

SEKSEDISCRIMINATIE ONDER ARTIKEL 14 EVRM: OVER PRINCIPES, PRAGMATISME EN PROBLEMEN

Alexandra Timmer *

Samenvatting | Dit artikel analyseert de seksediscriminatiejurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uit de periode 2012–2019. De jurisprudentie is niet consistent. Het artikel betoogt dat er geen overeenstemming binnen het Hof bestaat over de onderliggende doelen en concepten van artikel 14 EVRM. Het Hof is met name verdeeld over de vraag in hoeverre het meer principieel op moet treden tegen gender–stereotyperingen, vooral in gevallen waarin een maatregel vrouwen lijkt te beschermen.

Trefwoorden | [Artikel 14 EVRM, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, seksediscriminatie, genderstereotypen, gelijkheid]

Navigator van Wolters Kluwer | NTM–NJCMBull. 2019/24

1 Inleiding

De Grote Kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of Hof) leek met *Konstantin Markin/Rusland* een nieuwe weg in te slaan in de seksediscriminatie jurisprudentie.¹ Het arrest betrof een mannelijke militair die de zorg had voor drie kleine kinderen, maar die geen recht had op ouderschapsverlof omdat alleen vrouwelijke militairen hierop aanspraak konden maken. Het Russische Grondwettelijke Hof had bepaald dat het onderscheid gerechtvaardigd was in verband met de speciale sociale rol van vrouwen verbonden met het moederschap.² Het EHRM oordeelde dat de overheid geen beroep kan doen op genderstereotypen om ongelijke behandeling te rechtvaardigen, evenmin als op stereotypen over ras, oorsprong, kleur of seksuele oriëntatie.³ Het Hof legde bovendien uit dat het verbod op seksediscriminatie inhoudt dat staten geen traditionele rollen of tradities die gebaseerd zijn op de leidende rol van de man en de secundaire rol van de vrouw mogen opleggen.⁴ Destijds waren vele commentatoren, waaronder ondergetekende positief over dit arrest,⁵ omdat het een nieuw

■ Mr. dr. A.S.H. Timmer is als universitair hoofddocent bij het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) verbonden aan de Universiteit Utrecht. Zij heeft in 2017 een NWO VENI-beurs ontvangen voor haar project Gender Injustice: Historical Development and Contemporary Challenges in European Human Rights Law. Funded by the Netherlands Organisation of Scientific Research (NWO): 451–17–029.

1 EHRM 22 maart 2012, 30078/06, EHRC 2012/117, m.nt. J.H. Gerards (*Konstantin Markin/Rusland*).

2 EHRM 22 maart 2012, 30078/06, r.o. 34, EHRC 2012/117, m.nt. J.H. Gerards (*Konstantin Markin/Rusland*).

3 EHRM 22 maart 2012, 30078/06, r.o. 143, EHRC 2012/117, m.nt. J.H. Gerards (*Konstantin Markin/Rusland*).

4 EHRM 22 maart 2012, 30078/06, r.o. 127 & 142, EHRC 2012/117, m.nt. J.H. Gerards (*Konstantin Markin/Rusland*).

5 Zie (bijv.) A. Timmer, 'Gender Justice in Strasbourg', www.strasbourgobservers.com, 22 maart 2012; S. Fredman, 'Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights', *Human Rights Law Review* 2016/16, p. 273–301, meer specifiek p. 291.

tijdperk leek in te luiden waarin het Hof meer principieel genderongelijkheid zou aankaarten. *Konstantin Markin* zou de non-discriminatie jurisprudentie van het EHRM – gebaseerd op artikel 14 EVRM – voorzien van een meer ‘expliciet moreel kompas’, door de negatieve gevolgen van stereotyperingen bloot te leggen.⁶

Dit artikel maakt de balans zeven jaar later op en analyseert de seksediscriminatie-jurisprudentie *post-Konstantin Markin*, meer specifiek de houding van het EHRM ten opzichte van genderstereotypen. Het zal laten zien dat er inmiddels minder reden tot optimisme is. Het Hof heeft de laatste jaren een aantal arresten gewezen die beduidend minder principieel zijn en zelfs een aantal arresten en rechterlijke opinies die ronduit stereotyperend zijn. Aan de andere kant zijn er wel degelijk uitspraken en opinies geweest waarin (secties van) het Hof het morele kompas van *Konstantin Markin* volgen en waarin er een stap verder is gezet met het benoemen en bestrijden van genderstereotypen. Waarom heeft het Hof de anti-genderstereotypenbenadering van *Konstantin Markin* niet consistent voortgezet? Het Hof lijkt ambivalent. Die ambivalentie heeft verschillende aspecten. Het Hof moet zoals gewoonlijk laveren tussen respect voor enerzijds nationale waarden en soevereiniteit en anderzijds het garanderen van een uniforme (minimum)standaard aan mensenrechtenbescherming.⁷ Meer specifiek, zo zal dit artikel betogen, is het Hof ook ambivalent over wat gendergelijkheid zou moeten inhouden en laten individuele rechterlijke opinies grote verschillen in opvattingen zien zowel over gender als over de inhoud van het begrip gelijkheid. In dat opzicht is het Hof een afspiegeling van de maatschappij, waar gendergelijkheid ook voortdurend onderwerp van debat is.

Dit artikel is gebaseerd op een analyse van alle artikel 14 EVRM-seksediscriminatie arresten die gewezen zijn na *Konstantin Markin* (22 maart 2012) tot 1 juni 2019. Dat zijn in het totaal 34 arresten, inclusief ontvankelijkheidsbesluiten. Een overzicht van deze arresten is te vinden in de annex bij dit artikel. De annex bevat ook een overzicht van alle individuele opinies die gewezen zijn in die arresten. Deze manier van selecteren heeft geleid tot een eerste beperking van het onderzoek, namelijk dat alle arresten die wellicht seksediscriminatie betroffen maar niet onder artikel 14 EVRM zijn behandeld door het Hof, buiten beschouwing blijven.⁸ Een tweede beperking is dat de selectie bepaald is door de manier waarop het Hof zelf de discriminatiegrond geïnterpreteerd heeft.⁹ Dit is af en toe moeilijk te bepalen, omdat het Hof soms de discriminatiegrond niet expliciteert.¹⁰ Deze tweede beperking heeft belangrijke inhoudelijke gevolgen. Zoals verderop in dit artikel besproken zal worden heeft de interpretatie van het begrip

6 O. M. Arnadóttir, ‘The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2014/14, p. 647–670, meer specifiek p. 654.

7 J. Gerards, ‘The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination’, in: M. Balboni (red.), *The European Convention of Human Rights and the principle of non-discrimination*, Napels: Editoriale Scientifica 2017, p. 27–62, meer specifiek p. 28.

