity. 9.1.3. Introduce, without delay, civil legislation protection against discrimination on **grounds of sexual orientation** and gender identity in all areas of life, including employment, education, health, access to goods and services, housing, access to social security and social advantages [...]*”;
- Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert in zijn rechtspraak eveneens de koepelterm 'sexual orientation/orientation sexuelle' in plaats van 'homoseksuele gerichtheid' of 'heteroseksuele gerichtheid'. Zie bv. EHRM 20 juni 2017, 67667/09, Bayev e.a. v. Rusland, §89: *“The Court has stressed that differences based solely on considerations of **sexual orientation** are unacceptable under the Convention”*. Zie ook EHRM 22 januari 2008, 43546/02, E.B. v. Frankrijk, §93; EHRM 21 december 1999, 33290/96, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, §36;
- Beginsel 2 van de Jogyakarta Beginselen¹: *“[...] States shall a) Embody the principles of equality and non-discrimination on the basis of **sexual orientation** and gender identity in their national constitutions or other appropriate legislation, if not yet incorporated therein, including by means of amendment and interpretation, and ensure the effective realisation of these principles. C) Adopt appropriate legislative and other measures to prohibit and eliminate discrimination in the public and private spheres **on the basis of sexual orientation** and gender identity [...]*”;

¹ De Jogyakarta Beginselen werden in 2006-2007 ontwikkeld door een groep vooraanstaande mensenrechtenexperts naar aanleiding van goed gedocumenteerde wereldwijde patronen van misbruik en discriminatie van LHBTIQ+ personen. De Beginselen vormen een gids die bindende en universele internationale mensenrechtenstandaarden toepassen op de specifieke situatie van LHBTIQ+ personen. Naast het promoten van een LHBTIQ+ inclusieve lezing van internationale mensenrechtennormen, bevatten de principes ook definities van 'sexual orientation', 'gender identity', 'gender expression', 'sex characteristics', die toonaangevende waarden hebben in de internationale juridische literatuur. In 2017 werden de Beginselen aangevuld met 10 bijkomende bepalingen. Sindsdien worden ze aangeduid als de 'Jogyakarta Beginselen +10'.

- De aan het Koninkrijk der Nederlanden grenzende landen (inclusief de Benelux) hanteren in hun respectievelijke non-discriminatie wetgeving eveneens begrippen inzake seksuele gerichtheid die ruimer zijn dan de termen 'homoseksuele gerichtheid' of 'heteroseksuele gerichtheid':
 - België (federaal niveau): Artikel 3 Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie: *“Deze wet heeft tot doel met betrekking tot de in artikel 5 bedoelde aangelegenheden een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, **seksuele geaardheid**, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst”*;
 - Vlaanderen: Artikel 16, §3 Decreet houdende kader voor het Vlaamse gelijkkansen- en gelijkebehandelingsbeleid: *“De beschermde kenmerken zijn geslacht, genderidentiteit, genderexpressie, leeftijd, **seksuele geaardheid**, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap, sociale positie, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming”*;
 - Duitsland: §1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: *“Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der **sexuellen Identität** zu verhindern oder zu beseitigen”*;
 - Groothertogdom Luxemburg: Artikel 1(1) Loi Egalité de traitement: *“Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, **l'orientation sexuelle**, l'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnie est interdite”*;
 - Frankrijk: Artikel 1 Loi portant diverses dispositions d'adaptions au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations: *“Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] **son orientation sexuelle**, [...] une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable”*.

