

Het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen: uitgangspunt voor rechtsvergelijking inzake (homo-) seksuele gerichtheid²

39

In het (vergelijkende) seksuelegerichtheidsrecht gaat het steeds om gerichtheid op anderen – ongeacht geslacht. Deze oratie betoogt dat ‘*the right to relate*’ hierbij het uitgangspunt kan zijn. Dit recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen impliceert een recht om uit de kast te komen en om samen te komen. En het is de basis voor aanspraken op respect, bescherming, erkenning en formalisering van relaties.

1. Oriëntatie

Het woord ‘oriëntatie’ is ontstaan uit tradities om de as van belangrijke gebouwen te richten naar de Oriënt.³ Het woord wordt nu in verschillende contexten gebruikt. Het is sterker dan ‘richting’, ‘positie’, of ‘voorkeur’. Oriëntatie impliceert zoiets als gericht zijn op iemand met wie (of iets waarmee) je een betekenisvolle interactie wil. Deze relationele dimensie is te vinden in de oriëntatie van een religieus gebouw, in de student-gerichtheid van een goede onderwijsmethode, en ook in het begrip *seksuele gerichtheid*. Seksuele gerichtheid zegt iets over hoe je je verhoudt tot vrouwen of mannen. Velen van ons hebben op zekere leeftijd ontdekt dat we ons anders verhouden tot mannen dan tot vrouwen.

In internationaal, Europees en nationaal recht zijn de woorden ‘sexual orientation’ of ‘seksuele gerichtheid’ de gangbare verzamelterm geworden voor homoseksualiteit, heteroseksualiteit en bisexualiteit.⁴ In de jurisprudentie van elk van deze drie rechtssferen wordt het begrip vooral gebruikt om te verwijzen naar (homoseksueel) *gedrag*⁵, en naar (gelijkgeslachtelijke) *relaties*.⁶ Minder frequent wordt het begrip ook gebruikt om te verwijzen naar homo-, hetero- of biseksuele *personen*, of naar hun *gevoelens* of *identiteiten*. Dat is eenvoudigweg zo, omdat juridische problemen vaker rijzen ten aanzien van homoseksuele gedragingen of relaties, dan ten aanzien van iemands homoseksueel-zijn. En

natuurlijk is er een samenhang tussen het een en het ander.⁷ Het begrip seksuele gerichtheid wordt in het recht dus niet alleen gebruikt ter aanduiding van een persoonskenmerk, maar vooral ter aanduiding van een kenmerk van een gedraging of een relatie. In dit opzicht lijkt de discriminatiegrond seksuele gerichtheid dus meer op godsdienst dan op ras of geslacht.⁸

Seksuele gerichtheid gaat over intieme handelingen en amoureuze relaties tussen mensen, en over het zich aangerokken voelen tot mensen: mensen van gelijk geslacht, mensen van verschillend geslacht, mensen van welk geslacht dan ook. Daarom kan ‘*the right to establish and develop relationships with other human beings*’ gezien worden als een gemeenschappelijke noemer voor het gehele seksuelegerichtheidsrecht, en als uitgangspunt voor rechtsvergelijkend onderzoek op dat terrein.⁹ Het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen is inmiddels erkend als een aspect van het mensenrecht op respect voor privéleven. Zowel het Europese als het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens, en de hoogste rechters van diverse landen, erkennen dit recht.¹⁰ Ik stel voor om aan dit recht als roepnaam mee te geven: *the right to relate*.

2. Vergelijkbare regels en vergelijkbare problemen

Een gemeenschappelijke noemer vinden is van des te meer belang wanneer je *vergelijkend* onderzoek wilt doen op het terrein van seksuele gerichtheid en recht. In veel rechtsvergelijkende studies gaat het om hetzij vergelijking van *vergelijkbare regels* in verschillende rechtssystemen, hetzij vergelijking van verschillende juridische benaderingen voor *vergelijkbare problemen* in verschillende systemen.¹¹ In de tweede van deze hoofdvormen van rechtsvergelijkend onderzoek, gaat het om *functionele equivalentie*, waarbij ‘comparative lawyers seek for institutions performing the same role or solving the same problem.’¹² Vergelijkbaarheid is op het terrein van het seksuelegerichtheidsrecht geen probleem. Overall ter wereld vertoont dit rechtsgebied een groot aan-

1 Kees Waaldijk is hoogleraar Comparative Sexual Orientation Law aan de Universiteit Leiden (www.law.leidenuniv.nl/waaldijk).

2 Dit is een verkorte bewerking van de rede ‘The right to relate – On the importance of “orientation” in comparative sexual orientation law’, die de auteur op 20 april 2012 (in het Engels) uitsprak bij de aanvaarding van zijn benoeming tot hoogleraar Comparative Sexual Orientation Law in Leiden. De volledige Engelstalige versie, met uitgebreidere verwijzingen, is te lezen op <http://hdl.handle.net/1887/19612>.

3 M.M. Hassett, ‘Orientation of Churches’, *Catholic Encyclopedia*, Encyclopedia Press 1913.

4 K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*, Den Haag: Asser Press 2006, p. 94-98 en 205.

5 Zie bijv. EHRM 9 januari 2003, nr. 39392/98 en 39829/98 (*L. & V./Oostenrijk*), en nr. 45330/99 (*S.L./Oostenrijk*).

6 Zie bijv. EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98 (*Karner/Oostenrijk*).

7 M. Grigolo, ‘Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject’, *European Journal of International Law* (14) 2003, p. 1024; S.J. Hanley & S.C. Abell, ‘Maslow and Relatedness: Creating an Interpersonal Model of Self-Actualization’, *Journal of Humanistic Psychology* (42) 2002, p. 55.