8 Alhoewel het Hof artikel 14 EVRM tegenwoordig meer gebruikt dan vroeger, zijn er in het verleden voorbeelden te vinden waarin het Hof het niet nodig vond artikel 14 EVRM te analyseren ondanks dat de feiten richting seksediscriminatie wezen. Bijv. EHRM 8 november 2011, 18968/07, (V.C./Slowakije): gedwongen sterilisatie van een Roma-vrouw.

9 Er is in eerste instantie gezocht door in de zoekmachine van het Hof, Hudoc, onder keywords ‘artikel 14-> sex’ te selecteren. Vervolgens is ook naar andere artikel 14 EVRM uitspraken gekeken om te zorgen dat er geen uitspraak gemist is.

10 (Bijv.) EHRM 19 februari 2013, 38285/09, (*Garcia Mateos/Spanje*); EHRM 26 oktober 2017, 28475/12, (*Ratzenböck and Seydl/Oostenrijk*). Beide arresten zijn wel opgenomen in de annex.

‘seksse’ normatieve implicaties. Wat wel en niet kwalificeert als ‘seksse’ kan een *legal battleground* zijn. Zo bestond in het verleden de vraag of zwangerschapsdiscriminatie seksediscriminatie was (antwoord: ja) en is er tegenwoordig veel discussie over de vraag in hoeverre geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie vallen onder het begrip seksse.¹¹

Een laatste kanttekening betreft stereotypen. Genderstereotypen kunnen verschijnen op het gehele terrein van de EHRM-jurisprudentie. Ze blijven niet beperkt tot discriminatiezaken. Zo hebben bijvoorbeeld zowel Lourdes Peroni als Thomas Spijkerboer laten zien dat sommige non-refoulement arresten doortrokken zijn van genderstereotypen, vooral wanneer het vrouwelijke asielzoekers betreft die blijk hebben gegeven van veel kracht en vindingrijkheid in het verlaten van hun land.¹² Geweld tegen kinderen en vrouwen is ook een terrein waar veel genderstereotypen in opduiken, waarbij sommige van die zaken wel onder artikel 14 EVRM worden behandeld en anderen niet.¹³ In de periode maart 2012 – mei 2019 zijn er acht arresten gewezen die over discriminatie in de context van huiselijk geweld gaan.¹⁴ Deze arresten zullen hier niet verder besproken worden, aangezien dat elders in de literatuur uitgebreid is gedaan.¹⁵ Tenslotte wordt het Hof ook regelmatig geconfronteerd met stereotypen op andere gronden dan gender, zoals bijvoorbeeld stereotypen over ras¹⁶ of geloof.¹⁷ Dit artikel zal zich echter beperken tot de genderstereotypen die voorkomen in seksediscriminatie arresten.

Ter inleiding op de recente jurisprudentie wordt eerst kort uiteengezet hoe het Hof artikel 14 EVRM placht te toetsen en hoe het Hof gelijkheid vormgeeft onder die verdragsbepaling (par. 2). Vervolgens geeft het artikel een overzicht van de recente seksediscriminatie jurisprudentie en laat het zien dat deze incoherent is (par. 3). Het vervolgt met een verklaring van die incoherentie, door aan te tonen dat er geen overeenstemming binnen het Hof is over de onderliggende doelen en concepten van artikel 14 EVRM (par. 4). Het artikel sluit af door een blik vooruit te werpen (par. 5).

11 Zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel ‘Verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksse personen’, waarmee de Algemene Wet Gelijke Behandeling gewijzigd is.

12 L. Peroni, ‘The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights: Unearthing the Gendered Roots of Harm’, *Human Rights Law Review* 2018/18, p. 347–370; T. Spijkerboer, ‘Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights’, *Law Critique* 2018/29, p. 221–239.

13 Voor discussie (bijv.) L. Peroni & A. Timmer, ‘Gender Stereotyping in Huiselijk geweld Cases: An Analysis of the European Court of Human Rights Jurisprudence’, in: E. Brems & A. Timmer (red.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 39–65.

14 Zie annex.

15 Zie bijvoorbeeld L. Peroni en A. Timmer, ‘Gender Stereotyping in Huiselijk geweld Cases: An Analysis of the European Court of Human Rights’ Jurisprudence’, in: Eva Brems en Alexandra Timmer (red.), *Stereotyping and Human Rights Law* (p. 39–65), Antwerpen: Intersentia, 2015; EHRM 28 mei 2013, 3564/11, EHRC 2013/188, m.nt. Van Leeuwen (Eremia/Roemenië); EHRM 23 mei 2017, 49645/09, EHRC 2017/176, m.nt. Boerefijn (Balsan/Roemenië). In een aantal van die arresten gaat het Hof ook in op genderstereotypen. Daar moet bij gezegd worden dat deze meer gender-sensitieve en principiële benadering van huiselijk geweld niet zozeer een erfenis van het *Konstantin Markin* arrest is, als wel van *Opuz/Turkije* uit 2009 – het eerste arrest waarin het Hof bepaalde dat huiselijk geweld een vorm van discriminatie tegen vrouwen kan zijn. EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*).

16 Het oordeel van de Grote Kamer in *Biao/Denemarken*, over discriminatie op grond van etnische origine in de context van gezinshereniging, bouwt voort op *Konstantin Markin*. EHRM 24 mei 2016, 38590/10, r.o. 126 (*Biao/Denemarken*); E. Brems & A. Timmer, *Stereotypes and Human Rights Law*, Antwerpen: Intersentia 2016.

17 (Bijv.) EHRM 1 juli 2014, 43835/11 (*S.A.S./Frankrijk*).

2 Gelijkheid en het seksediscriminatie-toetsingskader onder artikel 14 EVRM

Deze paragraaf zet kort uiteen hoe het Hof het gelijkheidsbeginsel vormgeeft onder artikel 14 EVRM en hoe het een discriminatieklacht beoordeelt, om vervolgens in de volgende delen dieper in te kunnen gaan op genderstereotypen in de recente jurisprudentie.

