

Na uitbreidende definities van ‘geslacht’ nu beperkende definities van ‘seksuele gerichtheid’ in de wet opnemen?

Kees Waaldijk

1 LHBTOI IN DE ANTI-DISCRIMINATIEWETGEVING: TOI EXPLICIETER EN LHB GENERIEKER

Discriminatie op grond van *geslacht* is verboden. Dat staat sinds 1983 expliciet in artikel 1 van de Grondwet, sinds 1992 in het Wetboek van Strafrecht, sinds 1994 in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), en stond daarvoor al in diverse andere wetten.

Discriminatie op grond van *seksuele gerichtheid* is ook expliciet verboden: sinds 1992 in het Wetboek van Strafrecht, sinds 1994 in de AWGB, en sinds 2023 in artikel 1 van de Grondwet (sinds 1983 viel seksuele gerichtheid al onder de woorden ‘op welke grond dan ook’ in dat artikel). De Grondwet spreekt nu van ‘seksuele gerichtheid’, maar AWGB en het Wetboek van Strafrecht spreken (nog) van ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’.

Discriminatie op grond van *genderidentiteit* of *genderexpressie* wordt al geruime tijd impliciet gezien als een verboden vorm van discriminatie op grond van geslacht, evenals meer recent ook discriminatie van *interseks* personen. Een en ander is per 1 november 2019 met zoveel woorden vastgelegd in artikel 1, tweede lid, van de AWGB: ‘Onder onderscheid op grond van geslacht wordt *mede* verstaan onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.’ Gezien het door mij gecursiveerde woordje ‘mede’, wordt dit kennelijk gezien als een *uitbreidende definitie*, zoals ook het geval is in artikel 1, derde lid, van de AWGB: ‘Onder direct onderscheid op grond van geslacht wordt *mede* verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap.’

In maart 2024 heeft de regering een wetsvoorstel ingediend,¹ dat onder meer voorstelt om zowel in de AWGB als in het Wetboek van Strafrecht ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ te vervangen door ‘seksuele gerichtheid’ (conform Grondwet en internationaal gebruik, en vooral om biseksuele, pan-

1 *Kamerstukken II 2023/24, 36 510, nr. 2.*

seksuele en lesbische gerichtheid niet schijnbaar uit te sluiten), en om in beide wetten een definitie van ‘seksuele gerichtheid’ op te nemen. Het wetsvoorstel stelt bovendien voor om ook in het Wetboek van Strafrecht discriminatie wegens geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie expliciet als discriminatie wegens geslacht te benoemen, en in verband daarmee om de grond ‘geslacht’ in te voegen in artikel 137c van dat wetboek (waarin groepsbelediging tot nu toe al verboden wordt wanneer dit gebeurt wegens ras, godsdienst of levensovertuiging, gerichtheid of handicap).

Titia Loenen heeft decennia lang in onderzoek en onderwijs aandacht gevraagd voor samenhang, samenloop, overlap en intersectie tussen verschillende discriminatiegronden, zoals tussen de gronden geslacht en gerichtheid. Daarom lijkt mij dit een goede plek om een paar opmerkingen te maken over de bestaande en voorgestelde definities van geslacht, en om de voorgestelde definitie van seksuele gerichtheid kritisch te bezien. Met een historisch uitstapje.

2 GESLACHT ALS KENMERKEN, IDENTITEIT EN EXPRESSIE

Samen geven de twee deeldefinities van geslacht in artikel 1 van de AWGB vrij duidelijk aan dat het woord *geslacht* in de AWGB gebruikt wordt in een ruime betekenis die grotendeels overeenkomt met die van het bredere begrip *gender*. Althans dat zou de conclusie kunnen zijn van een scriptie die geschreven zou kunnen worden over de samenhang en overlap van de twee deeldefinities. Zwangerschap en het zwanger kunnen worden, bijvoorbeeld, hebben immers veel te maken met geslachtskenmerken, maar ongetwijfeld ook met maatschappelijke of persoonlijke verwachtingen over hoe mensen hun gender kunnen of zouden moeten uitdrukken. En als iemand wegens moederschap wordt gediscrimineerd, zullen er vaak allerlei op vooroordelen of generalisaties gebaseerde aannames over genderidentiteit en geslachtskenmerken aan de ongelijke behandeling ten grondslag liggen.