Ook in de Nederlandse mensenrechtenpraktijk worden de begrippen 'homoseksualiteit' en 'heteroseksualiteit' verlaten ten gunste van meer algemene koepeltermen die verwijzen naar seksuele minderheden. Zo hanteert de Emancipatienota 2018-2021 consequent de term 'LHBTI' wanneer wordt gesproken over de kwetsbaarheid van niet-heteroseksuele, transgender en intersexe personen voor discriminatie en geweld.² In zijn brief van 12 december 2018 gericht aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal m.b.t. het wetsvoorstel ter verduidelijking van de rechtspositie van transgender personen en intersexe personen, stelde de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties dat *“het kabinet de Jogjakarta Beginselen als leidraad ziet bij het bestrijden van discriminatie op grond van **seksuele gerichtheid** en genderidentiteit. Deze beginselen zijn een vertaling van alle bestaande en juridisch geldende mensenrechten met betrekking tot LHBTI's”*.³ Belangrijker is dat het College voor de Rechten van de Mens in zijn online communicatie, maar ook in zijn oordelen waar mogelijk de voorkeur verleent aan de term 'seksuele gerichtheid'. Zo stelt het College op zijn website onder 'Discriminatie uitgelegd'⁴:

“Discriminatie is het anders behandelen, achterstellen of uitsluiten van mensen op basis van (persoonlijke) kenmerken. Deze kenmerken worden discriminatiegronden genoemd. Op deze gronden mag je niet gediscrimineerd worden:

- *Geslacht, genderidentiteit en -expressie;*
- *[...]*
- ***Seksuele gerichtheid** [...]*”.

² Kamerstukken 2017/18, 30 420, nr. 270.

³ Eerste Kamer 2018/19, 34 650, C.

⁴ Zie <<https://www.mensenrechten.nl/nl/discriminatie-uitgelegd>> (geraadpleegd op 30 april 2019).

Daarnaast stelt het College bij het mensenrechtendossier 'LHBTI':⁵

*"Ben je **lesbisch, homoseksueel, biseksueel**, transgender of ben je een interseks persoon? Dan kan het zijn dat je gediscrimineerd wordt. Want hoewel Nederlanders steeds positiever zijn over LHBTI'ers, komen pesterijen, intimidatie en kwetsend gedrag nog steeds voor. Iedereen heeft in Nederland dezelfde rechten. **Het College beschermt de rechten van mensen die met dit soort discriminerende situaties te maken krijgen.**"*

Door de toevoeging van 'biseksueel' geeft het College – terecht – aan dat de non-discriminatiegrond 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' tenminste biseksuele personen schijnbaar van bescherming tegen discriminatie uitsluit. Bovendien adviseert het College binnen hetzelfde dossier tot *"uitbreiding van artikel 1 van de Grondwet met **seksuele gerichtheid**"*.

Een korte – en louter illustratieve – zoekopdracht binnen de meest recente en thematisch relevante oordelen toont ten slotte ook aan dat het College nu al gebruik maakt van de term 'seksuele gerichtheid' als verboden grond voor differentiële behandeling. Zo werd 'seksuele gerichtheid' in oordelen 2018-117,⁶ 2017-33,⁷ en 2015-143⁸ gebruikt ter vervanging van 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' of als equivalent daarvan.

De vervanging van de grond 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' door 'seksuele gerichtheid' zou dus niet alleen ertoe leiden dat de tekst van de Awgb aansluiting vindt bij de dominante internationale praktijk en aanbevelingen, maar ook bij de huidige praktijk bij Nederlandse beleidsmakers en het College voor de Rechten van de Mens.

2. De conceptuele ontoereikendheid van 'hetero- of homoseksuele gerichtheid'

Zoals sectie 1 al impliciet aantoonde, is de huidige term 'hetero- of homoseksuele' gerichtheid naast juridisch ook conceptueel ongepast en ontoereikend. De menselijke seksuele diversiteit laat zich immers niet duwen in twee strikt afgebakende hokjes. De hierboven geciteerde Yogyakarta Beginselen +10 definiëren 'sexual orientation' of 'seksuele gerichtheid' als:

"Each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender."⁹

De Beginselen omschrijven seksuele gerichtheid dus op een zeer brede wijze. Onder het juridische concept dienen niet alleen seksueel gedrag en intieme relaties, maar ook emotionele, affectionele en seksuele aantrekking te vallen. De definitie maakt bewust abstractie van termen als 'heteroseksueel', 'homoseksueel', 'biseksueel', 'panseksueel' of 'aseksueel'.¹⁰ Hoewel deze categorieën al veel ruimer zijn dan de huidige term 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' in de Awgb, zijn ze onvoldoende inclusief van de volledige seksuele diversiteit. Onderzoek toont immers aan dat de menselijke seksualiteit zo divers is als er individuele personen zijn en fluïde kan zijn doorheen het leven.¹¹ Seksuele gerichtheid dient dus geconceptualiseerd te worden als een spectrum waarop personen vrij bewegen en niet als een strikte categorisering van vooraf externe personen bepaalde en erkende vormen van seksualiteit.

⁵ Zie <<https://www.mensenrechten.nl/nl/lhbt-i-0>> (geraadpleegd op 30 april 2019).

⁶ College voor de Rechten van de Mens 12 november 2018, nr. 2018-117, overw. 4.6.

⁷ College voor de Rechten van de Mens 20 maart 2017, nr. 2017-33, overw. 6.1-7.

⁸ College voor de Rechten van de Mens 17 december 2015, nr. 2015-143, overw. 3.1.

⁹ Zie <<http://yogyakartaprinciples.org/preamble/>> (geraadpleegd op 30 april 2019).

¹⁰ Heteroseksueel: aantrekking tot personen van het geslacht/gender tegenovergesteld aan het eigen geslacht/gender. Homoseksueel: aantrekking tot personen van hetzelfde geslacht/gender als het eigen geslacht/gender. Biseksueel: aantrekking tot zowel personen van hetzelfde als het tegenovergestelde geslacht/gender als het eigen geslacht/gender. Panseksueel: aantrekking tot persoon, onafgezien van hun geslacht/gender. Aseksueel: geen aantrekking tot andere personen.

¹¹ Zie bv. G. Rieger et al., "Sexual arousal and masculinity-femininity of women", *Journal of Personality and Social Psychology* 2016, Vol. 111(2), p. 265-283; R. Savin-Williams, *Mostly Straight. Sexual Fluidity among Men*, Cambridge, Harvard University Press, 2017.

3. De toenemende juridische erkenning van variaties in geslachtskenmerken en non-binaire genderidentiteit(en)

Een aanpassing van de huidige non-discriminatiegrond 'hetero-of homoseksuele gerichtheid' naar 'seksuele gerichtheid' is niet alleen aangewezen om variaties in seksualiteit in de beschermende werking van de Awgb op te nemen, maar zou ook aansluiten bij een andere recente evolutie in het Nederlandse anti-discriminatierecht. Door de Wet tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter nadere invulling van het verbod om ongeoorloofd onderscheid te maken op grond van geslacht werden de noties 'genderidentiteit', 'genderexpressie' en 'geslachtskenmerken' toegevoegd aan de beschermingsgronden van de Awgb, ter verduidelijking van de notie 'geslacht'. Hiermee wilden de initiatiefnemers Bergkamp, Yücel en Van Tongeren, volgens de memorie van toelichting, benadrukken dat de Awgb van toepassing is op het "volledige spectrum aan variaties van de discriminatiegrond geslacht".¹² Ze stelden verder:

"Zichtbaar jezelf kunnen zijn. Dat is het maatschappelijke ideaal dat de initiatiefnemers nastreven. Voor veel personen die niet voldoen aan het binaire man/vrouw-beeld, zoals intersekse personen en transgender personen, is dit helaas nog steeds geen dagelijkse realiteit.