2.1 Het toetsingskader

De basis van het artikel 14 EVRM toetsingskader heeft het Hof gelegd in de eerste discriminatiezaak die het op de merites beoordeelde, het *Belgische taalzaak*-arrest uit 1968.¹⁸ Het Hof heeft dit kader door de jaren heen verfijnd en uitgebreid. Tegenwoordig definieert het Hof discriminatie primair als: 'treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations.'¹⁹ De afgelopen 20 jaar heeft het Hof daarbij ook stapje voor stapje indirecte discriminatie erkend:

'A general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory even where it is not specifically aimed at that group and discrimination potentially contrary to the Convention may result from a *de facto* situation.'²⁰

Het verderop te bespreken *Di Trizio/Zwitserland* is het eerste arrest waarin een schending van artikel 14 EVRM is gevonden op grond van indirecte seksediscriminatie.

In essentie bestaat het artikel 14 EVRM toetsingskader uit vier stappen.²¹ Dit kader wordt zowel in indirecte als directe seksediscriminatie arresten toegepast, met het verschil dat de bewijslast anders verdeeld is in indirecte discriminatiezaken; dan wordt de bewijslast omgedraaid zodra verzoekers een *prima facie* geval van indirecte discriminatie hebben kunnen aantonen.

Ten eerste de *ambit*-toets: artikel 14 EVRM is geen op zichzelf staand recht, maar is alleen van toepassing als een klacht binnen de '*ambit*' valt van een ander EVRM-recht.²² Zo kan artikel 14 EVRM dus alleen ingeroepen worden in samenhang met een ander Verdragsrecht. Dit in tegenstelling tot Protocol 12 EVRM, waarin wel een onafhankelijk verbod op discriminatie is opgenomen. Protocol 12 EVRM zal in dit artikel verder niet besproken worden, aangezien er (nog) geen seksediscriminatie arresten onder gewezen zijn. Het Hof interpreteert de *ambit* van de EVRM-rechten vaak ruim.

De tweede stap is dat het Hof toetst of er een verschil in behandeling heeft plaatsgevonden op basis van een van de verboden gronden van discriminatie. Seksediscriminatie is in ieder geval

18 EHRM 9 februari 1967, 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, (*Belgium Linguistics case*).

19 EHRM 15 maart 2012, 4149/04; 41029/04, r.o. 43 (*Aksu/Turkije*); Zie ook EHRM 13 november 2007, 57325/00, r.o. 175 (*D.H. and Others/Tsjechië*); EHRM 8 december 2009, 49151/07, r.o. 47 (*Muñoz Díaz/Spanje*); EHRM 2 november 2010, 3976/05, r.o. 67 (*Perife Yiğit/Turkije*).

20 EHRM 2 februari, 7186/09, r.o. 80 (*Di Trizio/Zwitserland*).

21 EHRM 28 november 1984, 8777/79 (*Rasmussen/Denemarken*); D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick & E. Bates, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009.

22 Zie bijvoorbeeld O. M. Arnardottir, 'Discrimination as a magnifying lens Scope and ambit under Article 14 and Protocol No. 12', in: J. Gerards & E. Brems (red.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 567–599.

verboden, aangezien sekse een van de gronden is die (niet limitatief) worden opgesomd in artikel 14 EVRM.

De interessante vraag met betrekking tot seksediscriminatie is wat er precies onder het begrip ‘sekse’ valt.²³ Het Hof heeft nooit een definitie van de reikwijdte van dat begrip gegeven. Waarschijnlijk is dat maar beter ook, aangezien het onderscheid tussen begrippen als ‘sekse’, ‘gender’ en ‘genderidentiteit’ zowel maatschappelijk als theoretisch diep betwist wordt en daardoor voortdurend in beweging is.²⁴ Daarbij gebruikt het Hof de termen ‘sekse’ (‘sex’) en ‘gender’ door elkaar.²⁵ Het Hof beschouwt sekse/genderdiscriminatie met name als een vorm van ongelijke behandeling tussen (cis-)mannen en (cis-)vrouwen.²⁶ Hoeveel breder ‘sekse’ is in de opvatting van het Hof, is niet met zekerheid te zeggen. Vooral arresten die transgenders betreffen leggen deze problematiek bloot. Aangezien er tot nu toe heel weinig arresten geweest zijn die een artikel 14 EVRM analyse bevatten van klachten van transgenders,²⁷ is het niet duidelijk of het Hof discriminatie op basis van genderidentiteit opvat als seksediscriminatie of dat genderidentiteit een afzonderlijke discriminatiegrond is. Dat laatste lijkt het geval,²⁸ maar bijvoorbeeld in het Grote Kamerarrest *Hämäläinen/Finland* suggereerde een groepje *dissenting* rechters dat een transgendervrouw die klaagde dat zij gediscrimineerd was omdat zij haar identiteit op haar paspoort niet kon veranderen zolang ze getrouwd was met een (cis-)vrouw, slachtoffer was van discriminatie op basis van ‘gender’.²⁹ Paragraaf 5 van dit artikel, waarin een blik op de toekomst wordt geworpen, zal kort terugkomen op deze problematiek.

De derde stap in het toetsingskader is dat het Hof bekijkt of het verschil in behandeling personen betreft die in een vergelijkbare situatie zijn. In de praktijk worden de tweede en de derde stappen vaak samengevoegd, ook verwisselt het Hof de volgorde van de tweede en de

23 In tegenstelling tot de opmerking in het Handbook on European non-discrimination law, p. 162: ‘Sex discrimination is relatively self-explanatory, in that it refers to discrimination that is based on the fact that an individual is either a woman or a man.’ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2018.

24 Zie (bijv.) binnen de juridische literatuur D. A. G. Salzberg, *Sexuality & Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Oxford: Hart 2019; A. Gross, ‘Sex, Love, and Marriage: Questioning Gender and Sexuality Rights in International Law’, *Leiden Journal of International Law* 2008/21, p. 235–253; J. Halley, ‘Take a Break from Feminism?’, in: M. Sunder (red.), *Gender and Feminist Theory in Law and Society*, Routledge 2017, p. 503–527.