8 D.A.J. Richards, *Identity and the Case for Gay Rights – Race, Gender, Religion as Analogies*, Chicago: University of Chicago Press 1999.

9 Aldus ook E. Gitari, ‘The Freedom of Intimate Association for Sexual and Gender Outlaws’, *Identity Magazine* February 2012, p. 28.

10 Zie de jurisprudentie die besproken wordt in par. 3.2 en 3.3 hieronder.

11 E. Örcü, *The Enigma of Comparative Law – Variations on Theme for the Twenty-First Century*, Leiden: Martinus Nijhoff 2004, p. 19-32.

12 E. Örcü, ‘Methodological Aspects of Comparative Law’, *European Journal of Law Reform* (8) 2006, p. 33.

tal zeer vergelijkbare regels en beslissingen, en overal een zeer vergelijkbaar probleem.

Een grote meerderheid van de landen van de wereld kent – of kende – specifieke bepalingen ter strafbaarstelling van bepaalde vormen van homoseksuele seks. Een nog groter aantal landen ter wereld heeft – of had – impliciete of expliciete rechtsregels om gelijkgeslachtelijke stellen uit te sluiten van het huwelijk. Er is een groeiend aantal landen met wetgeving die bepaalde vormen van antihomoseksuele discriminatie verbiedt. En het aantal landen waar rechtspraak of wetgeving gelijkgeslachtelijke stellen toegang geeft tot sommige of vrijwel alle aspecten van het familierecht, neemt eveneens gestaag toe. Al dergelijke regels kunnen vergeleken worden in hun wettelijke vormgeving, in hun geografische verspreiding, in hun politieke geschiedenis, of in de wijzen waarop zij uitgelegd en toegepast worden.

Vergelijkingen tussen zeer verschillende rechtsregels zijn op het terrein van seksuele gerichtheid en recht eveneens goed mogelijk – en zelfs nog interessanter. Dat is zo omdat alle rechtsregels op dit gebied over homoseksuele delicten, over huwelijk en ouderschap, over discriminatie en geweld, of over asiel of informatie, gezien kunnen worden als gericht op één en hetzelfde probleem.

In praktisch alle landen van de wereld ontstaat dit probleem door twee botsende feiten. Het ene feit is dat vrijwel overal een kleiner of groter deel van de bevolking sterke bezwaren heeft tegen intieme gedragingen of relaties tussen mensen van gelijk geslacht. Het andere feit is dat overal ter wereld een deel van de bevolking – in hun intieme gedragingen, relaties of voorkeuren – gericht is op geslachtsgenoten. Regels uit het strafrecht en uit het familierecht, allerlei discriminatieverboden, sommige regulering van informatie¹³, enz. proberen allemaal een antwoord te zijn op het probleem dat door de botsing van die twee feiten ontstaat. De functie van al die rechtsregels is hetzij het beperken, hetzij het uitbreiden van de mogelijkheden van mensen om met een geslachtsgenoot een relatie aan te gaan of te ontwikkelen.

3. The right to relate

In het begrip 'seksuele gerichtheid' is gerichtheid het belangrijkste woord: gerichtheid op een of meer anderen. In het seksuelegerichtheidsrecht gaat het steeds om de mogelijkheden om je intiem tot anderen te kunnen verhouden. Het feit dat homoseksualiteit ook over sekse, gender en seks gaat, verklaart misschien waarom er zo veel vijandigheid tegen homoseksualiteit bestaat. Maar het feit dat homoseksualiteit een intieme gerichtheid op anderen betreft, kan verklaren waarom die sociale en juridische vijandigheid zo veel leed veroorzaakt: namelijk door mensen te frustreren in een van hun meest fundamenteel menselijke behoeften. Het feit dat homoseksualiteit in wezen gaat om relaties

tussen mensen, kan ook verklaren waarom op vele plekken in de wereld het recht tegenwoordig minder homovijandig wordt – waarom menige rechter of wetgever langzaam maar zeker homovriendelijker wordt. Het lijkt verantwoord om aan te nemen dat deze opmerkelijke vooruitgang in allerlei landen en internationale organisaties, veel te danken heeft aan het bij velen groeiende besef dat homoseksualiteit niet alleen met seks en gender te maken heeft, maar vooral met relaties tussen mensen, met affectie en liefde.

3.1 Een fundamentele menselijke behoefte

Relaties aangaan is net zo menselijk als eten en creatief zijn. Dat dit een fundamentele menselijke behoefte is, heeft de psycholoog Abraham Maslow in 1943 kernachtig geformuleerd, en is vervolgens gepopulariseerd en verder ontwikkeld door andere psychologen.¹⁴ Maslow sprak over 'love needs' en over 'love and affection and belongingness needs'. Hij benadrukte dat het daarbij gaat om 'both giving and receiving love' en dat 'thwarting of these needs is the most commonly found core in cases of maladjustment and more severe psychopathology'. Als voorbeelden gaf hij: 'friends, or a sweetheart, or a wife, or children', maar ook: 'affectionate relations with people in general'.¹⁵ Deze ideeën van Maslow lijken directe voorlopers te zijn van mensenrechtelijke jurisprudentie die in het laatste kwart van de twintigste eeuw opkwam.