Wetgeving beoogt het zorgvuldig beschrijven en reguleren van maatschappelijke fenomenen. Het indelen en onderscheiden van groepen kan hiervan een onderdeel zijn. Het is de overtuiging van de initiatiefnemers dat op het moment dat de overheid iemands psychologische of fysieke zijn niet erkent en ondersteunt, mensen zich gedwongen kunnen voelen om zich te conformeren aan de bestaande kaders indien zij maatschappelijk willen functioneren. Dat geldt ook voor de indeling van personen in de categorieën man of vrouw. Een uitgesproken organisatie van de samenleving rondom een systeem van twee elkaar uitsluitende opties vergroot de kans dat bestaande indelingen niet meer aansluiten bij veranderende maatschappelijke conventies en mensen zich niet meer per definitie identificeren met bestaande binaire categorieën die voor vele jaren gegeven waren. De groep die zich niet wil conformeren wordt niet officieel erkend en beschermd, heeft minder kans om zichzelf zichtbaar te maken of te emanciperen. Dat kan een directe inbreuk vormen op de persoonlijke en lichamelijke integriteit van mensen en onzichtbaarheid, discriminatie en marginalisering in de hand werken."

De wet heeft dus tot doel om personen met niet-binaire variaties in geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie tegen discriminatie te beschermen. Uit onderzoek blijkt immers dat noch 'seks', noch 'genderidentiteit' als strikt binaire (man/vrouw) noties kunnen opgevat worden.¹³ In dit kader rijst de vraag of termen als 'homoseksualiteit', 'heteroseksualiteit' überhaupt nog kunnen gehanteerd worden in de Awgb nu ook de strikte binariteit van seks en genderidentiteit (op impliciete wijze) in het recht doorbroken is. 'Homoseksualiteit' veronderstelt bijvoorbeeld aantrekking tussen personen van hetzelfde geslacht of gender. Maar wat betekent 'hetzelfde geslacht of gender' als men aanneemt dat alle individuele mensen op een ander punt in het seks- en genderspectrum (kunnen) staan?

Het opnemen van de (non-binaire) koepelterm 'seksuele gerichtheid' in de Awgb is dus eveneens een logisch gevolg van de aanpassing van de Awgb in functie van de erkenning van variaties in geslachtskenmerken en non-binaire genderidentiteiten en/of genderexpressies.

¹² Kamerstukken 2016/17, 34 650, nr. 3.

¹³ Zie bv. C. Richards et al., "Non-binary or genderqueer genders", *International Review of Psychiatry* 2016, Vol. 28(1), p. 95-102; N. Callens, J. Motmans, C. Longman, "Redactionele inleiding themanummer intersekse/DSD", *Tijdschrift voor Seksuologie* 2017, p. 51-54.

4. De impact op andere wetgeving

4.1. Aanpassing van het Wetboek van Strafrecht

Non-discriminatiewetgeving zoals de Awgb wordt vaak in één adem genoemd met de strafrechtelijke bescherming tegen discriminatie, *hate speech*, en aanzet tot haat. In het Nederlandse strafrecht vinden we dergelijke bepalingen terug in de artikelen 137c t.e.m. 137f en 429quater van het Wetboek van Strafrecht.

Het spreekt voor zich dat een aanpassing van de grond 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' in de Awgb naar 'seksuele gerichtheid' een vergelijkbare aanpassing met zich mee dient te brengen in het Wetboek van Strafrecht.

4.2. Het relatieve karakter van een non-discriminatiebepaling

Het recht om niet gediscrimineerd te worden is een zogenaamd relatief grondrecht. Een indirecte (en in sommige gevallen een directe) differentiële behandeling van personen op grond van een niet-toegestane grond (zoals opgesomd in de Awgb) kan m.a.w. gerechtvaardigd worden indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Deze wettelijke uitzondering op het discriminatieverbod geldt nu al ten aanzien van de grond 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' en zou dus ook op gelijkaardige wijze van toepassing zijn op de grond 'seksuele gerichtheid'.¹⁴ Voor zover het al zou voorkomen dat de term 'seksuele gerichtheid' kan geïnterpreteerd worden als bescherming biedend aan een vorm van seksualiteit die (indien gepraktiseerd) tot strafbare handelingen en/of schendingen van de rechten van anderen zou kunnen leiden, dan biedt het relatieve karakter van de non-discriminatiebepalingen in de Awgb voldoende waarborgen zodat de overheid regulerend kan optreden zonder zich daarbij te bezondigen aan discriminatie.

