

STANDPUNTEN EN KANTTEKENINGEN

SEKSUELE GEAARDHEID EN HET VERBOD OP DISCRIMINATIE

*Stefan Sottiaux*¹

SUMMARY – *Sexual Orientation and the Prohibition of Discrimination* – Both on the international level as in several national jurisdictions there is a growing amount of case law considering difference in treatment on the grounds of sexual orientation as unfair discrimination. Anti-discrimination arguments have been used both with regard to matters of conduct as with regard to status issues. The author argues that there are good reasons to treat sexual orientation as a ground for discrimination. An equality approach towards sexual orientation, compared to the more traditional right to privacy rationale, has some major strategic advantages for those seeking to improve the position of non-heterosexuals. Whereas the right to privacy is essentially a negative right against unacceptable state interference, particularly suitable to challenge the criminalisation of sexual conduct, anti-discrimination laws can be the basis for more positive claims of those treated unequally. In addition, there are some more fundamental arguments in favour of an equality approach. The sole reliance on the right to privacy serves to perpetuate the idea that ‘dissident’ sexual orientations are inherently immoral. The author points out that the view that ‘dissenting’ sexual activities can be tolerated in the private sphere cannot be considered as a very emancipating claim. As an alternative, the recognition of the more affirmative right not to be discriminated against on the basis of one’s sexual orientation is proposed. Such a right embodies the idea that there is an intrinsic worth in sexual self-determination.

KEYWORDS: equality, identity, law and morality, privacy, sexual orientation

Inleiding

In oktober 1999 verscheen een themanummer van *Ethiek en Maatschappij* met als discussieonderwerp de juridisch-ethische aspecten van sadomasochisme. De problematische verhouding tussen private en publieke sfeer kwam in vrijwel alle papers aan bod. In mijn bijdrage verdedigde ik de stelling dat personen met een ‘dissidente’ seksuele geaardheid weinig baat hebben bij het invoeren van het recht op privacy als basis voor hun claims. (Sottiaux, 1999) In de praktijk bestond er tot voor kort evenwel geen volwaardig alternatief voor het traditionele privacydiscours. De enige potentieel succesvolle manier om op basis van het bestaande recht de maatschappelijke positie van andersseksuelen te verbeteren, was door middel van het in de Grondwet en in

¹ De auteur is deeltijds assistent aan de faculteit rechten van de UFSIA (Universiteit Antwerpen) en advocaat aan de balie van Brussel.

internationale verdragen geïncorporeerde recht op privacy. Recente ontwikkelingen in binnen- en buitenland hebben aan deze situatie een einde gesteld. Uit enkele arresten van supranationale hoven en uit de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges van verschillende nationale jurisdicties, blijkt dat met toenemend succes beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie.

Het is de opzet van dit artikel wat nader in te gaan op het falen van het privacyconcept, en een politiek-filosofische basis te leggen voor het nieuwe gelijkheidsideaal dat zich lijkt te ontwikkelen op het vlak van de seksualiteit. Eerst wordt een kort overzicht gegeven van de recente ontwikkelingen in de rechtspraak.

1. Ontstaan van het gelijkheidsideaal in de rechtspraak

Uit de rechtspraak blijkt dat rechtbanken steeds vaker afstand nemen van het klassieke privacydiscours en alternatieve wegen trachten te bewandelen. Het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie worden daartoe als waardevolle opties naar voor geschoven. Zowel individuen als partners in homoseksuele relaties beroepen zich met steeds meer bijval op het gelijkheidsbeginsel, enerzijds voor wat betreft het bekritisseren van de strafbaarstelling van seksueel gedrag, anderzijds met betrekking tot hun persoonlijk statuut.

Er staan twee wegen open voor diegenen die de positie van andersseksuelen pogen te verbeteren door een consequente toepassing van het non-discriminatie beginsel. De ongelijke behandeling op basis van seksuele oriëntatie kan bestempeld worden als een vorm van discriminatie op basis van geslacht, of kan beschouwd worden als een afzonderlijke discriminatiegrond.