Het is vrij gebruikelijk om de vijf categorieën van menselijke behoeften van Maslow uit 1943 te zetten naast de diverse rechten die opgesomd worden in de Universele verklaring van de rechten van de mens uit 1947.¹⁶ Er zijn vele parallellen, tussen de 'physiological needs' en het recht op voedsel, tussen de 'safety needs' en ieders recht op 'onschendbaarheid van zijn persoon', en tussen de 'need for self-actualization' en de rechten inzake onderwijs en cultuur.¹⁷ Afgezien van 'huwelijk'¹⁸ en 'gezin'¹⁹ hebben de woorden 'liefde' en 'affectie' (of 'vriendschap' en 'relatie') de tekst van de Universele verklaring niet gehaald, en evenmin de later aangenomen mensenrechtenverdragen.

3.2 Eerste erkenning in jurisprudentie

Het duurde tot 1976 voordat een mensenrechtenorgaan begon te spreken over 'the right to establish and to develop relationships with other human beings'. In mei van dat jaar achtte de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens dit recht – 'to a certain degree' – begrepen in het recht op respect voor privéleven (zoals gegarandeerd in art.

13 Zie bijv. Europees Comité voor de Sociale Rechten 30 maart 2009, nr. 45/2007 (INTERIGHTS/Kroatië) over de vereiste objectiviteit bij informatie over homoseksualiteit op scholen.

14 Zie bijv. S.J. Hanley & S.C. Abell, 'Maslow and Relatedness: Creating an Interpersonal Model of Self-Actualization', *Journal of Humanistic Psychology* (42) 2002, p. 37-57.

15 A.H. Maslow, 'A Theory of Human Motivation', *Psychological Review* (50) 1943, p. 380-381.

16 Anders: J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca: Cornell University Press 2003, p. 14.

17 Zie A.H. Maslow, 'A Theory of Human Motivation', *Psychological Review* (50) 1943, p. 372, 375 en 382; en respectievelijk art. 25, 3, 26 en 22 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM).

18 Art. 16 UVRM.

19 Art. 12, 16, 23 en 25 UVRM.

8 EVRM). De Commissie kwam tot dit oordeel in twee (on-succesvolle) zaken. De eerste was gericht tegen IJsland:

“The applicant [...] is not permitted to keep a dog in the city of Reykjavik. [...] The question before the commission [...] is [...] whether the keeping of a dog belongs to ‘private life’ within the meaning of Article 8 of the Convention. For numerous anglo-saxon and French authors the right to respect for ‘private life’ is the right to privacy, the right to live, as far as one wishes, protected from publicity [...]. In the opinion of the Commission, however, the right to respect for private life does not end there. It comprises also, to a certain degree, the right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and fulfillment of one’s own personality.”²⁰

De tweede zaak werd de volgende dag beslist, en ging over de regulering van abortus in West-Duitsland. De Commissie citeerde haar beslissing over de hond (en benadrukte de woorden ‘to a certain degree’), en voegde toe dat ‘therefore sexual life is also part of private life; and in particular that legal regulation of abortion is an intervention in private life which may or may not be justified under Article 8(2).’²¹

In 1984, in de zaak *Roberts/US Jaycees*, begon het Amerikaanse Hooggerechtshof te spreken over ‘choices to enter into and maintain certain intimate human relationships’. Volgens het Hof moesten dergelijke keuzen ‘be secured against undue intrusion by the State’, en kon dit aangeduid worden als de ‘freedom of intimate association’.²² In de V.S. hebben die laatste woorden ingang gevonden als roepnaam voor het nieuwe recht dat het Hooggerechtshof nu afgeleid had uit zijn eerdere jurisprudentie inzake privacy.

3.3 Brede erkenning

Vanaf ongeveer dezelfde periode begonnen ook andere nationale en internationale rechters en wetgevers te erkennen dat mensen gerespecteerd moeten worden in hun gerichtheid op anderen – ook als die anderen van hetzelfde geslacht zijn – en ook als die gerichtheid zich manifesteert in seksueel verlangen of seksueel gedrag. Dat heeft er onder

meer toe geleid dat het begrip ‘sexual orientation’ meege-nomen werd in de interpretatie van vele internationale, Europese, nationale en deelstatelijke discriminatieverboden,²³ en dat deze of vergelijkbare woorden vaak zelfs expliciet opgenomen werden in de tekst van dergelijke bepalingen.²⁴ Het algemenere, fundamentele beginsel dat mensen gerespecteerd moeten worden in hun gerichtheid op elkaar, kreeg intussen steeds sterkere erkenning als mensenrecht. Vanaf 1992 maakt ‘the right to establish and develop relationships with other human beings’ deel uit van de vaste jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens:

“The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of ‘private life’. However, it would be too restrictive to limit the notion to an ‘inner circle’ in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of ‘private life’ should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world.”²⁵

Het Europese Hof verwees in zijn oordeel van december 1992 niet expliciet naar eerdere beslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Maar een paar maanden eerder had de Nederlandse rechter in het Hof, Martens, dat wel gedaan in een ‘concurring opinion’.²⁶ Sinds 1998 erkent het Constitutionele Hof van Zuid-Afrika het recht ‘to establish and nurture human relationships’.²⁷ Deze fraaie formulering werd in 2005 ook gebruikt door het *High Court* van Fiji.²⁸ En vanaf 2010 maakt ‘the right to establish and develop relationships with other human beings’ deel uit van de vaste jurisprudentie van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens.²⁹

Kortom, wat ik nu ‘the right to relate’ noem, heeft in diverse zeer verwante formuleringen geleidelijk aan erkenning gekregen in grote delen van de wereld, juist ook in zaken over homoseksuele gerichtheid.³⁰ Impliciet kun je dit recht ook herkennen in de diverse rechterlijke uitspraken die een

20 ECRM 18 mei 1976, nr. 6825/74 (*X/IJsland*).

21 ECRM 19 mei 1976, nr. 6959/75 (*Brüggemann & Scheuten/Duitsland*).

22 U.S. Supreme Court 3 juli 1984 (*Roberts/United States Jaycees*), 468 U.S. 609, at 617. Het Hof nam daarmee een begrip over dat geïntroduceerd was door K.L. Karst, ‘The Freedom of Intimate Association’, *Yale Law Journal* (89) 1979/1980, p. 624-692.