De begrippen genderidentiteit, genderexpressie, en geslachtskenmerken zijn in het tweede lid terechtgekomen door de inwerkingtreding van de *Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen*,² maar zijn eveneens van belang voor anderen dan de in die citeertitel genoemde personen. Ook cisgender vrouwen, bijvoorbeeld, worden volop gediscrimineerd op grond van aannames over hun geslachtskenmerken of ‘vrouwelijke’ identiteit, en ook op grond van expressies die volgens anderen juist wel of niet passen bij hun gender of juridisch geslacht. Best veel vrouwen en mannen – en vermoedelijk geldt dit nog sterker voor sommige lesbische vrouwen en sommige homomannen – kiezen er voor om incidenteel of structureel zich

2 *Stb.* 2019/302.

wat meer of wat minder vrouwelijk, of juist wat meer of wat minder mannelijk, te kleden, uit te drukken of te gedragen. In allerlei omstandigheden kunnen dergelijke genderconforme en vooral gendernonconforme expressies tot discriminatie leiden. Kortom, de sinds 2019 in de wet genoemde gronden (geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie) zijn ook van belang voor cisgender heterovrouwen, lesbische vrouwen, homomannen, enzovoort, en dus ter bescherming van iedereen tegen genderdiscriminatie.

Zo geredeneerd, geven de twee deeldefinities van geslacht in artikel 1 AWGB samen bijna een volledige (in plaats van uitbreidende) definitie van geslacht/gender. Weliswaar worden geslachtsrollen niet genoemd en geslacht zoals vermeld in de burgerlijke stand evenmin, maar je kunt redeneren dat die begrippen al gedekt worden door 'geslachtkenmerken' en 'genderidentiteit'. Juridisch geslacht is naar Nederlands recht immers voor iedereen gebaseerd op geslachtskenmerken en/of genderidentiteit, en ook geslachtsrollen worden vrijwel altijd geconstrueerd op basis van die kenmerken en/of identiteit.

Het tweede en derde lid van artikel 1 AWGB definiëren strikt genomen niet 'geslacht', maar 'onderscheid op grond van geslacht'. In de AWGB heeft dat het vreemde resultaat dat het woord geslacht zoals het voorkomt in bijvoorbeeld artikel 2, tweede lid, onder a (uitzondering voor 'gevallen waarin het geslacht bepalend is') eigenlijk nergens gedefinieerd is. Toch ligt het alleszins voor de hand om ook daar (en dus ook in het Besluit gelijke behandeling) geslachtskenmerken, genderidentiteit, genderexpressie, zwangerschap, bevalling en moederschap mede begrepen te achten onder het woord 'geslacht'. De implicaties daarvan verdienen een nadere analyse, die ik hier niet zal maken. Kernvraag lijkt mij in welke contexten welke (combinatie) van de genoemde aspecten van geslacht nu echt 'bepalend' genoemd kunnen worden.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij de definitie die wetsvoorstel 36510 wil toevoegen aan artikel 90quater van het Wetboek van Strafrecht (als nieuw tweede lid):

'Onder discriminatie of discrimineren op grond van geslacht wordt mede verstaan discriminatie of discrimineren op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.'