25 Vergelijk bijvoorbeeld: ‘On the one hand the Court has held repeatedly that, just like differences based on gender, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification...’ (EHRM 16 juli 2014, 37359/09, r.o. 109 (*Hämäläinen/Finland*)) met ‘the Court has repeatedly held that differences based on sex require particularly serious reasons by way of justification (EHRM 24 januari 2017, 60367/08 en 961/11, r.o. 78 (*Khamtokhu en Aksenchik/Rusland*)), accentuering toegevoegd door de auteur.

26 De term ‘cisgender’ kan als volgt gedefinieerd worden: ‘Cisgender refers to individuals who self-identify with the gender that was assigned to them at birth. Cisgender is derived from the Latin word ‘cis’ (‘on this side of’) and should not be conflated with the pejorative, English-language term, ‘sissy’. P. Dunne & M. van den Brink, *Trans and intersex equality rights in Europe: A comparative analysis*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2018, p. 35.

27 Er zijn tot dusverre slechts drie arresten, waarbij het Hof in alle drie de gevallen tot de conclusie kwam dat artikel 14 EVRM niet geschonden was: EHRM 20 juli 1998, 31–32/1997/815–816/1018–1019 (*Sheffield en Horsham/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 november 2010, 35159/09 (*P.V./Spanje*); EHRM 16 juli 2014, 37359/09 (*Hämäläinen/Finland*).

28 EHRM 30 november 2010, 35159/09, r.o. 30 (*P.V./Spanje*).

29 EHRM 16 juli 2014, 37359/09 (*Hämäläinen/Finland*), Joint Dissenting Opinion of Judges Sajó, Keller And Lemmens, par. 17 (‘...the applicant has been subjected to a difference in treatment on the basis of her gender (and not on the basis of her sexual orientation, which is a distinct and separate matter’).

derde stap nog wel eens.³⁰ De vergelijkbaarheidstoets, ook wel de comparator genoemd, is niet altijd van grote betekenis, hoewel er individuele rechters binnen het Hof zijn die veel nadruk op het belang van de toets leggen.³¹ Vanuit een anti-stereotypen perspectief is het vereiste van een comparator problematisch, omdat stereotypen niet inherent vergelijkend zijn; ze kunnen *an sich* hele schadelijke of althans beperkende denkbeelden opleggen.³² Tarunabh Khaitan spreekt in dat verband van ‘non-comparative adverse effects’.³³

De laatste stap is de rechtvaardigingstoets. Het Hof bekijkt of het betwiste onderscheid objectief en redelijk gerechtvaardigd is. De toetsingsintensiteit die het Hof hanteert varieert per discriminatiegrond en hangt ook af van de context van de klacht. In principe hanteert het Hof de zogenaamde ‘very weighty reasons-test’ in seksediscriminatie arresten, wat een intensieve toetsing inhoudt. Sinds *Abdulaziz, Cabales and Balkandali/Verenigd Koninkrijk* luidt de standaardformule: ‘very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.’³⁴ Dit houdt in dat onderscheid op basis van sekse alleen proportioneel wordt geacht als het onderscheid geschikt en noodzakelijk is om een legitiem doel te bereiken.³⁵ Deze test wordt echter niet consistent toegepast; er zijn seksediscriminatie arresten waarin het Hof de *very weighty reasons* test verwatert omdat andere belangen die een ruimere beoordelingsmarge vragen voorrang krijgen.³⁶

2.2 Gelijkheid

De afgelopen jaren hebben vele commentatoren opgemerkt dat het Hof steeds meer een materiële opvatting van gelijkheid omarmt.³⁷ De erkenning van het concept van indirecte discriminatie wordt daarbij als belangrijke indicatie gezien. Tegelijkertijd hebben echter ook al meerdere commentatoren opgemerkt dat het Hof weinig moeite doet om een theorie over gelijkheid uiteen te zetten.³⁸

30 (Bijv.) EHRM 13 oktober 2015, 33631/06, r.o. 61 (*Vrountou/Cyprus*), (‘as in any case concerning a complaint based on Article 14 taken in conjunction with a substantive article of the Convention or its Protocols, the four questions the Court must consider are: (1) whether the facts of the case fall within the ambit of the substantive article ...; (2) whether there has been a difference in treatment between the applicant and others; (3) whether that difference in treatment has been on the basis of one of the protected grounds set out in Article 14 of the Convention; and (4) whether there was a reasonable and objective justification for that difference in treatment; if there was not, the difference in treatment will be discriminatory and in violation of Article 14.’).

31 (Bijv.) EHRM 10 januari 2019, 12879/09 (*Ecis/Letland*), joint dissenting opinion Judges Grozev and O’Leary, par. 19.

32 A. Timmer, ‘Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2011/11, p. 707–738, meer specifiek p.723–724; S. Moreau, ‘Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups’, *Journal of Law and Equality* 2006/5, p. 81–96.

33 T. Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford: Oxford university press 2015, p. 151–153.

34 EHRM 28 mei 1985, 9214/80, 9473/81, 9474/81, r.o. 78 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*).

35 EHRM 19 februari 2013, 19010/07, r.o. 140 (*X and Others/Oostenrijk*).

36 Zie bijvoorbeeld EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 85 (*Khamtokhu en Aksenchik/Rusland*).

37 (Bijv.) R. O’Connell, ‘Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-discrimination in the ECHR’, *Legal Studies* 2009/29, p. 211–229; Timmer 2011 (*supra* noot 32); Fredman 2016 (*supra* noot 5).

38 (Bijv.) S. Besson, ‘Gender Discrimination under EU and ECHR Law: *Never Shall the Twain Meet?*’, *Human Rights Review* 2008/8, p. 647–682, meer specifiek p. 651; C. Nikolaidis, ‘Equality and non-discrimination in Europe: the shortcomings of Article 14 of the European Convention on Human Rights and the new Protocol 12’, *Annuaire international des droits de l’homme*, 2014/7, p. 815–843, meer specifiek p. 824.

Er is heel veel geschreven over het onderscheid tussen formele en materiële gelijkheid.³⁹ Formele gelijkheid wordt vaak gedefinieerd als ‘gelijke gevallen gelijk behandelen’, wat voornamelijk de vraag opwerpt wat vergelijkbaar en wat verschillend is. Formele gelijkheid is duidelijk het uitgangspunt van het Hof onder artikel 14 EVRM, wat blijkt uit de definitie van discriminatie van het Hof.⁴⁰ Materiële gelijkheid is een *diffuser* concept. Het doel van materiële gelijkheid kan gezien worden in het creëren van gelijke mogelijkheden, maar ook in het garanderen van gelijk resultaat. Materiële gelijkheid is asymmetrisch; het streven is om de nadelen die kwetsbare groepen ondervinden op te heffen. De anti-stereotypenbenadering maakt deel uit van een materiële gelijkheidsbenadering, of zelfs een ‘transformatieve’ gelijkheidsbenadering,⁴¹ in die zin dat het de sociale oorsprong en structurele manifestaties van genderongelijkheid wil blootleggen.