23 VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1994, nr. 488/1992 (*Toonen/Australië*); ECRM 1 juli 1997, nr. 25186/94 (*Sutherland/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 1999, nr. 33290/96 (*Mouta/Portugal*); African Commission on Human and Peoples’ Rights maart/april 2009, nr. 284/03, par. 155 (*Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe/Zimbabwe*); Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens 24 februari 2012, par. 83-93 (*Atala Riffo and daughters/Chili*).

24 Zie K. Waaldijk, ‘Legal recognition of homosexual orientation in the countries of the world. A chronological overview with footnotes, paper for the conference The Global Arc of Justice – Sexual Orientation Law Around the World’ (Los Angeles, 11-14 March 2009), <http://hdl.handle.net/1887/14543>. Zie ook art. 10 en 19 van het Verdrag betreffende de werking van de EU, en art. 21 van het Handvest van de grondrechten van de EU.

25 EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, par. 29 (*Niemietz/Duitsland*).

26 EHRM 26 maart 1992, nr. 12083/86 (*Beldjoudi/Frankrijk*).

27 Constitutional Court of South Africa 9 October 1998, par. 32 (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality/Minister of Justice*).

28 High Court of Fiji at Suva 26 August 2005 (*McCoskar/State*).

29 Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens 30 augustus 2010, par. 129 (*Fernández Ortega et al./Mexico*); 31 augustus 2010, par. 119 (*Rosendo Cantú et al./Mexico*); 24 februari 2012, par. 161-162 (*Atala Riffo and daughters/Chili*).

30 EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, par. 43 and 49 (*E.B./Frankrijk*); Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens 24 februari 2012, par. 161-162 (*Atala Riffo and daughters/Chili*).

eind hebben gemaakt aan verbodsbepalingen op seksuele handelingen – of op huwelijken – tussen mensen van gelijk geslacht, of waarin andere vormen van homodiscriminatie werden veroordeeld.³¹ Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, en het Mensenrechtencomité van de VN, hebben gelijkgeslachtelijke partners eerst erkend in een ‘most intimate part’ van hun privéleven, zoals hun seksuele leven werd gekarakteriseerd in de eerste uitspraken op dit terrein.³² Later kregen gelijkgeslachtelijke partners ook enige erkenning als *de facto* samenlevende stellen,³³ en recentelijk ook als paren met ‘family life’.³⁴

Impliciete erkenning van ‘the right to relate’ valt ook te ontdekken in de gestage stroom wetgeving op deze terreinen in steeds meer landen. Seks tussen volwassen geslachtsgenoten is nu legaal in circa 120 landen, een aantal dat sinds 1970 verdubbeld is. In circa 110 landen is de minimumleeftijd voor homoseksuele handelingen nu gelijk aan die voor heteroseksuele handelingen. Wetgeving tegen discriminatie op grond van seksuele gerichtheid is van kracht in circa 55 landen. Gelijkgeslachtelijke paren genieten ten minste enige juridische erkenning in circa 35 landen. Voor deze paren is het huwelijk nu opengesteld in 11 landen en in delen van 3 landen, terwijl zij in circa 15 landen een geregistreerd partnerschap kunnen aangaan.³⁵

Intussen blijft homoseksualiteit strafbaar in bijna 80 landen.³⁶ Dergelijke strafbaarstellingen vormen een groot obstakel voor homoseksuele en biseksuele vrouwen en mannen die uit de kast willen komen, potentiële partners willen ontmoeten, of een relatie aan willen gaan of verder willen ontwikkelen. Strafbearstelling scheidt mogelijkheden voor chantage en afpersing,³⁷ en genereert angst voor het bekend worden van de eigen gerichtheid. Dergelijke wetgeving bevordert de gedachte dat discriminatie tegen homoseksuelen best wel gerechtvaardigd is, dat antihomoseksueel geweld eigenlijk niet zo erg is, en dat homoseksuele mannen en vrouwen criminelen zijn.³⁸ Op al die manieren

is strafbaarstelling van homoseksualiteit een belemmering voor ‘the right to relate’. Zoals gebrekkige erkenning van gelijkgeslachtelijk familieleven in bijna alle landen van de wereld dit recht nog belemmert.³⁹

4. Relaties aangaan: uit de kast komen en samenkomen

Beide elementen van *the right to relate*, het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen, stellen concrete eisen aan wetgeving en rechtspraak. Zo impliceert het eerste element – het recht om relaties *aan te gaan* – ten aanzien van gelijkgeslachtelijke relaties twee specifieke subrechten:

- het recht om je seksuele gerichtheid te laten blijken, oftewel het recht om uit de kast te komen als iemand die zich aangetrokken voelt tot een of meer mensen van het eigen geslacht (*the right to come out*);
- het recht om samen te komen met mensen van dezelfde gerichtheid en/of hetzelfde geslacht, of met mensen die homoseksualiteit niet veroordelen (*the right to come together*).