Deze definitie levert geen problemen op voor toepassing van de artikelen 137f en 429quater van het wetboek, omdat daar alles draait om deelname of steun aan 'discriminatie van mensen wegens hun [...] geslacht', respectievelijk om iemand 'die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen discrimineert wegens hun [...] geslacht'. Iets moeilijker wordt het al in de artikelen 137d en 137e, die beide spreken over aanzetten 'tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun [...] geslacht'; hier lijkt, wat betreft het aanzetten tot haat of geweld, het woord 'geslacht' niet expliciet mede te slaan op geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie. Nog sterker (en vreemder) is dit het

geval waar de artikelen 137c en 137d spreken over uitlatingen die ‘beledigend’ zijn voor een groep mensen wegens onder meer ‘hun ras’ – en waar wetsvoorstel 36510 nu juist de woorden ‘hun geslacht’ aan wil toevoegen. Doordat het Wetboek daar niet spreekt van discriminatie of discrimineren, bereikt de voorgestelde definitie van ‘discriminatie of discrimineren op grond van geslacht’ deze bepalingen over beledigende uitlatingen niet.

Daarom zou de voorgestelde definitie in artikel 90quater beter kunnen luiden: *Onder geslacht worden in de artikelen 137c, 137d, 137e, 137f en 429quater mede verstaan geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.*

3 HISTORISCH INTERMEZZO

Als historicus en jurist zal Titia Loenen zich nog de eerste voorgestelde wettelijke (uitbreidende) definitie van geslacht herinneren. In 1977 had de Emancipatiecommissie (voorloper van de latere Emancipatieraad) voorgesteld om in een Wet tegen seksediscriminatie de volgende bepaling op te nemen:

‘Onder het maken van onderscheid naar geslacht wordt mede verstaan: het maken van onderscheid op grond van aan het geslacht van de betrokkene(n) toegeschreven eigenschappen of kenmerken, dan wel op grond van gedragingen of uitingen in strijd met zulke eigenschappen of kenmerken.’³

De Emancipatiecommissie dacht bij dat laatste vooral aan ‘persoonlijkheidskenmerken zoals kleding, haardracht en uiterlijk’⁴ (dus aan wat de AWGB tegenwoordig genderexpressie noemt), en voegde daaraan toe:

‘De Emancipatiecommissie is na uitvoerige discussie tot de konklusie gekomen dat [de voorgestelde definitie] mede omvat de diskriminatie op grond van seksuele of relationele voorkeur. Zij heeft [mede daarom] afgezien van haar aanvankelijke voornemen, deze diskriminatievorm expliciet te noemen [...]’⁵

Of de commissie toen ook al had gediscussieerd over intersekse of genderidentiteit (of althans over wat toen veelal ‘transseksualiteit’ werd genoemd), wordt niet vermeld, maar de voorgestelde definitie lijkt zich ook over die begrippen uit te strekken. Dit blijkt ook uit het feit dat de Emancipatiecommissie de definitie voorstelde omdat ‘het er in de kern om gaat diskriminatie te bestrijden van de man of vrouw die zich buiten de hem of haar voorgeschreven sekserol beweegt’.⁶

3 Emancipatiecommissie, *Advies over de wenselijkheid van een Wet tegen seksediscriminatie*, 1977, p. 38.

4 Idem, p. 39.

5 Idem, p. 39.

6 Idem, p. 10.

Als men die woorden eenmaal met instemming gelezen heeft (zoals Titia Loenen misschien, net als ik, als rechtenstudent deed), is het lastig om gender-expressie en homoseksuele gerichtheid *niet* meer als vorm van seksediscriminatie te zien. En aanvankelijk had die definitie ook zeker politiek effect, blijkens de aanneming door de Tweede Kamer in 1978 van de motie Haas-Berger (met daarin belangrijke komma's): de regering werd verzocht '... een ontwerp van wet in te dienen dat zich richt tegen alle vormen van discriminatie op grond van geslacht, daarbij inbegrepen discriminatie op grond van homofilie, en huwelijkse staat'.⁷ Die wet zou er uiteindelijk in 1994 komen, zij het als een brede AWGB, waarin homodiscriminatie niet als vorm van seksediscriminatie wordt gepresenteerd. In datzelfde jaar heeft het VN-Mensenrechtencomité zich juist wél op het standpunt gesteld dat de discriminatiegrond 'sex' gelezen moet worden 'as including sexual orientation',⁸ net als recentelijk de hoogste rechters van verschillende landen.⁹ Het Hof van Justitie van de EU heeft ten aanzien van seksuele gerichtheid anders beslist in 1998,¹⁰ en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich daar in 2003 min of meer bij aangesloten.¹¹ Inmiddels wordt in het antidiscriminatierecht algemeen erkend dat mensen niet benadeeld mogen worden wegens het geslacht van hun partner(s).