De eerste methode werd toegepast door het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties, dat oordeelde dat de term 'geslacht' in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, dat het verbod op discriminatie behelst, het begrip seksuele geaardheid omvat.² Het Europees Hof van Justitie verwierp deze benadering in de zaak *Grant t. South-West Trains Ltd.*, en weigerde de notie seksuele oriëntatie te lezen in artikel 119 van het Europese Unie verdrag, dat handelt over geslachtsdiscriminatie.³ De tweede methode kende meer succes. In 1999 oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de weigering van een Portugese rechtbank om het ouderlijk gezag over een minderjarig kind toe te kennen aan de homoseksuele vader, discriminatie op grond van seksuele geaardheid uitmaakte.⁴ Het Hof merkte op dat de lijst van artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat een discriminatieverbod inhoudt, niet limitatief dient opgevat te worden, en dat seksuele oriëntatie als een afzonderlijke discriminatiegrond dient erkend te worden. (Van Garsse, 2000: 681-685)

Ook buiten de Europese grenzen groeit de rechtspraak in verband met discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Canada en Zuid-Afrika nemen hierbij het voortouw. Reeds in 1995, in de zaak *Egan t. Canada*, bestempelde het Canadese Hoogste Gerechtshof seksuele geaardheid als een discriminatiegrond analoog aan de andere

² Toonen t. Australië, Mededeling nr. 488/1992, *U.N. Doc.*, 1994, CCPR/C/50/D/488/1992.

³ H.v.J. EG, 17 februari 1998, nr. C-249/96.

⁴ EHRM, Da Silva Mouta t. Portugal, 21 december 1999, via de web-site van het Hof.

gronden genoemd in sectie 15 van het Canadese Charter voor Rechten en Vrijheden.⁵ Het Hof onderbouwde haar beslissing door te wijzen op de historische, sociale, politieke en economische achterstelling van homoseksuelen. Meer recent, in de zaak *M. t. H.*, oordeelde het Canadese Hoogste Gerechtshof dat de definitie van ‘echtgenoot’ in de *Family Law Act* het gelijkheidsbeginsel schond, daar enkel gehuwde personen, of personen van verschillend geslacht die reeds een geruime tijd samenwonen, onder dit begrip vielen.⁶ Personen in een homoseksuele relatie werden hierdoor op discriminatoire wijze uitgesloten van juridisch afdwingbaar alimentatiegeld. Ongelijke behandeling, louter op basis van een persoonlijke eigenschap zoals seksuele oriëntatie, werd door het Hof beschouwd als een schending van de menselijke waardigheid.

De Zuid-Afrikaanse Grondwet vermeldt uitdrukkelijk seksuele oriëntatie als een verboden discriminatiegrond. In 1998 werd het strafrechtelijk verbod op sodomie tussen toestemmende volwassenen door het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof dan ook veroordeeld als zijnde een schending van het gelijkheidsbeginsel.⁷ Recent oordeelde datzelfde Hof dat het gebruik van het begrip ‘echtgenoot’ in de immigratiewetgeving discriminatie ten aanzien van partners van hetzelfde geslacht inhield.⁸ Volgens de rechters was er sprake van ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid, daar enkel heteroseksuele Zuid-Afrikanen, die kunnen huwen, gebruik konden maken van de mogelijkheid om hun partner van vreemde nationaliteit naar Zuid-Afrika te laten overkomen. Het Hof was van oordeel dat deze mogelijkheid ook dient te bestaan voor personen van hetzelfde geslacht die zich in langdurige relaties bevinden.

Ook het Belgische Arbitragehof lijkt de internationaal ingeslagen weg te zullen volgen. Zonder zich uit te spreken over de exacte discriminatiegrond, en het probleem van de seksuele geaardheid volledig buiten beschouwing latend, oordeelde het Arbitragehof recent nog dat samenwonenden van hetzelfde geslacht niet mogen gediscrimineerd worden ten aanzien van samenwonenden van verschillend geslacht.⁹ Deze uitspraak is ongetwijfeld een belangrijke overwinning voor homoseksuele partners in langdurige relaties.