Ēcis/Letland is het eerste seksediscriminatie-arrest van het EHRM waarin een meerderheid expliciet de term ‘*substantive equality*’ gebruikt⁴² en daarmee nadrukkelijk erkent dat materiële gelijkheid een doel is dat het Verdrag nastreeft.⁴³ De zaak betrof een mannelijke gevangene die klaagde dat hij niet naar de begrafenis van zijn vader kon op basis van de wet die het gevangeniswezen reguleert. De wet in kwestie stelde een minder strikt regiem voor vrouwelijke dan voor mannelijke gevangenen in met betrekking tot de mogelijkheid om toestemming te vragen om de gevangenis kortstondig te verlaten. Het Hof stelt dat ‘a difference in treatment that is aimed at ensuring substantive equality may be justified under Article 14 of the Convention.’⁴⁴ Dit zou kunnen suggereren dat materiële gelijkheid nog steeds wordt gezien als uitzondering op het fundamentele principe van non-discriminatie, maar het Hof vervolgt:

‘The Court is mindful of the various European and international instruments drafted to ensure that the distinctive needs of women prisoners are adequately taken into account ... Also the Court has acknowledged that providing for the distinctive needs of women prisoners, particularly in relation to maternity, in order to accomplish substantial gender equality should not be regarded as discriminatory ... Accordingly, certain differences in the prison regimes that are applicable to men and women are acceptable and may even be necessary in order for substantive gender equality to be ensured.’⁴⁵

Dit is een interessante ontwikkeling, maar zoals het vervolg van dit artikel zal laten zien is het hiermee nog niet duidelijk hoe het Hof materiële gendergelijkheid opvat.

39 Zie S. Fredman, *Discrimination Law* (2^e ed.), Oxford: Oxford University Press 2011. Hoofdstuk 1 bevat een goede inleiding.

40 EHRM 2 februari, 7186/09, r.o. 80 (*Di Trizio/Zwitserland*).

41 Timmer 2011 (*supra* noot 32).

42 EHRM 10 januari 2019, 12879/09, r.o. 86 (*Ēcis/Letland*).

43 Individuele rechters hebben dit al veelvuldig beargumenteerd, zie (bijv.) Pinto de Albuquerque in EHRM 24 januari 2017, 60367/08 en 961/11 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*) en de concurring opinions in EHRM 25 juli 2017, 17484/15 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*).

44 EHRM 10 januari 2019, 12879/09, r.o. 86 (*Ēcis/Letland*).

45 EHRM 10 januari 2019, 12879/09, r.o. 86 (*Ēcis/Letland*).

3 Incoherente recente jurisprudentie

Deze paragraaf analyseert de recente seksediscriminatie jurisprudentie. Het Hof slingert heen en weer tussen principes, pragmatisme, en conservatisme, wat resulteert in een soort continuüm aan arresten. Aan de ene kant is er een lijn van arresten waarbij het Hof genderstereotypen benoemt en het Hof een principiële benadering van anti-stereotypen hanteert. In het midden is er een groot aantal arresten waarin het Hof vooral pragmatisch is en simpelweg niet ingaat op stereotypen of überhaupt de genderdimensie van arresten. Aan de andere kant is er een lijn arresten waarin het Hof genderstereotypen expliciet bevestigt.

3.1 De principiële benadering van seksediscriminatie: *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*

Er is de afgelopen jaren een aantal arresten over uiteenlopende onderwerpen geweest waarin het Hof de redenering van *Konstantin Markin* naar de letter volgde.⁴⁶ *Vrountou/Cyprus* is in dit rijtje noemenswaardig.⁴⁷ Het arrest betreft een Cypriotische regeling waarbij de kinderen van ontheemde vaders – maar niet kinderen van ontheemde moeders – aanspraak konden maken op een vluchtelingenkaart, wat assistentie bij huisvesting en andere sociale voordelen met zich meebracht. Cyprus verdedigde het onderscheid met het argument dat in het verleden – de regeling stamt uit 1974 – mannen kostwinnaars waren en dat daardoor de kinderen van ontheemde mannen meer nadeel ondervonden dan van ontheemde vrouwen. In zijn oordeel onderstreept het Straatsburgse Hof dat dit een genderstereotype is en dat opvattingen over genderrollen veranderen door de tijd heen. Het gaat, volgens het Hof, elke beoordelingsmarge van de Staat te buiten om aan te nemen dat de opvattingen van veertig jaar geleden nog steeds geldig zijn.⁴⁸ De Staat mag dus niet stil staan. Bovendien kunnen financiële overwegingen (het zou veel kosten om ook kinderen van ontheemde vrouwen vluchtelingenkaarten te geven) ongelijke behandeling op basis van geslacht niet rechtvaardigen.⁴⁹

Het meest markante arrest waarin het Hof echt een stap verder heeft gezet in het aanpakken van genderstereotypen is *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*.⁵⁰ Verzoekster klaagde over de reductie in schadevergoeding die zij had gekregen naar aanleiding van een medische misser. Na een mislukte operatie had de verzoekster veel pijn, incontinentie en problemen met lopen en zitten. Ze kon ook niet meer genieten van seks en ze was depressief. Het Portugese Supreme Administrative Court had de schadevergoeding die haar in eerste instantie toe was gewezen door de rechtbank verlaagd, op basis van de overweging dat ze op dat moment al twee kinderen had en vijftig jaar oud was, 'an age when sex is not as important as in younger years, its

46 EHRM 2 oktober 2012, 33411/05, r.o. 40–41 (*Hulea/Roemenië*), (in vele opzichten vergelijkbaar met *Konstantin Markin* aangezien dit arrest ook ging over een man die in het leger werkte en wiens verzoek om ouderschapsverlof op te nemen geweigerd werd); EHRM 13 oktober 2015, 33631/06, r.o. 75–76 (*Vrountou/Cyprus*). Zie ook EVRM 10 juli 2012, 58369/10, r.o. 73 (*Staatkundig Gereformeerde Partij/Nederland*), (officieel geen discriminatie arrest aangezien de SGP zich beriep op artikel 9 en 10 EVRM).