Voor homoseksuele mannen en vrouwen zijn deze twee geïmpliceerde rechten noodzakelijk om een (potentiële) partner te vinden – een partner die van hetzelfde geslacht is én van dezelfde gerichtheid. Zonder ten minste enige *coming out*, of ten minste enige *coming together*, zou een vrouw nooit een intieme relatie kunnen beginnen met een andere vrouw, en zou een man nooit een intieme relatie kunnen beginnen met een andere man. Beide rechten zijn ook essentieel bij het vinden van vrienden die persoonlijk weten wat het is om je aangetrokken te voelen tot geslachtsgenoten of een partner van je eigen geslacht te hebben, of om in dat verband discriminatie te ervaren.

Het recht om uit de kast te komen, om je seksuele gerichtheid te laten blijken, wordt dus niet alleen beschermd door de uitingsvrijheid, maar ook door het recht om relaties aan te gaan, dat deel uit maakt van het recht op respect voor privéleven.⁴⁰ Dit *right to come out* bestrijkt een scala aan uitingen, variërend van het dragen van een regenboogarmband, via subtiele gedragingen die door sommige anderen herkend zullen worden, tot een eenvoudig ‘ik denk dat ik verliefd op je ben’ (tenminste als je dat zegt tegen iemand die nog niet weet dat jij valt op mensen van je eigen geslacht). Variërend van een klassiek ‘er is iets dat ik je vertellen wil’, tot het noemen van je echtgenoot of vriendin in gesprekken met je studenten of je collega’s. Het kan tussen

31 Zie de nationale jurisprudentie uit vele landen die behandeld wordt door A. Jernow, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook*, Geneva: International Commission of Jurists 2011.

32 EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*); VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1994, nr. 488/1992 (*Toonen/Australië*).

33 EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98 (*Karner/Oostenrijk*); VN-Mensenrechtencomité 29 juli 2003, nr. 941/2000 (*Young/Australië*).

34 EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, par. 94 (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*); Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens 24 februari 2012, par. 174-178 (*Atala Riffo and daughters/Chili*). Zie verder K. Waaldijk, ‘Same-Sex Partnership, International Protection’, in: R. Wolfrum (red.), *Max Planck Encyclopedia for Public International Law. Volume VIII*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1125-1134.

35 L. Paoli Itaborahy, *State-Sponsored Homophobia: A World Survey of Laws Criminalizing Same-Sex Sexual Acts between Consenting Adults*, Brussels: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association 2012.

36 L. Paoli Itaborahy, *State-Sponsored Homophobia: A World Survey of Laws Criminalizing Same-Sex Sexual Acts between Consenting Adults*, Brussels: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association 2012.

37 R. Thoreson & S. Cook (eds.), *Nowhere to Turn: Blackmail and Extortion of LGBT People in Sub-Saharan Africa*, Brooklyn: International Gay and Lesbian Rights Commission 2011.

38 E. Cameron, ‘Sexual Orientation and the Constitution: A Test Case for Human Rights’, *South African Law Journal* (110) 1993, p. 455-456.

39 Zie ook D. Borrillo, ‘Pluralisme Conjugal ou Hiérarchie des Sexualités: la Reconnaissance Juridique des Couples Homosexuels dans l’Union Européenne?’, *McGill Law Journal* (46) 2001, p. 875-922. Zelfs het in Nederland aanhangige Voorstel tot ‘Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie’ (*Kamerstukken I* 2012/13, 33 032, nr. A), biedt nog geen volledige erkenning.

40 Beginsel 6 van *The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity* (uit 2007, www.yogyakartaprinciples.org) stelt dat het recht op ‘privacy ordinarily includes the choice to disclose [...] information relating to one’s sexual orientation [...]’.

neus en lippen door, een beetje vaag, of heel vertrouwelijk. Het gebeurt vaak door hints, maar je kunt je gerichtheid laten blijken op een website of in een interview, of door in de juiste parade mee te lopen of mee te varen.

En dat laat direct zien hoe vloeiend het onderscheid is tussen *coming out* en *coming together*. Veel mensen komen uit de kast zonder iets te zeggen, simpelweg door naar een plek of een bijeenkomst te gaan waar ze niet automatisch voor heteroseksueel zullen worden versleten. Dat is een van de redenen waarom bijvoorbeeld homostranden, -sportclubs en -sociëteiten, en lesbische campings, cafés en cruiseschepen een zo belangrijke functie vervullen. Plus *online dating sites*, roze netwerken bij bedrijven en universiteiten, *gay-straight-alliances* op scholen en verzorgingstehuizen, en filmfestivals in elke regio. Essentieel voor het kunnen ontmoeten van gevoelsgenoten, bedgenoten, echtgenoten – en eventuele strijdmakkers.

Zonder veilige uiting- en ontmoetingsmogelijkheden zou *the right to relate* een illusie blijven. Het helderste voorbeeld van *the right to come out* kan gevonden worden in het vluchtelingenrecht. De VN Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen formuleert het als volgt:

“A person cannot be expected or required by the State to change or conceal his or her identity in order to avoid persecution. As affirmed by numerous jurisdictions, persecution does not cease to be persecution because those persecuted can eliminate the harm by taking avoiding action. [...] There is no duty to be ‘discreet’ or to take certain steps to avoid persecution, such as living a life of isolation, or refraining from having intimate relationships.”⁴¹

Als dat zo is in het vluchtelingenrecht,⁴² dan zou toch minstens hetzelfde moeten gelden in het onderwijs, de residentiële zorg, en de arbeid.⁴³ Uit de kast komen is een kernas-

41 UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees 2008, par. 25-26. Zie ook S. Jansen & T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia – Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Amsterdam: COC Nederland & Vrije Universiteit 2011, p. 33-39. Over deze kwestie heeft de Nederlandse Raad van State (in drie zaken over asielzoekers uit Senegal, Uganda en Sierra Leone) op 18 april 2012 (LJN BW3076, BW3077 en BW3078) prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU, waar de zaken nr. C-199/12, C-200/12 en C-201/12 hebben gekregen.