Twee van de drie mensen die de definitie van de Emancipatiecommissie destijds bedacht hadden, hebben onlangs opnieuw gepubliceerd over de lange en onvoltooide Nederlandse geschiedenis van het wettelijk verbieden van discriminatie wegens seksuele gerichtheid, en met name ook over de totstandkoming van die definitie, met veel interessante details die hier wegens ruimtegebrek helaas niet vermeld kunnen worden.¹² Als de definitie uit 1977 (met wat kleine verhelderingen) deel was gaan uitmaken van de AWGB, dan had het nu niet nodig geleken om seksuele gerichtheid te definiëren – en was dat ook niet zo moeilijk geweest, zoals hieronder zal blijken.

7 *Kamerstukken II 1978/79*, 14 496, nr. 22.

8 VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1994, 488/1992 (*Toonen/Australia*), par. 8.7.

9 Zie bijv.: High Court of Botswana 11 juni 2019 (*Letsweletse Motshidiemang/Attorney General*); en US Supreme Court 15 juni 2020, *Bostock/Clayton County*, 590 U.S. 644.

10 HvJ EG 17 februari 1998, C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63 (*Grant/South West Trains*). Eerder had het Hof wel geslachtsverandering (en daarmee vermoedelijk ook genderidentiteit) tot de discriminatiegrond geslacht gerekend: HvJ EG 30 April 1996, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170 (*P/S & Cornwall County Council*).

11 EHRM 24 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0724JUD004001698 (*Karner/Austria*), par. 33: 'if it had not been for his sex, or rather, sexual orientation, he could have been accepted as a life companion'.

12 J. Swiebel, *Homopolitiek in Nederland (1966-2023) De symbolische kracht van wetgeving* (diss. UvA), Amsterdam: AUP 2024, p. 63-89 en J. de Wildt, *Bijdrage aan de internetconsultatie betreffende het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en het Wetboek van Strafrecht ten aanzien van seksuele gerichtheid en genderidentiteit*, 2020, zie: <https://www.internetconsultatie.nl/AWGBseksuelegerichtheid/reacties>.

4 SEKSUELE GERICHTHEID OP BASIS VAN CONSENSUS EN GELIJKWAARDIGHEID – EN ONGEACHT GESLACHT?

Het begrip ‘seksuele gerichtheid’ is als overkoepelende term voortgekomen uit de begrippen ‘homoseksuele gerichtheid’ en ‘heteroseksuele gerichtheid’, en die zijn weer voortgekomen uit het verouderde begrip ‘homoseksuele geaardheid’ en het in de negentiende eeuw gemunte begrip ‘homoseksualiteit’. In de oudere begrippen is direct duidelijk dat het woorddeel ‘seksuele’ een dubbelfunctie heeft: het zegt zowel iets over de *seks/gender* van de betrokkenen (die immers van hetzelfde geslacht en/of van verschillende geslachten kunnen zijn) als over de *seks/intimiteit* die ze (willen) hebben (veelal zal het gaan om meer, of om andere vormen van intimiteit dan seks). Ook in het begrip ‘seksuele gerichtheid’ worden vrijwel altijd beide elementen (seks/gender en seks/intimiteit) gehoord en gelezen. Daarom is het elders in Europa ongebruikelijk om bij de wettelijke discriminatiegrond *sexual orientation* aan iets anders te denken dan aan heteroseksuele, homoseksuele (inclusief lesbische) en biseksuele (of panseksuele) gerichtheden.¹³ De anti-discriminatiewetgeving van de meeste Europese landen, en ook van de EU, gebruikt *sexual orientation* zonder definitie, omdat iedereen toch wel begrijpt dat daaronder alleen hetero-, homo- en biseksuele oriëntaties worden begrepen. In een minderheid van Europese landen spreekt de wet in termen van hetero/homo/bi, dan wel in termen van verschillend geslacht, hetzelfde geslacht, en beide geslachten.¹⁴