47 EHRM 13 oktober 2015, 33631/06 (*Vrountou/Cyprus*).

48 EHRM 13 oktober 2015, 33631/06, r.o. 80 (*Vrountou/Cyprus*).

49 EHRM 13 oktober 2015, 33631/06, r.o. 79 (*Vrountou/Cyprus*).

50 EHRM 25 juli 2017, 17484/15 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*).

significance diminishing with age.⁵¹ Een andere overweging was dat verzoekster ‘probably only needed to take care of her husband’ en dat er daarom minder hulp in de huishouding nodig was dan gebudgetteerd door de rechtbank.⁵²

De redenering van de meerderheid is markant om een aantal redenen. Om te beginnen beschouwt de meerderheid dit als een zaak over ongelijke behandeling op twee gronden: sekse en leeftijd.⁵³ Voor zover de auteur weet is dit de eerste keer dat het Hof expliciet toetst aan een combinatie van twee gronden, waarvan één sekse is. Er zijn al eerder verzoekers geweest die een klacht op twee gronden hebben ingediend, teruggaande tot *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*,⁵⁴ maar tot dusverre koos het Hof er altijd voor om de gronden los van elkaar te beoordelen of om maar één grond te beoordelen. In *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal* past het Hof een intersectionele benadering toe, zonder dat het de term ‘*intersectional discrimination*’ als zodanig gebruikt.⁵⁵ In een eerder arrest, *B.S./Spanje*, had het Hof ook al een stapje richting de erkenning van intersectionele discriminatie gemaakt.⁵⁶ Dit arrest betrof politiegeweld tegen een vrouwelijke sekswerker van Afrikaanse afkomst. Het Hof gebruikte daar de term ‘*particular vulnerability*’ – die in feite gecreëerd was door drie factoren, namelijk sekse, sociaaleconomische klasse, en afkomst/huidskleur – om een intersectionele benadering te gebruiken. Het Hof oordeelde in die zaak dat:

‘the decisions made by the domestic courts failed to take account of the applicant’s particular vulnerability inherent in her position as an African woman working as a prostitute. The authorities thus failed to comply with their duty under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3 to take all possible steps to ascertain whether or not a discriminatory attitude might have played a role in the events.’⁵⁷

In zekere zin bouwt *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal* dus voort op *B.S./Spanje*, maar de manier waarop de intersectionele benadering dit keer gestalte krijgt is anders, namelijk via een anti-stereotypenanalyse. De meerderheid overweegt dat:

‘The question at issue here is not considerations of age or sex as such, but rather the assumption that sexuality is not as important for a fifty-year-old woman and mother of two children as for someone of a younger age. That assumption reflects a traditional idea of female sexuality as being essentially linked to child-bearing purposes and thus ignores its physical and psychological relevance for the self-fulfillment of women as people. Apart from being, in a way, judgmental, it omitted to take into consideration other dimensions of women’s sexuality in the specific case of the applicant. In other words, in the instant case the Supreme Administrative Court made a general assumption without attempting to look at its validity in the specific case of the applicant herself, who was fifty at the time of the operation at issue.’⁵⁸

51 EHRM 25 juli 2017, 17484/15, r.o. 16 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*).

52 EHRM 25 juli 2017, 17484/15, r.o.16 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*).

53 EHRM 25 juli 2017, 17484/15, r.o. 51 & 53 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais /Portugal*).

54 EHRM 28 mei 1985, 9214/80, 9473/81, 9474/81, r.o. 70 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*).

55 Meer over intersectionele discriminatie zie (bijv.) L. Sosa, *Intersectionality in the human rights legal framework on violence against women – At the centre or the margins?*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

56 EHRM 27 juli 2012, 47159/08 (*B.S./Spanje*).

57 EHRM 27 juli 2012, 47159/08, r.o. 62 (*B.S./Spanje*).

58 EHRM 25 juli 2017, 17484/15, r.o. 52 (*Carvalho Pinto/Portugal*).

Met deze redenering zet het Hof op zeker drie manieren een stap verder dan in *Konstantin Markin*. Ten eerste is dit het eerste arrest waarin het Hof het handelen op basis van een stereotype beschouwt als het centrale onrecht wat een verzoeker is aangedaan en erkent het dat dit op zichzelf een schending van artikel 14 EVRM kan opleveren. Ten tweede gaat het Hof niet op zoek naar een comparator, alhoewel er wel een verwijzing is naar Portugese arresten die schadevergoedingen voor mannen betroffen waarin dergelijke stereotype niet gebruikt werden.⁵⁹ Ten derde, zoals hierboven besproken, benut het Hof ten volle het potentieel van een anti-stereotype analyse⁶⁰ door er een intersectionele benadering in te verwerken. Daar moet overigens wel bij vermeld worden dat de Kamer die het arrest wees verdeeld was.⁶¹ Rechter Ravarani en Bošnjak schreven een *dissent* waarin zij het gebrek aan een comparator krachtig betwisten.

3.2 De pragmatische benadering van seksdiscriminatie

In een groot aantal seksdiscriminatie arresten benoemt het Hof genderstereotypen niet en is er überhaupt weinig genderanalyse, in de zin dat het Hof verder niet ingaat op de sociale factoren en opvattingen die ongelijkheid tussen mannen en vrouwen gecreëerd hebben en in stand houden.⁶² Dat is pragmatisch – ‘the least said the better’ lijkt het – en wellicht tot op zekere hoogte te verdedigen op grond van de schaarste van de middelen van het Hof. Als het Hof de zaak makkelijk af kan doen, waarom dan meer tijd en aandacht besteden, zo luidt het argument. Maar een dergelijk pragmatisme verhult onderliggende onenigheid en misschien zelfs verwarring over de doelen en centrale concepten van artikel 14 EVRM, waarover in paragraaf 4 meer.