42 Zie hierover ook de relevante hoofdstukken van de volgende drie rapporten: *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity – Comparative Legal Analysis*, Wenen: European Union Agency for Fundamental Rights 2010; *Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe – Background Document*, Straatsburg: Council of Europe Commissioner for Human Rights 2011; *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, United Nations High Commissioner for Human Rights 2011, UN Doc A/HRC/19/41.

43 In de Europese Unie lijkt discriminatie wegens *coming out* bestreken te worden door de Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep (2000/78/EG) en in veel lidstaten door de wetgeving ter implementatie van die Richtlijn (K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*, Den Haag: Asser Press 2006, p. 40-41, 112-113 en 213-214).

pect van seksuele gerichtheid, en moet daarom begrepen worden geacht onder de bescherming van elk toepasselijk verbod van discriminatie wegens seksuele gerichtheid. In Nederland moet de *coming out* van een leerling op een openbare of bijzondere school beschermd geacht worden door het verbod op discriminatie wegens (het enkele feit van) homoseksuele gerichtheid.⁴⁴ En wanneer in een verzorgingstehuis een bewoner (of een bewonerspaar) ervoor kiest om uit de kast te komen (of uit de kast te blijven) dan mag dat niet tot negatieve reacties van de directie (of tot intimidatie door andere bewoners) leiden.⁴⁵

Rechtsvergelijkend onderzoek naar de *right to come out* zou oog moeten hebben voor de functionele equivalentie van de vele manieren waarop een dergelijk recht gefrustreerd pleegt te worden: door vervolging, arrestatie, ontslag, uit huis zetten, van school sturen, pesterijen, geweld, enz.

En wat betreft *the right to come together*, gaat het niet alleen om overheden in verre landen die homo-organisaties of *gay pride*-manifestaties verbieden. Dit recht is van minstens zo groot belang binnen private en publieke organisaties. Werknemers van grote ondernemingen en andere werkgevers, en studenten en staf van scholen en universiteiten, hebben in veel landen initiatieven genomen voor incidentele bijeenkomsten rond seksuele gerichtheid, of voor permanente roze netwerken binnen hun organisatie. Universiteit Leiden is geen uitzondering.⁴⁶ Rechtsvergelijkend onderzoek zou kunnen achterhalen hoe verschillende jurisdicties omgaan met werkgevers en onderwijsinstellingen die dergelijke initiatieven tegenwerken.⁴⁷

5. Relaties ontwikkelen: respect, bescherming, erkenning, formalisering

Ook het tweede element van het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen, spreekt nog niet overal vanzelf. De wijzen waarop verschillende landen aan gelijkgeslachtelijke partners mogelijkheden bieden – of niet – om hun relatie *te ontwikkelen*, lopen sterk uiteen. Rechtsvergelijkend onderzoek op dit terrein heeft zich tot nu toe meestal op een of enkele aspecten gericht (vaak waren dat de voor gelijkgeslachtelijke paren beschikbare status, of de rechtsgevolgen die het recht verbond aan hun relatie of hun status). Voor meer omvattend rechtsvergelijkend onderzoek lijkt het nuttig om te onderscheiden tussen vijf aspecten van het recht om relaties te ontwikkelen: respect, bescherming, erkenning, formalisering, plus de erkenning van buitenlandse formalisering.

5.1 Respect

Een aanspraak op respect volgt het meest direct uit de formulering van het recht waaruit het recht om relaties te ont-

44 Art. 7 lid 1 en 2 AWGB.

45 Ook dat volgt uit art. 7 AWGB (en uit art. 1a).

46 Zie www.de-igb.nl voor De Leidsche Ganymedes Borrel. Zie ook www.workplacepride.org.

47 Zie K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*, Den Haag: Asser Press 2006, p. 45-46 en 117-118.

wikkelen is afgeleid: het recht op respect voor je privéleven. Het niet (langer) criminaliseren van het intieme gedrag van de betrokken gelijkgeslachtelijke partners, is het minimum aan respect dat vereist wordt door de huidige interpretaties van internationale mensenrechten.⁴⁸

5.2 Bescherming

Intieme relaties kunnen beschermd worden door in ieder geval twee soorten regulering: privacywetgeving en antidiscriminatiewetgeving. Elk juridisch verbod van discriminatie wegens seksuele gerichtheid dient zo uitgelegd te worden dat het ook bescherming biedt tegen discriminatie wegens geslachtsgelijkheid in een relatie.⁴⁹ In het internationale, Europese en Nederlandse recht is dit de heersende uitleg.⁵⁰

