

Onderwerp
Reactie wijziging Awgb en WvSr t.a.v.
seksuele gerichtheid en
genderidentiteit

Datum
30 november 2020
Ons kenmerk
2020/0146/AvD/VB/RG

Reactie van het College voor de Rechten van de Mens op de wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en het Wetboek van Strafrecht in verband met de vervanging van de term «hetero- of homoseksuele gerichtheid» door «seksuele gerichtheid» en toevoeging aan het Wetboek van Strafrecht van de discriminatiegronden genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken

Op 15 oktober 2020 heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het College voor de Rechten van de Mens (College) gevraagd om advies uit te brengen over de wijziging van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) en het Wetboek van Strafrecht (WvSr) ten aanzien van seksuele gerichtheid en genderidentiteit. Het conceptwetsvoorstel beoogt de term ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ in de AWGB en in het WvSr te vervangen door de term ‘seksuele gerichtheid’. Ook wordt voorgesteld om de bescherming van personen met een intersekse conditie en transgender personen te verbeteren door groepsbelediging op grond van genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken strafbaar te stellen.

Het College steunt de voorgestelde aanpassing van termen in de AWGB en het WvSr. De Jaarlijkse Rapportage 2019 van het College over het recht om veilig jezelf te zijn in het openbaar laat zien dat verschillende mensen, waaronder LHBTI’s, in het dagelijks leven te maken krijgen met pesterijen en beledigingen vanwege hun identiteit of uiterlijk.¹ Hierdoor gedragen veel LHBTI’s zich terughoudend op straat en lopen ze bijvoorbeeld niet hand in hand. Voor deze

¹ College voor de Rechten van de Mens, *Jaarlijkse rapportage mensenrechten in Nederland 2019. Veilig jezelf zijn in het openbaar*, Utrecht, 2020, p. 65.

groep is zichtbaar jezelf kunnen zijn in de samenleving nog steeds niet vanzelfsprekend. Met de uitbreiding van de strafbaarstelling biedt de regering (rechts)bescherming aan personen met een intersekse conditie en transgender personen tegen (het verspreiden van) beledigende uitlatingen en geeft ze vorm aan haar mensenrechtelijke verplichting, onder meer onder artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, om te zorgen dat deze personen kunnen gaan en staan waar zij willen en onbelemmerd kunnen deelnemen aan de samenleving.

Daarnaast is ‘seksuele gerichtheid’ een inclusievere norm dan het huidige ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ en maakt het duidelijk dat de bescherming van de AWGB niet is beperkt tot heteroseksualiteit en homoseksualiteit. Hoewel het College niet direct een dwingende juridische noodzaak voor deze aanpassing ziet, ondersteunt het de wenselijkheid van een meer inclusieve wettelijke norm. Wel vraagt het College aandacht voor de reikwijdte en afbakening van het begrip ‘seksuele gerichtheid’. Een en ander mede in het licht van de opmerkingen die hierover in de concepttekst van de memorie van toelichting worden gemaakt.

De term ‘seksuele gerichtheid’ verheldert reikwijdte

In zijn discussiepaper over de wijziging van de non-discriminatiegrond seksuele gerichtheid in de AWGB constateert het College dat er geen juridische noodzaak is tot aanpassing.² De huidige gelijkebehandelingswetgeving biedt al rechtsbescherming aan verschillende vormen van seksuele gerichtheid. De oordelenpraktijk van het College bevat immers talrijke voorbeelden van klachten van lesbiennes en biseksuelen die behandeld zijn onder de noemer hetero- of homoseksuele gerichtheid in de zin van de AWGB. In relatie tot asexualiteit zijn aan het College nog geen klachten voorgelegd. Voorbeelden van discriminatie op deze grond zijn ook wat moeilijker voorstelbaar. Het is echter goed mogelijk dat ook deze vorm van seksuele gerichtheid onder hetero- of homoseksuele gerichtheid zou kunnen worden geschaard, zeker nu op het College de juridische plicht rust om de begrippen uit de AWGB op een EU-recht- en verdragsrechtconforme manier te interpreteren.