4.3. Aanpassing van de Grondwet

In tegenstelling tot de Awgb omvat het gelijkheidsbeginsel in artikel 1 van de Nederlandse Grondwet een open non-discriminatiesysteem. Naast de expliciet opgenomen – en bij voorbaat 'verdachte' –¹⁵ gronden 'godsdienst', 'levensovertuiging', 'politieke gezindheid', 'ras', en 'geslacht', bevat het de bepaling immers ook de verwijzing naar 'welke grond dan ook'. Gelet op deze open formulering van het principiële gelijkheidsbeginsel en verbod op discriminatie, bestaat er dan ook geen strikte juridische noodzaak om LHB+ personen onder de bescherming van de Grondwet te brengen.

Zoals m.i. echter terecht wordt aangegeven in het initiatiefvoorstel Van der Ham, Van Tongeren en Heijen 'houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot toevoeging van handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond' (heden ter verdediging overgenomen door Bergkamp, Özütok en Van der Hul) bestaat er wel een maatschappelijke en juridische wenselijkheid om artikel 1 van de Grondwet uit te breiden met 'seksuele gerichtheid'.¹⁶ In de memorie van toelichting staat te lezen:

¹⁴ Op grond van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kunnen enkel 'particularly serious reasons' in aanmerking genomen worden om een differentiële behandeling op grond van seksuele gerichtheid te rechtvaardigen. Zie EHRM 16 juli 2014, 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, §109. Het Hof heeft eveneens verduidelijkt dat discriminatie op grond van seksuele gerichtheid even zwaarwichtig is als discriminatie op grond van zogenaamd ras, afkomst of huidskleur. Zie EHRM 9 februari 2012, 1813/07, *Vejdeland e.a. v. Zweden*, §55.

¹⁵ Op grond van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dient ook 'seksuele gerichtheid' beschouwd te worden als een 'verdachte' grond voor differentiële behandeling.

¹⁶ Het oorspronkelijke wetsvoorstel hanteert de term 'hetero- of homoseksuele gerichtheid'. Gelet op het voorwerp van deze paper, wordt echter de term 'seksuele gerichtheid' voorgesteld.

“Daarnaast is de tolerantie, acceptatie en gelijke behandeling tussen hetero’s en homo’s geen vanzelfsprekendheid. Expliciete opname in de Grondwet biedt hiertoe een bijzondere waarborg. Het moedigt ook aan om middels (nieuwe) wetgeving blijvende zorg te dragen om ongelijkheid van kansen weg te nemen. Bovendien heeft expliciete opname in de Grondwet een werking voor onderling maatschappelijk verkeer en draagt het bij aan de herkenbaarheid van de Grondwet.”

De Grondwet is de identiteitskaart van de Staat en dient de nationale identiteit, nationale waarden en belangrijke constitutionele beginselen te reflecteren. De Grondwet is zo niet alleen het fundament van de rechtstaat en de samenleving, maar daarnaast heeft het document een belangrijke educatieve functie voor de burgers. Gelet op de positie in de hiërarchie der normen van de Grondwet ten aanzien van de wetgever heeft de grondwettelijke verankering van een principe of recht naast een symbolische functie ook een meer pragmatische functie. De grondwetgever mandateert – of verplicht zelfs – de wetgever om de grondwettelijke regels in concrete wetgeving te implementeren. Hoewel jarenlange studies aantonen dat LHB+ personen steeds sterker geëmancipeerd zijn in de Nederlandse samenleving, bevatte de meest recente LHBT-monitor van het Sociaal Cultureel Planbureau verschillende indicaties dat er nog meer (wetgevend) werk nodig is om de objectieve en subjectieve leefsituatie van LHB(T)+ personen te verbeteren.