5.3 Erkenning

Het derde aspect betreft de toekenning door het recht van rechtsgevolgen (rechten, plichten, voordelen, verantwoordelijkheden) aan een gelijkgeslachtelijke relatie.⁵¹ De minimumnorm, goed ontwikkeld in het internationale mensenrechtenrecht, is hier dat rechtsgevolgen die bereikbaar zijn voor ongehuwde partners van verschillend geslacht, ook bereikbaar moeten zijn voor partners van gelijk geslacht.⁵² Met de erkenning door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (in 2010) dat partners van gelijk geslacht ook 'family life' in de zin van art. 8 EVRM kunnen hebben,⁵³ zou de minimumnorm omhoog kunnen gaan. Het lijkt nu goed verdedigbaar dat landen ten minste de allerbelangrijkste rechtsgevolgen van het heterohuwelijk ook toe moeten kennen aan gelijkgeslachtelijke paren/gezinnen. Rechtsvergelijkend onderzoek inzake het fundamentele recht om relaties te ontwikkelen, zou kunnen helpen bij de beslissing welke rechtsgevolgen het allerbelangrijkst zijn voor een (echt)paar. Misschien het recht om voor een buitenlandse partner een verblijfsvergunning te kunnen krijgen? Of het recht om je partner enige materiële zekerheid te bieden voor het geval dat jij eerst sterft? Of wellicht het recht om

enige juridische en financiële verantwoordelijkheid voor de kinderen van je partner te nemen?

5.4 Formalisering

In de landen van de wereld wordt zeer verschillend gedacht over de vraag of – en zo ja onder welke noemer – partners van gelijk geslacht het recht verdienen om met elkaar (of met elkaars kinderen) formeel een familierechtelijke betrekking tot stand te brengen.⁵⁴ Tot nu toe lijkt het internationale of Europese recht geen minimumnorm te bieden voor de formalisering van gelijkgeslachtelijk familieleven.⁵⁵ Toch lijkt goed verdedigbaar dat het recht om relaties te ontwikkelen ook een recht inhoudt om de relatie met je partner familierechtelijk te formaliseren door middel van partnerschapsregistratie of huwelijk. Ook voor kinderen kan formalisering van groot belang zijn. Krijgen zij een permanente en juridische band met de partner van hun ouder, die zich in feite al als ouder gedraagt? En wat als er drie of vier volwassenen zijn, misschien in twee huishoudens, die in feite gezamenlijk de rol van ouders op zich nemen?

In landen waar gelijkgeslachtelijke huwelijken mogelijk zijn, wordt soms heftig gediscussieerd over de vraag hoe om te gaan met 'weigerambtenaren': ambtenaren van de burgerlijke stand die (godsdienstige) gewetensbezwaren hebben tegen het persoonlijk meewerken aan een huwelijksvoltrekking tussen twee vrouwen of twee mannen.⁵⁶ Je zou kunnen zeggen, althans indien de bezwaarde ambtenaar zich zou laten vervangen door een collega, dat er geen direct slachtoffer is en dat er dus ook geen sprake is van discriminatie. Maar ook in dit geval kunnen er indirecte slachtoffers zijn. Probeer je in te denken in de situatie van het nog met aanvaarding van eigen homoseksuele gevoelens worstelende kind van de weigerende ambtenaar. Wat moet er door dat meisje of die jongen heengaan wanneer hun eigen vader of moeder weigert om mee te werken aan het huwelijk van twee mannen of vrouwen die van elkaar houden? En wat als dat meisje of die jongen ook nog te horen krijgt dat 'het recht' die weigering tolereert? Maar toch, noch het kind, noch iemand anders, is erbij gebaat wanneer van de bezwaarde ambtenaar een martelaar zou worden gemaakt. De enige uitweg die ik vooralsnog zie, is ervoor zorgen dat elk kind vanaf de basisschool ten minste óók enige onbevooroordeelde informatie over homoseksuele gerichtheid krijgt. En ervoor te zorgen dat elke weigerambtenaar zich ten volle bewust wordt van de schadelijke effecten die zijn of haar gewetensbezwaarde dienstweige-

48 EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*); VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1994, nr. 488/1992 (*Toonen/Australië*).

49 H. Lau, 'Transcending the Individualist Paradigm in Sexual Orientation Antidiscrimination Law', *California Law Review* (94) 2006, p. 1306; K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*, Den Haag: Asser Press 2006, p. 113-117.

50 Commissie gelijke behandeling 23 april 1997, oordelen 97-47 en 97-48; HvJ EG 17 februari 1998, nr. C-249/96, par. 47 (*Grant/South West Trains*); HvJ EU 1 april 2008, nr. C-267/06, par. 72 (*Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*); VN-Mensenrechtencomité 29 juli 2003, nr. 941/2000 (*Young/Australië*); EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98 (*Karner/Oostenrijk*). Zie ook EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, par. 99 (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), waar het Hof spreekt van de 'need' die paren van gelijk geslacht hebben 'for legal recognition and protection of their relationship'.

51 K. Waaldijk, *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners – A comparative study of nine European countries*, Parijs: Institut national d'études démographiques 2005.

52 EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98 (*Karner/Oostenrijk*); VN-Mensenrechtencomité 29 juli 2003, nr. 941/2000 (*Young/Australië*).

53 EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, par. 94 (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*).

54 Er is ook veel rechtsvergelijkend onderzoek naar gedaan, onder meer: K. Waaldijk, 'Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries', *New England Law Review* (38) 2004, p. 569-589; I. Curry-Summer, *All's Well That Ends Registered?*, Antwerp: Intersentia 2005; M.V.L. Badgett, *When Gay People Get Married*, New York: New York University Press 2009; K. Boele-Woelki & A. Fuchs (red.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2012.

55 VN-Mensenrechtencomité 17 juli 2002, nr. 906/1999 (*Joslin/Nieuw Zeeland*); EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04 (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*).

56 Zie Commissie gelijke behandeling 15 april 2008, oordeel 2008-40; en EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10 (*Eweida and Others/Verenigd Koninkrijk*).

ring kan hebben – juist ook op anderen dan het verloofde stel zelf.