Emel Boyraz/Turkije en *Hülya Ebru Demirel/Turkije* zijn goede voorbeelden van dergelijke minimalistische redeneringen van het Hof.⁶³ In beide gevallen vond het Hof een schending van artikel 14 EVRM, omdat vrouwen uitgesloten waren van bepaalde beroepen in Turkije. De overheid had beargumenteerd dat het beroep in kwestie – veiligheidsbewaker – te gevaarlijk was voor vrouwen, omdat het nachtwerk inhield en de vrouwen wapens zouden moeten dragen. Het Hof achtte deze argumenten onvoldoende gesubstantieerd, maar zweeg verder over de inhoud van de denkbeelden die waarschijnlijk achter dit soort opvattingen liggen, namelijk het idee dat vrouwen zwak zijn en daarom beschermd moeten worden.

Het Hof heeft recent een belangrijke stap gezet door voor het eerst een schending van artikel 14 EVRM vast te stellen vanwege indirecte discriminatie op grond van geslacht in *Di Trizio/Zwitserland*.⁶⁴ Dit arrest draait ook om genderstereotypen. Di Trizio had een 50%-arbeidsonge-

59 EHRM 25 juli 2017, 17484/15, r.o. 55 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*).

60 Timmer 2011 (*supra* noot 32).

61 Zie ook EHRM 25 juli 2017, 17484/15, r.o. 6, EHRC 2017/162, m.nt. Hendriks (*Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*).

62 Bijvoorbeeld EHRM 19 februari 2013, 38285/09 (*García Mateos/Spanje*); EHRM 7 januari 2014, 77/07 (*Cusan en Fazzo/Italië*).

63 EHRM 2 december 2014, 61960/08 (*Emel Boyraz/Turkije*); EHRM 19 juni 2018, 30733/08 (*Hülya Ebru Demirel/Turkije*).

64 EHRM 2 februari, 7186/09 (*Di Trizio/Zwitserland*). Er zijn eerdere arresten waarin het Hof al een heel eind de richting van indirecte discriminatie op ging (zie EHRM 20 juni 2006, 17209/02 (*Zarb Adami/Turkije*) en EHRM 6 januari 2005, 58641/00, EHRC 2005/24, m.nt. J. Gerards, EHRC 2005/161, m.nt. Driessen (*Hoogendijk/Nederland*)). In die eerdere arresten, echter, werd de term ‘indirecte discriminatie’ nog niet gebruikt.

schiktheidsuitkering vanwege haar rugklachten. Na de geboorte van haar tweeling was haar arbeidsongeschiktheidsuitkering stopgezet, omdat de Zwitserse autoriteiten de zogenaamde ‘gemengde methode’ van berekening hadden toegepast. Die methode ging uit van de hypothese dat, zelfs als Di Trizio geen handicap gehad zou hebben, ze alsnog minder zou zijn gaan werken na de geboorte van haar kinderen, hetgeen natuurlijk een genderrolstereotype is. In Straatsburg diende Di Trizio een klacht in op grond van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM. Het Hof stelde vast dat er *prima facie* sprake was van indirecte discriminatie, aangezien 97% van de gevallen waarin de gemengde methode werd toegepast vrouwen betrof en slechts 3% mannen. Maar het Hof gaf weinig blijk van een principiële verwerping van genderstereotypen, ondanks het feit dat Di Trizio dat onderliggende stereotype wel expliciet had aangekaart in haar klacht.⁶⁵ De enige verwijzing naar stereotypen staat in het gedeelte van de uitspraak waar het Hof de algemene principes uiteenzet.⁶⁶ Wellicht onbedoeld is de redenering van het Hof tot op zekere hoogte zelfs rolbevestigend, aangezien het Hof lijkt te suggereren dat het combineren van werk en zorg alleen vrouwen aangaat. Het Hof spreekt van ‘contemporary society, in which women increasingly and legitimately seek to reconcile family life and career’,⁶⁷ en ‘women’s choice to work part-time following the birth of a child’.⁶⁸ Nergens wordt aangegeven dat ook mannen werk en zorg willen en moeten combineren. Verder ontbreekt het inzicht dat wel benadrukt werd in *Konstantin Markin*, namelijk dat genderstereotypen zowel mannen als vrouwen beperken in hun mogelijkheden.

3.3 De behoudende benadering: het beschermen van vrouwen in het algemeen, en moeders in het bijzonder

Naast de bovengenoemde arresten waarin het Hof onbewust lijkt te zijn van genderstereotypen, is er ook een aantal arresten waarin het Hof bewust bepaalde genderstereotypen onderschrijft. Dit betreft gevallen waarin de Staat zich beroept op het belang van het beschermen van vrouwen in hun rol als moeder of het beschermen van vrouwen tegen geweld.

Het oordeel van de Grote Kamer in *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland* is in deze lijn het kernarrest.⁶⁹ Het arrest draait om de vraag of mensen jonger dan 18 of ouder dan 65, evenals vrouwen, uitgezonderd mogen worden van het opleggen van een levenslange gevangenisstraf. Dit is wettelijk zo geregeld in Rusland, en in bovengenoemd arrest ziet de meerderheid van de Grote Kamer daar geen schending van artikel 5 (recht op vrijheid) jo. 14 EVRM in. Dat het een controversiële uitspraak is blijkt wel uit het aantal afzonderlijke opinies die zijn aangehecht; zes in totaal. Het gedeelte van de redenering dat seksediscriminatie betreft, wordt slechts door een minderheid van 7 van de 17 rechters gesteund, alhoewel 10 van de 17 de uitkomst (geen discriminatie) onderschrijven.⁷⁰

65 ‘Selon elle, cette méthode trouve son origine dans l’idée, très traditionnelle, que seul un membre du couple – le plus souvent, l’homme – exerce une activité rémunérée, tandis que l’autre s’occupe exclusivement du ménage et des enfants (*Aufgabentrennung*)’, EHRM 2 februari, 7186/09, r.o. 48 (*Di Trizio/Zwitserland*).

66 EHRM 2 februari, 7186/09, r.o. 82 (*Di Trizio/Zwitserland*).

67 EHRM 2 februari, 7186/09, r.o. 100 (*Di Trizio/Zwitserland*).

68 EHRM 2 februari, 7186/09, r.o. 101 (*Di Trizio/Zwitserland*).

69 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, EHRC 2017/76, m.nt. Gerards (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*).

70 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 2 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*).