Dit overzicht van de recente juridische ontwikkelingen met betrekking tot de rechtspositie van andersseksuelen, illustreert een nieuwe internationale tendens waarin het gelijkheidsbeginsel centraal wordt gesteld.

2. De tekortkomingen van het privacydiscours

Traditioneel wordt de strafbaarstelling of achteruitstelling van niet-heteroseksuele relaties en betrekkingen nochtans beschouwd als een inbreuk op het recht op privacy. Het is de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de strafbaarstelling van homoseksuele betrekkingen tussen toestemmende volwassenen een schending van het recht op privacy uitmaakt.¹⁰ Recent nog oordeelde het Hof dat


⁵ Egan t. Canada [1995] 2 SCR 513

⁶ Ontario t. M [1999] SCR, via de web-site van het Hof.

⁷ The National Coalition for Gay and Lesbian Equality t. Minister of Justice, 6 BHRC 127.

⁸ The National Coalition for Gay and Lesbian Equality t. Minister of Home Affairs and others, 2 december 1999, via de web-site van het Hof.

⁹ Arbitragehof nr. 80/2000, 21 juni 2000, te raadplegen via de web-site van het Hof.

¹⁰ EHRM, Dudgeon t. Het Verenigd Koninkrijk, 22 oktober 1981, *Series A*, vol. 45; EHRM, Norris t. 

een verregaand onderzoek naar de seksuele geaardheid van een militair, en zijn daarop volgend ontslag uit het leger, in strijd was met het respect voor het privé-leven van de betrokkene.¹¹ Deze benadering bleek echter niet altijd en overal even succesvol te zijn. In de omstreden zaak *Bowers t. Hardwick* weigerde het Amerikaanse Hoogste Gerechtshof het recht op privacy te interpreteren als zou het homoseksuele sodomie beschermen.¹² Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt grenzen aan het recht op privacy, en besliste dat sadomasochistische praktijken tussen toestemmende volwassenen niet beschermd worden door dit recht.¹³

Niettegenstaande een op het eerste gezicht positieve balans ten voordele van het recht op privacy, zijn er zowel strategische als fundamentele redenen om het nieuwe gelijkheidsideaal te verkiezen boven het klassieke privacydiscours.

Het recht op privacy is in de eerste plaats een negatief recht tegen onrechtmatige overheidsbemoeienis, in het bijzonder geschikt voor het in vraag stellen van het strafrechtelijk verbod op sommige vormen van seksueel gedrag. Gelet op het huidige pleidooi voor gelijke behandeling en het toekennen van positieve rechten aan andersseksuelen, is een begrip dat zich beperkt tot de sfeer van de seksuele verlangens en lichamelijke contacten, enigszins voorbijgestreefd. Zo lijkt het wat kunstmatig de aanspraken van samenwonenden van hetzelfde geslacht of de rechten van homoseksuelen in het leger¹⁴ te verdedigen op basis van het recht op privacy, daar het hier duidelijk om non-discriminatie issues gaat. Het is beter de verschillende claims van andersseksuelen te baseren op éénzelfde morele waarde, en niet te schipperen tussen twee verschillende idealen – gelijkheid en privacy – naargelang de situatie.

Er zijn evenwel meer fundamentele argumenten waarom van het privacydiscours afstand dient genomen te worden. Een vaak gehoord bezwaar is het antiperfectionistisch karakter van privacyargumenten in de context van seksuele keuzevrijheid. (Bamforth, 1997: 206-220) Overeenkomstig de antiperfectionistische strekking in de politieke filosofie komt het de staat niet toe bepaalde opvattingen over het goede leven te ondersteunen of te oordelen dat sommige levensplannen waardevoller zijn dan andere. Een bepaalde interpretatie van het recht op privacy, volgens dewelke de belangrijkste functie van dit recht het scheppen is van de voorwaarden waarin vrije keuze en zelfrealisatie tot stand kunnen komen zonder inmenging van de staat, bouwt

t. Ierland, 26 oktober 1988, *Series A*, vol. 142 en EHRM, *Modinos t. Cyprus*, 22 april 1993, *Series A*, vol. 259.