5.5 *Erkenning van buitenlandse formalisering*

Er is nog maar weinig jurisprudentie over niet-erkenning van buitenlandse gelijkgeslachtelijke huwelijken, partnerschappen of adopties.⁵⁷ De meeste jurisprudentie is tot nu toe afkomstig van de ambtenarengerechten van de Verenigde Naties en de Internationale Arbeidsorganisatie. Beide gerechten zijn niet zuinig geweest in het erkennen van gelijkgeslachtelijke huwelijken en partnerschappen van internationale ambtenaren.⁵⁸ Vroeg of laat zal het Hof van Justitie van de EU zich moeten buigen over de vraag of de belemmeringen die de niet-erkenning van dergelijke huwelijken en partnerschappen oplevert voor het vrij verkeer van personen, toelaatbaar zijn volgens de Verdragen en Richtlijnen van de EU.⁵⁹

In de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zijn al twee uitspraken beschikbaar over de erkenning van een *andere* familierechtelijke regeling die in het ene land wel en in het andere (ontvangende) land niet bestaat: éénouderadoptie. Het Europese Hof kwam in beide zaken tot de conclusie dat ook landen waar éénouderadoptie niet mogelijk is, buitenlandse éénouderadopties moeten erkennen.⁶⁰ Het Hof baseerde zich op een reeks van argumenten die ook een rol zouden kunnen spelen in zaken waar het bijvoorbeeld gaat om de erkenning van een buitenlands huwelijk van twee vrouwen, of van een buitenlandse adoptie door twee mannen. Zonder een dergelijke erkenning worden deze vrouwen, mannen en kinderen belemmerd in hun recht om hun relatie te ontwikkelen. Zij hebben recht op respect voor hun familieleden,⁶¹ zonder discriminatie op grond van seksuele gerichtheid.

6. Conclusie

In praktisch alle landen van de wereld botst het feit dat een deel van de bevolking – in intieme gedragingen, relaties of voorkeuren – gericht is op geslachtsgenoten, met het feit dat een deel van de bevolking sterke bezwaren heeft tegen dergelijke intieme gedragingen of relaties. Vrijwel overal ter wereld heeft het recht regels in het leven geroepen om dat probleem te kanaliseren, vooral door de mogelijkheden

voor gelijkgeslachtelijke gerichtheid te beperken, maar ook en steeds vaker door die mogelijkheden uit te breiden. In het vergelijkende seksuelegerichtheidsrecht, gaat het om het vergelijken van al die juridische benaderingen voor die botsende feiten.

Een uitgangspunt daarbij kan gevonden worden in de wens om recht te doen aan de fundamentele menselijke behoefte om lief te hebben en bemind te worden. Nadat psychologen deze behoefte zijn gaan erkennen, zijn rechters gaan spreken van een grondrecht om relaties met anderen aan te gaan en te ontwikkelen. Dit recht heeft een vaste plaats gekregen in de rechtspraak van belangrijke internationale en nationale gerechtshoven. Ik heb hier voorgesteld dit fundamentele recht voortaan aan te duiden als 'the right to relate'. De geleidelijke realisering van dit mensenrecht kan al enkele decennia in vele delen van de wereld waargenomen worden in de gestage stroom van wetten en rechterlijke uitspraken die homoseksueel gedrag uit het strafrecht halen, of discriminatie verbieden, of gelijkgeslachtelijke partners en ouders erkennen.

Dit recht stelt bovendien nadere eisen aan wetgeving en rechtspraak. Hierboven heb ik betoogd dat het recht om relaties aan te gaan twee specifiekere rechten impliceert: *the right to come out*, en *the right to come together*. Zonder mogelijkheden om uit de kast te komen en om elkaar ergens te ontmoeten, zal *the right to relate* voor homomannen en lesbische vrouwen immers een illusie blijven. Ook heb ik betoogd dat aan het recht om relaties te ontwikkelen, ten minste vijf aspecten zitten waarop aanspraak gemaakt kan worden: respect voor relaties, bescherming van relaties, erkenning van relaties, formalisering van relaties, en erkenning van buitenlandse formalisering van relaties.

Bij elkaar biedt dit alles niet alleen een gemeenschappelijke noemer en zelfs een onderzoeksagenda voor mijn vak, *comparative sexual orientation law*, maar ook een gereedschapskist voor de verdere ontwikkeling van het seksuelegerichtheidsrecht waar ook ter wereld.

57 Bijv.: High Court of England and Wales 31 July 2006 (*Wilkinson/Kitzinger & Ors*), [2006] EWHC 2022 (Fam); High Court of Ireland 14 December 2006 (*Zappone & Anor/Revenue Commissioners & Ors*), [2006] IEHC 404 (hoger beroep aanhangig in Supreme Court of Ireland).

58 K. Waaldijk, 'Same-Sex Partnership, International Protection', in: R. Wolfrum (red.), *Max Planck Encyclopedia for Public International Law. Volume VIII*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1125-1134.

59 Zie onder meer: M. Bell, 'Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union', *European Review of Private Law* (5) 2004, p. 613-632; H. Toner, *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law*, Oxford: Hart 2004; en hoofdstuk 4 van het rapport *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity – Comparative Legal Analysis* (Wenen: European Union Agency for Fundamental Rights 2010).

60 EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01 (*Wagner & J.M.W.L./Luxemburg*); EHRM 3 mei 2011, nr. 56759/08 (*Negreptis-Giannisis/Griekenland*).

61 EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, par. 94 (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*).