Mensen kunnen naast één van de genoemde seksuele gerichtheden uiteraard ook andere (niet verboden) seksuele, intieme of relationele voorkeuren hebben, maar die voorkeuren hebben geen betrekking op de seks/gender van de partners, en vallen daarom eigenlijk niet onder het begrip seksuele gerichtheid. Ook diverse strafbare vormen van seksualiteit – de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 36510 noemt als voorbeelden pedoseksualiteit en seks met dieren of overleden personen¹⁵ – *staan los van seks/gender* en zouden daarom niet aangeduid moeten worden als ‘seksuele gerichtheden’. Temeer niet, omdat het begrip gerichtheid of oriëntatie een zekere wederkerigheid en betekenisvolle interactie impliceert.¹⁶

Dus in principe is ook in Nederland geen definitie nodig voor de discriminatiegrond ‘seksuele gerichtheid’, die sinds 2023 in artikel 1 van de Grondwet

13 C. Waaldijk & M. Bonini Baraldi, *Sexual orientation discrimination in the European Union: National laws and the Employment Equality Directive*, The Hague: Asser Press 2006, p. 94-98. Een snelle emailraadpleging van de meeste leden van de European Commission on Sexual Orientation Law (www.sexualorientationlaw.eu) bevestigde dit beeld in mei 2024.

14 Idem.

15 *Kamerstukken II 2023/24*, 36 510, nr. 3.

16 Zoals ik in mijn oratie heb betoogd: C. Waaldijk, ‘The Right to Relate: A Lecture on the Importance of “Orientation” in Comparative Sexual Orientation Law’, 24 *Duke Journal of Comparative & International Law* 2013, p. 163.

staat en die door wetsvoorstel 36510 voorgesteld wordt voor de AWGB en het Wetboek van Strafrecht.

Echter, tijdens het uitgebreide voorbereidingstraject van het aanhangige wetsvoorstel hebben de regering en diverse personen en instanties de vraag opgeworpen of een ongedefinieerd begrip ‘seksuele gerichtheid’ geen bescherming zou bieden aan wat de memorie van toelichting noemt: ‘seksuele gerichtheden die, als daaraan in de praktijk uitvoering wordt gegeven, op grond van de huidige wetgeving strafbaar zijn’. Door die vraag zo te stellen wordt het misverstand over het begrip ‘seksuele gerichtheid’ alleen maar vergroot. En dit misverstand wordt nog erger doordat de regering op het laatste moment ook daadwerkelijk een gedeeltelijke definitie in het wetsvoorstel heeft opgenomen – en door de ongelukkige en onjuiste formulering van die definitie.

Volgens dat voorstel zou artikel 1 van de AWGB een nieuw vierde lid krijgen, en het Wetboek van Strafrecht een nieuw artikel 90decies, beide met de volgende tekst (die dus nog ontbrak in de versie waar de internetconsultatie betrekking op had, en die ook nog niet voorkwam in het wetsontwerp waarover de Raad van State geadviseerd heeft):¹⁷

‘Onder seksuele gerichtheid wordt verstaan seksuele gerichtheid – op basis van consensus en gelijkwaardigheid – op personen ongeacht het geslacht van die personen.’¹⁸

In de eerste plaats valt op dat seksuele gerichtheid hier primair wordt omschreven als ‘seksuele gerichtheid’. Het gaat dus om een gedeeltelijke, beperkende definitie. Wat onder ‘seksuele’ of ‘gerichtheid’ wordt verstaan, wordt niet verhelderd. Dat is ook ingewikkeld. In parlementaire geschiedenis en (ook Europese) jurisprudentie is het duidelijk dat het niet alleen om voorkeur of aantrekking gaat (laat staan alleen om identiteit), maar ook om gedragingen, uitingen en relaties. Met andere woorden, seksuele gerichtheid is niet alleen een kenmerk van personen, maar ook van seksuele/intieme/affectieve uitingen, gedragingen en relaties *tussen* personen. Ik denk dat het wijs is om die uitgebreide betekenis van ‘seksuele gerichtheid’ hier niet helemaal in woorden te willen vastleggen.