Net zoals het wettelijke discriminatieverbod in de Awgb is het gelijkheidsbeginsel in artikel 1 van de Grondwet geen absoluut recht. Het opnemen van ‘seksuele gerichtheid’ in de expliciete beschermingsfeer van artikel 1 van de Grondwet zou er dus niet toe leiden dat de bepaling wordt vrijgesteld van ‘botsing’ met andere grondrechten die in de Grondwet verankerd zijn. Zoals de door de Tweede Kamer aangenomen nota ‘Grondrechten in een pluriforme samenleving’¹⁷ stelt, ontstaat het fenomeen van ‘botsende grondrechten’ doordat er geen hiërarchie tussen grondrechten bestaat. Het recht op non-discriminatie inzake seksuele gerichtheid kan dus in botsing komen met bijvoorbeeld het recht op vrije meningsuiting, het recht op godsdienstvrijheid of het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Algemeen kan gesteld worden dat relatieve rechten kunnen beperkt worden voor zover een legitiem doel daartoe aanwezig is en de aangewende middelen passend en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken. Een schijnbare tegenstrijdigheid tussen twee of meer grondrechten die bijvoorbeeld voortvloeit door overheidsregulering zal finaal door de rechter beoordeeld worden. Daarbij geldt dat op grond van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens enkel ‘particularly serious reasons’ in aanmerking kunnen genomen worden om een differentiële behandeling op grond van seksuele gerichtheid te rechtvaardigen.¹⁸ Het Hof heeft eveneens verduidelijkt dat discriminatie op grond van seksuele gerichtheid even zwaarwichtig is als discriminatie op grond van zogenaamd ras, afkomst of huidskleur.¹⁹

5. Besluit

Het is aanbevolen om de term ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ als verboden grond voor discriminatie in de Awgb te vervangen door de term ‘seksuele gerichtheid’. Zo is het de duidelijke Europese en internationale praktijk om een koepelterm als ‘sexual orientation’ te gebruiken om de volledige menselijke seksuele diversiteit onder de bescherming van het anti-discriminatierecht te brengen. Ook de Nederlandse beleidspraktijk en de communicatie en oordelen van het College voor de Rechten van de Mens tonen op impliciete wijze aan dat de huidige grond tekortschiet. Bovendien is de term ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ ontoereikend om het volledige spectrum van seksuele gerichtheid te omvatten. De term is dus conceptueel onvolledig om alle heteroseksuele en niet-heteroseksuele personen te beschermen tegen discriminatie op grond van hun seksuele gerichtheid. Daarnaast zorgt de recente conceptuele doorbreking van de geslachts- en genderbinariteit in het Nederlandse (anti-discriminatie)recht ervoor dat termen als ‘heteroseksuele gerichtheid’ en ‘homoseksuele gerichtheid’ niet langer kunnen gehanteerd worden.

De voorgestelde aanpassing aan de Awgb eveneens zal dienen te leiden tot aanpassingen aan het Wetboek van Strafrecht en artikel 1 van de Grondwet. De wettelijke verankering van het recht op non-discriminatie op grond van seksuele

¹⁷ Kamerstukken 2003/04, 29614, nr. 2.

¹⁸ Zie EHRM 16 juli 2014, 37359/09, Hämäläinen v. Finland, §109.

¹⁹ Zie EHRM 9 februari 2012, 1813/07, Vejdeland e.a. v. Zweden, §55.

gerichtheid hangt immers nauw samen met de strafrechtelijke bescherming tegen discriminatie, *hate speech* blijkt en aanzet tot haat. De aanpassing van de Awgb levert ten slotte eveneens een belangrijk argument op om meer congruentie te bereiken tussen de Awgb en het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. Dergelijke congruentie kan eenvoudig bereikt worden door 'seksuele gerichtheid' eveneens op te nemen in de lijst van expliciete en 'verdachte' discriminatiegronden in artikel 1 van de Grondwet.