Het gebrek aan een directe juridische noodzaak voor de voorgestelde aanpassing van termen in de AWGB neemt niet weg dat er goede redenen kunnen zijn om

² College voor de Rechten van de Mens, *Discussiepaper over wijziging van de non-discriminatiegrond seksuele gerichtheid in de AWGB; gezichtspunten uit het internationale gelijke behandelingsrecht en vanuit de oordelenpraktijk van het College*, 2019.

deze aanpassing desalniettemin te overwegen. Zo zorgt deze aanpassing voor aansluiting bij Europese en internationale instrumenten zoals artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, de gelijkebehandelingsrichtlijn 2000/78/EC (de zogenoemde EU-kaderrichtlijn)³ en de Jogjakarta Beginselen,⁴ die de term seksuele gerichtheid gebruiken. Daarnaast draagt de wijziging bij aan een maatschappelijk gevoelde norm van beschermwaardigheid van verschillende vormen van seksuele gerichtheid. Uit onderzoek blijkt namelijk dat niet iedereen zich als uitsluitend hetero- of homoseksueel beschouwt en zich (dus) beschermd weet door de gelijkebehandelingswetgeving.⁵ Zo herkennen niet alle biseksuele personen en lesbische vrouwen zich in de huidige discriminatiegrond ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’. De nu voorgestelde aanpassing dient echter meer dan alleen dit belang van personen die zich niet in de wetstekst herkennen. Het College is het met de Minister van BZK eens dat de term ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ een min of meer strikte inkadering van de menselijke seksuele gerichtheid suggereert, met als belangrijkste scheidslijn die tussen hetero- en homoseksualiteit. De huidige kennis van en maatschappelijke opvattingen over de menselijke seksuele gerichtheid laten zien dat een dergelijke strikte inkadering geen recht doet aan de diversiteit aan seksuele gerichtheden die er in werkelijkheid bestaat.⁶ Vanuit dat perspectief is het relevant dit ook in de tekst van de AWGB en het Wetboek van Strafrecht tot uitdrukking te laten komen. De term seksuele gerichtheid is inclusiever en maakt duidelijk dat de bescherming van beide wetten niet is beperkt tot heteroseksualiteit en homoseksualiteit.

De reikwijdte van het begrip ‘seksuele gerichtheid’ en het risico van overinclusieve bescherming door het gelijkebehandelingsrecht

Het College merkt op dat de wetgever, door te kiezen voor een open term als ‘seksuele gerichtheid’, een risico van overinclusie in het leven roept. De term ‘seksuele gerichtheid’ brengt het risico met zich mee dat vormen van seksuele gerichtheid die, indien gepraktiseerd, tot inbreuken op de rechten van anderen leiden, en/of tot strafbaar handelen, beschermd lijken door de

³ Richtlijn 2000/78/EC tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

⁴ 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

⁵ M. van den Brink en J. Tigchelaar, Van bescherming van “hetero- en homoseksuele gerichtheid” naar “seksuele gerichtheid” in de AWGB en de Grondwet, Universiteit Utrecht: 2019.

⁶ *Kamerstukken I 2020/21, 32411, D, p. 1.*

gelijkebehandelingswetgeving. Hierbij kan gedacht worden aan seksuele gerichtheid naar kinderen of dieren. Het College is in de afgelopen jaren reeds enkele keren geconfronteerd met verzoeken om een oordeel door personen die meenden dat jegens hen onderscheid was gemaakt vanwege het kenbaar maken van hun pedoseksuele gevoelens of voorkeuren.⁷

Het risico van overinclusieve bescherming zal in het bijzonder kunnen ontstaan in geval van *direct* onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, gegeven het gesloten systeem van de AWGB. Als gevolg van het zogenoemde ‘gesloten systeem’ van deze wet is direct onderscheid verboden, behalve wanneer er een specifieke wettelijke uitzondering op het verbod van toepassing is. Gegeven dit gesloten systeem zou de voorgestelde herformulering kunnen dwingen tot bescherming van (voorkeuren voor) strafbare seksuele handelingen, zoals pedoseksualiteit, indien hier geen wettelijke uitzondering voor bestaat. Een dergelijke situatie zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien het bestuur van een basisschool een persoon met pedoseksuele gerichtheid, omwille van die gerichtheid, weigert in dienst te nemen als docent; of wanneer een onderwijsinstelling deze persoon weigert toe te laten tot de opleiding pedagogisch medewerker kinderopvang.

Het College stelt vast dat in de concepttekst van de memorie van toelichting aandacht wordt besteed aan de hierboven geschetste problematiek. Het College acht dit van groot belang. In het hierboven reeds genoemde oordeel 2019-116 kon het College verwijzen naar de kenbare bedoeling van de wetgever ten aanzien van het begrip ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ bij de totstandkoming van de AWGB. Het College vindt het dan ook zeer relevant dat ook bij deze aanpassing van de AWGB-tekst - die precies op dit punt interpretatievragen zou kunnen oproepen - de bedoeling van de wetgever ten aanzien van de reikwijdte van het begrip ‘seksuele gerichtheid’ expliciet kenbaar wordt gemaakt tijdens de parlementaire behandeling.