Ongelukkig blijft dan echter wel dat het gebruik van het woord ‘seksuele’ in het tweede deel van de definitie de indruk zou kunnen wekken dat *niet-seksuele* intieme gedragingen en relaties tussen mensen van gelijk en/of verschillend geslacht niet beschermd zouden zijn – en asexuele mensen en voorkeuren al helemaal niet. Correkter zou zijn om in het tweede deel van

17 Zie <https://www.internetconsultatie.nl/awgbseksuelegerichtheid>, respectievelijk *Kamerstukken II 2023/24*, 36 510, nr. 4.

18 *Kamerstukken II 2023/24*, 36 510, nr. 2. Overigens zou het logischer en helderder zijn om, in plaats van een nieuw artikel 90decies in het Wetboek van Strafrecht te introduceren, een nieuw lid toe te voegen aan artikel 90quater (dat discriminatie definieert).

de definitie te spreken van ‘seksuele en/of affectieve gerichtheid’ of kortweg van ‘intieme gerichtheid’ (als overkoepelend begrip voor seksuele en/of affectieve gerichtheid).¹⁹

Een tweede probleem is dat seksuele gerichtheid in deze definitie op twee manieren beperkt wordt, namelijk door de zinsnede ‘op basis van consensus en gelijkwaardigheid’ én door de zinsnede ‘op personen ongeacht het geslacht van die personen.’ Als de bedoeling van deze beperkende definitie is om strafbare gedragingen buiten de bescherming van het verbod van onderscheid/discriminatie te brengen, dan is de eerste beperking al voldoende, en zou een verbeterde versie van de tweede beperking ook voldoende kunnen zijn en de eerste dus overbodig maken. Om (voorkeuren voor) seksuele praktijken als pedoseksualiteit en seks met dieren of overledenen van het begrip uit te sluiten, zou het al voldoende zijn om kortweg te bepalen: *Onder seksuele gerichtheid wordt verstaan seksuele en/of affectieve gerichtheid op basis van consensus en gelijkwaardigheid.*

Het woord ‘consensus’ is echter ongelukkig gekozen, want bedoeld is wat in het Engels niet *consensus* maar *consent* heet, en wat in het Nederlands aangeduid kan worden met ‘wederzijdse instemming’. In de context van seks en gender zou het woord consensus ook gedachten aan maatschappelijke consensus kunnen oproepen, en dat kan juist funest zijn voor de bescherming van minderheden. Bovendien gaat (als het goed is) de gelijkwaardigheid aan de instemming vooraf. En het beperkende karakter van de definitie kan duidelijker gemaakt worden door invoeging van het woordje ‘alleen’, waardoor het ook minder nodig wordt om bijvoorbeeld ‘en/of affectieve’ toe te voegen. Dus dan zou het worden: *Onder seksuele gerichtheid wordt alleen verstaan seksuele gerichtheid op basis van gelijkwaardigheid en wederzijdse instemming.*

Toch blijft dan het bezwaar bestaan dat de wetgever ten onrechte zou impliceren dat er ook seksuele gerichtheden zouden bestaan die *niet* op gelijkwaardigheid en wederzijdse instemming zijn gebaseerd. Zoals ik hierboven al aangaf, gaat het in die gevallen niet om ‘seksuele gerichtheid’. Iets juister (met excuses voor de dubbele ontkenning) lijkt mij daarom de volgende negatieve definitie: *Onder seksuele gerichtheid worden niet mede verstaan seksuele gedragingen en voorkeuren die niet op gelijkwaardigheid en wederzijdse instemming zijn gebaseerd.*

Of korter en preciezer (maar nog stigmatiserender, waarover hieronder meer): *Onder seksuele gerichtheid worden niet mede verstaan seksuele gedragingen die strafbaar zijn.*