¹¹ EHRM, *Lustig-Prean en Beckett t. het Verenigd Koninkrijk*, 27 september 1999 en EHRM, *Smith en Grady t. het Verenigd Koninkrijk*, 27 september 1999, via de web-site van het Hof.

¹² *Bowers t. Hardwick* (1986) 478 U.S. 186. In verschillende deelstaten van Amerika bestaat nog steeds een strafrechtelijk verbod op sodomie. Nadat het Hoogste Gerechtshof geoordeeld had dat het strafrechtelijk verbod op het gebruik van anticonceptiemiddelen en op het uitvoeren van abortus een schending van het recht op privacy zijn, werd geargumenteed dat ook homoseksuele betrekkingen door dit recht beschermd worden. De meerderheid van het Hof verwierp deze visie.

¹³ EHRM, *Laskey, Jaggard en Brown t. het Verenigd Koninkrijk*, 19 februari 1997, *E.H.R.R.*, 1997, dl. 1; *R.A.D.-R.J.D.*, 1997, I, 120-148; *R.T.D.H.*, 1997, 733-745, met noot van M. LEVINET; *Jaarboek mensenrechten 1996-1997*, 277-288.

¹⁴ In de arresten *Lustig-Prean en Beckett*, en *Smith en Grady* (voetnoot 12), wordt ten onrechte niet ingegaan op het middel dat werd afgeleid uit de schending van artikel 8 (recht op privacy) in combinatie met artikel 14 (verbod op discriminatie) van het Europees Verdrag. Naast een schending van het recht op privacy, welke voortvloeide uit het onderzoek naar de seksuele geaardheid van de betrokkenen, was er duidelijk sprake van discriminatie doordat aan homoseksuelen de toegang tot het leger werd verboden.

hier duidelijk op voort.¹⁵ Dit privacydiscours berust op de idee van het autonome individu dat aanspraak kan maken op gelijk respect. Bijgevolg moet de staat zich onthouden bepaalde morele opvattingen op te leggen aan het autonome subject. Seksuele ervaringen zijn hoogst persoonlijke en spontane verschijnselen en publieke inmenging zou dan ook volledig uit den boze zijn. Deze liberale opvatting wordt vanuit verschillende kampen bekritiseerd. Communitaristen en natuurrecht-filosofen, maar ook sommige liberale denkers, wijzen op het falen van de antiperfectionistische argumentatie. In de eerste plaats wordt opgeworpen dat een antiperfectionistische rechtvaardiging van seksuele zelfontplooiing een aantal ongunstige gevolgen heeft voor de betrokkenen zelf. Het loutere terugvallen op het recht op privacy zou de idee bestendigen dat homoseksuele, biseksuele of sadomasochistische activiteiten inherent immorele handelingen zijn. Het privacydiscours doet de indruk ontstaan dat dissidente seksuele oriëntaties enkel kunnen getolereerd worden in de beslotenheid van de slaapkamer, ver verwijderd van het publieke leven, en zolang derden daarbij geen schade ondervinden. Michael Sandel (1996: 107) schrijft terecht dat antiperfectionistische privacyclaims de maatschappelijke vooroordelen ten aanzien van andersseksuelen volledig onveranderd laten. Ook J. Kane (1988) benadrukt dat privacyargumenten homofobe reacties en opvattingen niet in vraag stellen, maar enkel grenzen stellen aan de rol van de staat bij het behoeden van de gemeenschapsmoraal.