De uitleg die in de memorie van toelichting nu wordt gegeven over de reikwijdte van het begrip omvat twee elementen die grotendeels hetzelfde beogen, namelijk dat de bescherming van de AWGB zich *niet* zal uitstrekken tot seksuele gerichtheden die (a) betrekking hebben op iets anders dan seksuele gevoelens tussen gelijkwaardige personen op basis van wilsovereenstemming en (b) slechts in praktijk kunnen worden gebracht door het verrichten van strafbare handelingen. Deze uitleg acht het College niet in strijd met enige verdrags- of

⁷ Zie College voor de Rechten van de Mens 12 november 2019, oordeel 2019-116 en College voor de Rechten van de Mens 3 juli 2018, oordeel 2018-68.

richtlijnnorm. Het College heeft ook begrip voor de opvatting van de Minister van BZK dat het de voorkeur verdient om de reikwijdte van het begrip op deze wijze te begrenzen en niet via een wettelijke uitzonderingsclausule. Het College heeft ook zelf nagedacht over mogelijke formuleringen van zo'n uitzonderingsclausule en realiseert zich, net als de minister, dat elke formulering van daarvan al snel associaties zou oproepen aan vooroordelen die in het verleden juist aan homoseksuele gerichtheid hebben gekleefd en tot uitsluiting en achterstelling hebben geleid. Om die reden acht ook het College een wettelijke uitzonderingsclausule die zou beogen om het in bepaalde gevallen of met het oog op bepaalde belangen (bijvoorbeeld de rechten en vrijheden van anderen, of de bescherming van minderjarigen) ongelijke behandeling op grond van seksuele gerichtheid toe te staan, ongewenst.

Andere wegen voor rechtsbescherming aan seksuele gerichtheden die buiten de reikwijdte van het begrip vallen?

Tegelijkertijd wordt in de memorie van toelichting - in de ogen van het College terecht - opgemerkt dat bijvoorbeeld personen met een pedoseksuele gerichtheid niet in alle situaties bescherming tegen discriminatie op deze grond zou moeten worden onthouden. Zo valt niet direct in te zien waarom onderscheid jegens iemand op grond van deze seksuele gerichtheid gerechtvaardigd zou zijn bij een andere baan of opleiding dan de hierboven genoemde, of bij het aanschaffen van goederen of diensten. Volgens de memorie van toelichting zal voor dat soort gevallen de bescherming geboden moeten worden via 'andere (rechts)wegen dan die van de gelijkebehandelingswetgeving'. Het College vraagt zich hierbij af welke rechtswegen dit dan zouden kunnen zijn en meent dat hierover meer duidelijkheid verschaft dient te worden. Voor zover het zou gaan om overheidshandelen waarbij onderscheid wordt gemaakt op deze grond, is een (rechterlijke) toets aan artikel 1 Grondwet, aan de discriminatieverboden uit het EVRM of IVBPR of aan het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur denkbaar. Voor zover er evenwel sprake zou zijn van onderscheidmakend handelen door een private actor is een dergelijke toets echter minder goed denkbaar. Juist in de horizontale verhouding tussen burgers vindt de bescherming tegen discriminatie en ongerechtvaardigd onderscheid hoofdzakelijk plaats via de gelijkebehandelingswetgeving waarin het internationale en grondwettelijke discriminatieverbod 'wordt doorvertaald' naar private actoren. Als die gelijkebehandelingswetgeving dan niet van toepassing is vanwege de beperkte reikwijdte van het begrip 'seksuele gerichtheid' die de wetgever voor ogen stond, is de vraag waaraan die bescherming dan wel ontleend zou kunnen worden en welke juridische procedure daarvoor dan zou moeten worden gevolgd.

Het College veronderstelt dat het dan zal gaan om procedures die niet het laagdrempelige karakter hebben van de procedure bij het College en vraagt zich af of de rechtsbescherming die de memorie van toelichting veronderstelt in de praktijk een haalbare kaart zal blijken te zijn.

Het College voegt hier aan toe dat tevens denkbaar is dat pedoseksuele gerichtheid in een verzoek om een oordeel op grond van de gelijkebehandelingswetten door betrokkene wordt neergezet als een psychische stoornis, waardoor de verzoeker bescherming zou kunnen ontleen aan de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). In oordeel 2018-68 was dit aan de orde. Het lijkt het College zinvol indien in het wetgevingsproces van de nu voorgestelde aanpassing van de AWGB ook wordt stilgestaan bij (de wenselijkheid van) deze route voor gelijkebehandelingsbescherming aan personen met een seksuele gerichtheid die buiten de reikwijdte van dit wettelijke begrip valt.

Mocht u naar aanleiding van deze brief nog vragen hebben, dan kunt u contact opnemen met [redacted] beleidsadviseur, via [redacted] of telefoonnummer [redacted]

Met vriendelijke groet,

[redacted]

Voorzitter