Ook de tweede clausulering in de formulering van de door demissionair minister De Jonge voorgestelde definitie (gerichtheid op personen ongeacht het geslacht van die personen) is zowel overbodig als fundamenteel onjuist. Voor

19 Het woord ‘intiem’ komt al voor in de huidige wetgeving; zie art. 5 lid 2 Rijkswet administratieve bijstand douane (het woord stond vroeger ook in andere privacybepalingen).

de meeste mensen is hun homo- of heteroseksuele gerichtheid immers *niet ongeacht* het geslacht van die ander(en), maar juist *mede gebaseerd/gericht op* het geslacht van die ander(en) (en vermoedelijk geldt dit ook voor sommige bi- en panseksuelen). Wat het wetsvoorstel geheel over het hoofd ziet, is dat discriminatie van mensen op grond van seksuele gerichtheid *nooit ongeacht geslacht* is, maar altijd juist plaatsvindt vanwege het geslacht (of de geslachten) van hun gedroomde of feitelijke partner(s). Juist dat geslacht van die partner(s) is wat maatschappelijk nog vaak zó controversieel is dat het leidt tot discriminatie.

Als je seksuele gerichtheid toch wettelijk wil definiëren in termen van het geslacht of de geslachten van degenen op en tussen wie de gerichtheid gericht is, dan valt te denken aan de volgende formulering, die bovendien rekening houdt met het bestaan (zowel juridisch, als wat betreft identiteit, expressie, en geslachtskenmerken) van meer dan twee geslachten: *Onder seksuele gerichtheid wordt verstaan intieme gerichtheid op personen van hetzelfde geslacht, van een ander geslacht of van meer dan één geslacht.*

Dat is dan nog steeds geen volledige of ideale definitie, want onvermeld blijft dan dat seksuele gerichtheid een kenmerk kan zijn van uitingen, gedragingen, relaties, gevoelens, voorkeuren, identiteiten en mensen. Bij elkaar zou dat echter moeilijk leesbaar worden.

Ten slotte is er nog een ander fundamenteel bezwaar tegen de demissionair voorgestelde definitie, namelijk het feit dat *alléén voor de discriminatiegrond 'seksuele gerichtheid'* een beperkende definitie zou worden ingevoerd. Dit zou stigmatiserend kunnen werken voor de LHB-groep die met deze discriminatiegrond juist beschermd moet worden. Waarom zou ten aanzien van onderscheid/discriminatie wegens seksuele gerichtheid wél duidelijk gemaakt moeten worden dat het verbod van onderscheid of discriminatie niet geldt indien iemands gerichtheid mede bestaat uit, of zou kunnen leiden tot, strafbare feiten of inbreuken op rechten van anderen, terwijl dergelijke uitzonderingen niet bestaan voor *andere discriminatiegronden die gedragsaspecten in zich dragen*, zoals godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid? Ook het uitdragen of in de praktijk brengen van bijvoorbeeld bepaalde godsdienstige opvattingen kan strafbare feiten opleveren: denk aan genitale mutilatie, aan partnergeweld, aan zogenaamde conversietherapie (het veelal op religieuze gronden proberen te 'genezen' van iemands transgenderidentiteit of homoseksuele gerichtheid, wat een strafbare vorm van discriminatie kan zijn²⁰), enzovoort.

20 Zie daarover het advies van de Raad van State over het Wetsvoorstel strafbaarstelling conversiehandelingen, *Kamerstukken II 2023/24*, 36 178, nr. 4, p. 6-7 (met verwijzingen naar diverse internationale instanties die conversiehandelingen als een vorm van verboden discriminatie zien).