Koen Raes (1988) merkte reeds op dat het gevaar niet denkbeeldig is dat handelingen die door een meerderheid immoreel worden geacht, in een juridisch bepaalde privé-sfeer worden gedrukt, en zo een “getolereerde clandestiniteit” doen ontstaan die aanleiding geeft tot repressie en gevoelens van schaamte.

Wanneer bij de hervorming van het strafrecht in het Verenigd Koninkrijk beroep werd gedaan op privacyargumenten, sprak de indiener van het wetsvoorstel dat sodomie uit het strafrecht moest halen, de volgende woorden: “*Homoseksuelen moeten zich herinneren dat, hoewel homoseksueel zijn misschien niet slecht is, er zeker niets goed aan is.*”¹⁶ Zulke voorvallen illustreren het weinig emancipatorisch karakter van sommige would-be hervormingen gebaseerd op het recht op privacy.

Een tweede bedenking is de interne inconsistentie van het privacydiscours. Antiperfectionistische privacy argumenten zijn er enkel op gericht de activiteiten van toestemmende volwassenen te beschermen. Niemand zou er aan denken verkrachters en pedofielen hun gang te laten gaan uit respect voor hun recht op privacy, of hun daden te bestempelen als een uitdrukking van hun seksuele autonomie. Het is inconsequent te verkondigen dat de staat neutraal moet zijn ten aanzien van bijvoorbeeld homoseksualiteit of sadomasochisme, maar anderzijds wel te aanvaarden dat de staat waardeoordelen maakt als het gaat over pedofilie of verkrachting. De vraag wanneer een moreel oordeel kan geveld worden berust op zichzelf op een moreel oordeel. Nicholas Bamforth (1997) schrijft in dit verband terecht dat antiperfectionistische argumenten impliciet steunen op een morele factor, zoals bijvoorbeeld het respect voor de autonomie van het slachtoffer of de minderjarige.

¹⁵ Deze interpretatie van het recht op privacy mag niet verward worden met de meer klassieke benadering. Het recht op privacy dient in de eerste plaats de mogelijkheid te creëren om bepaalde handelingen te stellen afgeschermd van de publieke aandacht, en om te vermijden dat persoonlijke gegevens publiek worden gemaakt. Dit alles staat niet ter discussie. Het is evident dat bijvoorbeeld het publiek maken van iemands seksuele geaardheid een schending van het recht op privacy kan zijn, ook al staat de moraliteit van homoseksuele betrekkingen niet ter discussie.

¹⁶ Lord ARRAN zoals geciteerd in N. BAMFORTH, *o.c.*, 215.

Sommige auteurs proberen deze twee problemen te overstijgen door een perfectionistische interpretatie van het recht op privacy te verdedigen. Het recht op privacy wordt aan meer inhoudelijke ideeën gekoppeld, zoals het respect voor de menselijke waardigheid of voor de individuele morele verantwoordelijkheid. Seksuele autonomie wordt dan beschouwd als een positieve waarde en het recht op privacy als de juridische bekrachtiging van dit ideaal. Bamforth (1997: 215) merkt terecht op dat zulke perfectionistische rechtvaardigingen in feite overbodig zijn als afzonderlijke filosofische argumenten. Privacy is hier immers niet meer dan het etiket waaronder het respect voor menselijke waardigheid of seksuele autonomie en zelfontplooiing als positieve idealen worden verkocht. De vraag kan dan gesteld worden of er geen geschiktere kandidaten zijn om deze waarden te promoten. Het nieuwe gelijkheidsideaal kan hierbij een belangrijke rol spelen.