Dus als er al een uitzonderingsbepaling met het oog op strafbare feiten en rechten van anderen zou moeten komen, dan zou die in principe moeten gelden voor (vrijwel) alle discriminatiegronden – juist ook om stigmatisering inzake seksuele gerichtheid te voorkomen. Dan kan men bijvoorbeeld (mede gebaseerd op artikel 2, vijfde lid, van de Kaderrichtlijn 2000/78/EG over gelijke behandeling in arbeid en beroep) denken aan: *Het verbod van onderscheid geldt niet indien dat onderscheid noodzakelijk is ter voorkoming van strafbare feiten en ter bescherming van de fundamentele rechten van anderen.*

Of korter en strikter, en gemakkelijker herkenbaar als vanzelfsprekend: *Onder de [in dit artikel] genoemde discriminatiegronden worden niet mede verstaan gedragingen die strafbaar zijn.*

Zelfs een dergelijke bepaling is echter *niet nodig*. Er is immers geen enkele goede reden om aan te nemen dat de bepalingen van de AWGB of de antidiscriminatiebepalingen van het Wetboek van Strafrecht altijd voorrang moeten krijgen op de specifieke strafbepalingen over zedendelicten. We kunnen de *Algemene* wet gelijke behandeling of de brede strafbaarstelling van discriminatie in artikel 429quater immers niet als *lex specialis* beschouwen ten opzichte van die specifieke bepalingen.

Bovendien staat in artikel 90quater al dat onderscheid (of uitsluiting, beperking of voorkeur) alleen als ‘discriminatie’ geldt indien dat onderscheid (enz.) ten doel of tot gevolg heeft dat mensenrechten worden ‘teniet gedaan of aangetast.’ En wanneer een onverkorte toepassing van de AWGB of van de strafrechtelijke antidiscriminatiebepalingen in strijd zou lijken met de Grondwet of met mensenrechtenverdragen, dan kan de desbetreffende bepaling grondwetsconform of verdragsconform worden uitgelegd.²¹ Rechters zijn wijs genoeg om geen absurde uitleg te geven aan de diverse discriminatiegronden. Daar zijn geen beperkende wettelijke definities voor nodig.

5 CONCLUSIE

De door de regering begin 2024 demissionair voorgestelde uitbreidende definitie van (onderscheid op grond van) *geslacht*, moet niet ongewijzigd in het Wetboek van Strafrecht terechtkomen. Hierboven heb ik een nauwkeuriger formulering voorgesteld.

Aan de in hetzelfde wetsvoorstel opgenomen beperkende definitie van *seksuele gerichtheid* (voor AWGB en Wetboek van Strafrecht) kleven nog meer

21 Aldus het College voor de Rechten van de Mens in zijn *Discussiepaper over wijziging van de non-discriminatiegrond seksuele gerichtheid in de AWGB*, bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 34 650, nr. 13 (waar ook de interessante papers van Pieter Cannoot en van Marjolein van den Brink & Jet Tigchelaar te vinden zijn over vervanging van ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ door ‘seksuele gerichtheid’).

bezwaren.²² De voorgestelde definitie is fundamenteel onjuist. Ik heb hierboven een aantal iets betere maar nog steeds problematische alternatieven proberen te formuleren. Mijn conclusie is echter dat het om verschillende redenen onjuist zou zijn, en ook niet nodig is, om seksuele gerichtheid van een wettelijke definitie te voorzien.

Over een en ander zal goed nagedacht moeten worden. De huidige politieke verhoudingen lijken daar de tijd voor te gaan bieden. Een paar wijze woorden van Titia Loenen, gesproken of geschreven ergens tijdens haar welverdiende emeritaat, zouden kunnen bijdragen aan een correcte formulering van dit wetsvoorstel en aan een heldere uitleg van de discriminatiegronden. Zij zou zo andermaal het *Vershil in gelijkheid* kunnen maken.

22 De meeste hiergenoemde bezwaren komen ook naar voren in het Verslag van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken over dit wetsvoorstel (*Kamerstukken II 2023/24*, 36 510, nr. 5), maar niet het hierboven uiteengezette bezwaar dat je seksuele gerichtheid onmogelijk kunt definiëren als iets dat *geén* acht slaat op het geslacht van degene(n) op wie een seksuele gerichtheid gericht is. De inhoud van dit Verslag van 31 mei 2024 kon hier niet meer gedetailleerd meegenomen worden.