3. Theoretische grondslagen van het gelijkheidsideaal

In het vorige hoofdstuk werden de tekortkomingen van het recht op privacy toegelicht. We zullen zien dat ook aan het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie nadelen verbonden zijn. Toch zijn er enkele overtuigende argumenten die het gelijkheidsbeginsel bijzonder aantrekkelijk maken in de context van de seksuele geaardheid. Om deze argumenten te kunnen beoordelen moet eerst een definitieprobleem van de baan. Hoewel dit niet de plaats is om te onderzoeken wat een 'dissidente' seksuele oriëntatie is, en wat als een perversiteit dient beschouwd te worden, wordt verder het volgende algemeen principe aangenomen. Een basisvoorwaarde voor een gezonde seksuele verhouding is wederkerige en symmetrische communicatie, die lichamelijke vereniging beoogt. (Nagel, 1969: 247-260) De eigen opwinding dient met andere woorden steeds ook in het teken van de opwinding van de andere te staan. Dit veronderstelt toestemmende volwassenen, waardoor verkrachting, pedofilie en bestialiteit uitgesloten worden.

Uit het overzicht van de recente rechtspraak volgt onmiskenbaar dat een gelijkheidsbenadering enkele strategische en praktische pluspunten heeft. Het gelijkheidsbeginsel is niet enkel geschikt om strafrechtelijke bepalingen in vraag te stellen¹⁷, maar kan ook als grond dienen voor meer positieve claims, en een hervorming van andere takken van het recht onderbouwen.

Een gelijkheidsbenadering heeft daarenboven een aantal meer fundamentele voordelen. Het gelijkheidsbeginsel gaat er vanuit dat 'dissidente' seksuele betrekkingen moreel gezien gelijkwaardig zijn aan heteroseksuele betrekkingen. De klassieke discriminatietoets houdt in dat twee of meerdere situaties met elkaar vergeleken worden. De

¹⁷ Wat niet wil zeggen dat het daartoe niet geschikt is. Het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof beschouwde het strafrechtelijk verbod op sodomie als een schending van het gelijkheidsbeginsel. J. Ackermann verkondigde de opinie van het Hof en stelde dat er zowel een schending was van het gelijkheidsbeginsel als van het recht op privacy. Ook J. Sachs kwam tot deze conclusie. Hij verwierp de idee dat het recht op privacy een stigmatiserend karakter zou hebben. Hij deed dit echter op basis van een uitgesproken perfectionistische rechtvaardiging van het recht op privacy. Volgens J. Sachs ligt éénzelfde ideaal ten grondslag aan het recht op privacy en het gelijkheidsbeginsel, namelijk de inherente waardigheid van elk individu (The National Coalition for Gay and Lesbian Equality t. Minister of Justice, *o.c.*, nr. 120).

basisfilosofie is dat voor ongelijke situaties ongelijke regels gelden, en dat een schending van het gelijkheidsbeginsel enkel denkbaar is ingeval de aangevoerde ongelijke behandeling betrekking heeft op twee situaties die redelijkerwijs vergelijkbaar zijn. Er is met andere woorden sprake van discriminatie, als twee of meer verschillende maar evenwaardige situaties ten onrechte ongelijk worden behandeld. In deze context worden claims gemaakt in de volgende zin: ‘handeling A heeft een gelijke morele status als handeling B’, of ‘persoon X en persoon Y leiden moreel gezien evenwaardige levens’. (Bamforth, 1997, 237)

Het is net het gebrek aan dergelijke positieve waardering dat het privacydiscours onaantrekkelijk maakt. De vraag rijst dan waarom een meer expliciete juridische erkenning zo belangrijk is, en niet kan worden volstaan met de juridische tolerantie van activiteiten in de privé-sfeer. Het antwoord op deze vraag is nauw verbonden met de motivatie die ten grondslag ligt aan de bescherming van minderheidsrechten in het algemeen. Net zoals voor religieuze en etnische minderheden, is de erkenning van seksuele minderheden belangrijk voor de vorming van een persoonlijke identiteit. (Sottiaux, 1999: 112) Seksuele zelfontplooiing en de erkenning van de fysieke en psychische relatie met de meest geliefde persoon (of personen) in iemands leven zijn basis voorwaarden voor de constitutie van een persoonlijke identiteit. Het recht op privacy, opgevat als een negatief vrijheidsrecht, schiet duidelijk tekort in het creëren van een geschikt kader hiervoor. Het gelijkheidsbeginsel daarentegen plaatst de intrinsieke waarde van seksuele zelfrealisatie meer op de voorgrond.

Onmiddellijk dient toegegeven te worden dat er minstens twee gevaren verbonden zijn aan de gelijkheidsgedachte en de daarmee verbonden identiteitsfilosofie. Niet iedereen is opgezet met het seksualiteitslabel dat hem van buiten af wordt opgekleefd. Niet iedereen beschouwt zijn biseksuele, heteroseksuele, homoseksuele of sadomasochistische geaardheid of relaties als belangrijke identiteitsvormende factoren. Een gelijkheidsbenadering mag dus wel een identiteitsvormend kader creëren, maar dergelijke identiteit in geen geval opdringen. Een tweede gevaar bestaat erin dat een gelijkheidsbenadering reële verschillen dreigt te negeren, en kan leiden tot het loochenen van diversiteit en verschil. Zo is het verkeerd te stellen dat hetero- en homorelaties feitelijk identieke situaties zijn, en de onmogelijkheid van reproductieve seks af te doen als een irrelevante bijkomstigheid. Zulke gelijkenschakeling belet het invoeren van het homohuwelijk te verdedigen op basis van de intrinsieke waarde van homoseksuele relaties. (West, 1998: 262) Daarenboven dreigt de drang naar gelijkheid de klassieke heteroseksuele relatie en het daarmee verbonden burgerlijk huwelijk aan andersseksuelen als universele standaard op te leggen.

Dergelijke vervlakking en ontkenning van de menselijke diversiteit, kan vermeden worden door duidelijk te formuleren waarom discriminatie op basis van seksuele geaardheid verkeerd is, zonder daarbij feitelijke verschillen te willen verbloemen. In een recente rechtsvergelijkende studie introduceert de jurist Robert Wintemute (1995) twee criteria om te bepalen wanneer een discriminatiegrond ontoelaatbaar is. Volgens Wintemute is er sprake van discriminatie wanneer een ongelijke behandeling gebaseerd is op de onveranderbare gesteldheid van de persoon tegen wie gediscrimineerd wordt (‘immutable status’), of op een fundamentele keuze van deze persoon (‘fundamental choice’). Het eerste criterium zou vooral van toepassing zijn op de seksuele verlangens, het tweede op de seksuele activiteit. Volgens John Gardner (1998: 170) ligt de liberale idee van autonome seksuele zelfontplooiing aan de basis van beide criteria. Autonome

seksuele zelfontplooiing mag hier evenwel niet worden verward met de antiperfectionistische autonomie verbonden aan het privacybegrip. Gardner verwijst daarentegen naar het autonomiebegrip van Joseph Raz (1986: 369 e.v.), die stelt dat een autonoom leven een leven is, dat gevormd wordt door de opeenvolgende waardevolle keuzes van de persoon die dat leven leidt. Waardevolle keuzes zijn keuzes uit een reeks van waardevolle opties. Een autonoom leven vereist met andere woorden het bestaan en de erkenning van een aantal waardevolle opties. Een fundamentele keuze is een keuze tussen waardevolle mogelijkheden die voor iedereen aanwezig moeten zijn, wat ook de andere keuzes van de persoon in kwestie mogen zijn. Bij discriminatie ten aanzien van fundamentele keuzes worden één of meer van de waardevolle opties uit welke moet gekozen worden onmogelijk of onaantrekkelijk gemaakt. Zoals hoger reeds werd geschreven is seksuele zelfontplooiing van groot belang bij het vormen van een persoonlijke identiteit en betreft het hier dus een fundamenteel aspect van het mens zijn. Vandaar dat het verbieden of bemoeilijken van fundamentele keuzes op het vlak van de seksualiteit als verboden discriminatie dienen opgevat te worden.

Hiermee is niet gezegd dat alle keuzes met betrekking tot seksualiteit waardevol zijn. Een voorkeur voor seks met kinderen of dieren, in plaats van met toestemmende volwassenen, is geen waardevolle keuze. Het fundamentele keuzecriterium hoeft dus geenszins de deur te openen voor discriminatieargumenten ter verdediging van immorele praktijken.

4. Besluit

Het gelijkheidsbeginsel kan gezien worden als een volwaardig alternatief voor het individualistisch en weinig emancipatorisch privacybegrip. Het gevaar bestaat evenwel dat een inhoudloos gelijkheidsbeginsel leidt tot vervlaking en misbruik. Het verbod op discriminatie op grond van seksuele geaardheid dient daarom steeds gekoppeld te worden aan de idee van de menselijke waardigheid en aan het ideaal van de autonome seksuele zelfontplooiing.

Tot slot kan nog de volgende praktische kanttekening worden gemaakt. Het is belangrijk dat seksuele oriëntatie als afzonderlijke discriminatiegrond wordt erkend, en niet onder het begrip 'geslacht' wordt geclassificeerd. Hoger werd reeds geschreven dat bepaalde rechtspraak seksuele geaardheid onder het geslachtsbegrip tracht onder te brengen. Zo wordt bijvoorbeeld geargumenteed dat het ongelijk behandelen van partners van hetzelfde geslacht ten aanzien van partners van verschillend geslacht neerkomt op geslachtsdiscriminatie. Deze benadering is conceptueel niet correct¹⁸, en daarenboven te beperkt, daar ze niet geslachtsgebonden discriminaties op grond van seksuele geaardheid uitsluit.¹⁹

¹⁸ Zie de reeds genoemde zaak *Grant v. South-West Trains Ltd.* De partijen argumenteerde dat de weigering van een treinmaatschappij om reductie toe te staan aan een homoseksuele partner van een werknemer van de treinmaatschappij, terwijl wel reductie werd voorzien voor de heteroseksuele partner van een werknemer, discriminatie op grond van geslacht uitmaakte. Het Hof van Justitie oordeelde dat er geen geslachtsdiscriminatie was, aangezien de reductie zowel werd geweigerd aan een man die met een man samenleeft als aan een vrouw die met een vrouw samenleeft (HvJ, 17 februari 1998, nr. C-249/96).

¹⁹ Bijvoorbeeld sadomasochisme. Indien kan worden aangetoond dat sadomasochisme geen



Literatuur

- BAMFORTH N. (1997), *Sexuality, Morals and Justice. A Theory of Lesbian and Gay Rights Law*, Cassell, Londen
- GARDNER J. (1998), 'On the Ground of Her Sex(uality)', *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 167-187
- KANE J.D. (1988), 'Homosexuality and the European Convention on Human Rights', *Hastings Int'l and Comparative Law Review*, 447-486
- NAGEL T. (1969), 'Sexual Perversion', *The Journal of Philosophy*, 247-260
- RAES K. (1988), 'Homo incognitus. Het recht op privacy en de ethiek van de gespleten mens.' in *Het recht op privacy en de sluiers van het recht*, Kluwer, Antwerpen, 73-116
- RAZ J. (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford
- SANDEL M.J. (1996), *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge Mass.
- SOTTIAUX S. (1999), 'Sadomasochisme: het recht op privacy voorbij', *Ethiek en Maatschappij*, 3, 97-116
- VAN GARSSE S. (2000), 'Homoseksualiteit, Gezinsleven en Discriminatie', *A.J.T.*, 681-685
- WEST R. (1998), 'Gay Marriage and Liberal Constitutionalism: Two Mistakes' in ALLEN A.L. en REGAN M. C. (eds.) (1998), *Debating Democracy's Discontent*, Oxford University Press, Oxford, 262-269
- WINTEMUTE R. (1995), *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, Oxford University Press, Oxford

gevaarlijke perversiteit is, maar een vorm van aanvaardbare seksuele zelfontplooiing, kan het strafrechtelijk verbod op sadomasochistische activiteiten beschouwd worden als discriminatie op grond van seksuele geaardheid.