Zoals de dissenters aangeven,⁷¹ verlaat de meerderheidsopinie in *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland* de *Konstantin Markin*-lijn. De meerderheid verwijst weliswaar naar de *Konstantin Markin*-regel dat de staat niet op basis van stereotypen ongelijke behandeling tussen vrouwen en mannen kan rechtvaardigen,⁷² maar bekrachtigt zulke stereotypen vervolgens toch. In het midden blijft of de meerderheid denkt dat er in deze zaak geen stereotypen voorkomen, of dat de stereotypen goedaardig zijn. Er staat: ‘the Court has taken note of various European and international instruments addressing the needs of women for protection against gender-based violence, abuse and sexual harassment in the prison environment, as well as the needs for protection of pregnancy and motherhood’.⁷³ De meerderheid opteert dus expliciet voor het beschermen van vrouwen. In de volgende paragraaf van dit artikel zal betoogd worden dat dit een van de taboes is op het gebied van gender die het Hof (nog) niet bereid is aan te pakken. Rechter Nußberger geeft in haar concurring opinion aan dat de meerderheid bang was voor ‘levelling down’, in die zin dat als het Hof een schending zou vinden van artikel 14 EVRM, Rusland de uitspraak zou implementeren door levenslange gevangenisstraffen ook voor vrouwen beschikbaar te maken. Ook dit kan verklaren waarom de meerderheid de *Konstantin Markin*-lijn verliet.

Een arrest dat veel gelijkenissen vertoont met *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland* is *Alexandru Enache/Roemenië*.⁷⁴ Net als *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland*, betreft dit een man die zich slachtoffer achtte van seksdiscriminatie, wederom in de context van een gevangenisstraf, ook hier rechtvaardigde de Staat zich op basis van genderrollen over de speciale band tussen moeder en kind. In de rechtvaardigingstoets bevestigt het Hof die stereotypen. Ten eerste herhaalt het Hof het argument van de staat dat moeders een bijzondere band met hun kind hebben, maar ook voegt het daaraan uit eigen beweging – zoals de dissenters ook verbaasd opmerken⁷⁵ – dat vrouwen beschermd moeten worden tegen geweld, misbruik en seksuele intimidatie in de gevangenis.⁷⁶ In een enigszins verwarrende paragraaf, waarin het Hof de legitiem doel-toets samensmelt met de proportionaliteit-toets, oordeelt het Hof dat de speciale band tussen moeder en kind het verschil tussen veroordeelde vaders en moeders kan rechtvaardigen.⁷⁷ Voor het geval de boodschap nog niet helder was voegt het Hof daar aan toe: ‘The Court accepts that motherhood has specific features which need to be taken into consideration, sometimes by means of protective measures.’⁷⁸

Verder heeft het Hof in de periode 2012–2018 drie arresten gewezen over seksdiscriminatie met betrekking tot de toewijzing van voogdijschap en/of verblijfplaats van het kind die in deze groep behoudende arresten geschaard kan worden.⁷⁹ Alle drie de zaken waren naar het Hof gebracht door vaders die zich gediscrimineerd voelden. In *Leonov/Rusland* en *Petrov/Rusland*

71 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*), joint partly dissenting opinion van rechters Sicilianos, Møse, Lubarda, Mourou-Vikstro‘m en Kucsko-Stadlmayer, par. 2 en 3 en de dissenting opinion van rechter Pinto de Albuquerque, par. 11.

72 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 78 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*).

73 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 82 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*).

74 EVRM 3 oktober 2017, 16986/12 (*Alexandru Enache/Roemenië*).

75 EVRM 3 oktober 2017, 16986/12 (*Alexandru Enache/Roemenië*), opinie Pinto de Albuquerque en Bošnjak, par. 5.

76 EVRM 3 oktober 2017, 16986/12, r.o. 71 (*Alexandru Enache/Roemenië*).

77 EVRM 3 oktober 2017, 16986/12, r.o. 76 (*Alexandru Enache/Roemenië*).

78 EVRM 3 oktober 2017, 16986/12, r.o. 77 (*Alexandru Enache/Roemenië*).

79 EHRM 27 mei 2014, 9929/12 (*Buchs/Zwitserland*); EHRM 10 april 2018, 77180/11 (*Leonov/Rusland*); EHRM 23 oktober 2018, 23608/16 (*Petrov/Rusland*).

hadden de vaders ook expliciet beargumenteerd dat de nationale rechter het voogdijschap aan moeders toewees op basis van stereotypen over het grote(re) belang van moeders in de opvoeding van kinderen.⁸⁰ In alle drie de arresten bepaalde het Hof dat er geen sprake was van seksediscriminatie. Het Hof was in alle drie de zaken overtuigd dat redenen die betrekking hadden op de *best interests of the child* de doorslag hadden gegeven voor de nationale rechters en niet algemene vooroordelen over de superieure ouderschapskwaliteiten van moeders.⁸¹ In het *Leonov*-arrest is rechter Serghides het hier niet mee eens; hij suggereert dat de verwijzing die de nationale rechter gemaakt had naar de jonge leeftijd van het kind een verkapt genderstereotype is (namelijk dat moeders beter kunnen zorgen voor kleine kinderen).⁸²

Ten slotte is er in deze lijn een ontvankelijkheidsbeslissing waar hele andere feiten aan ten grondslag liggen, maar waar desalniettemin een enigszins vergelijkbaar genderstereotype een rol speelt: *M.D./Ierland*.⁸³ Deze uitspraak betreft een jongen die vervolgd werd omdat hij op 15-jarige leeftijd geslachtsgemeenschap had gehad met een meisje van 14, waarvan het meisje beweerde dat het een verkrachting was. Het Ierse strafrecht kende een bepaling dat minderjarige meisjes niet strafbaar gesteld konden worden voor geslachtsgemeenschap met een andere minderjarige. Verzoeker betoogde dat dit seksediscriminatie was, gebaseerd op het stereotype denkbeeld van de man als jager en de vrouw als passieve partij.⁸⁴ Het Straatsburgse Hof verklaarde de zaak *manifestly ill founded* en merkte daarbij op dat de exceptie niet gemotiveerd was door sociale denkbeelden over de seksualiteit van mannen en vrouwen, maar door een 'objectieve' realiteit gebaseerd op het vrouwelijk lichaam, namelijk dat vrouwen wel zwanger kunnen worden en mannen niet.⁸⁵ Het is dus volgens het Hof ook een redelijk doel 'to deter the male, to protect the female'.⁸⁶ In het volgende gedeelte van dit artikel zal dieper ingegaan worden op het karakter van de genderstereotypen die het Hof bevestigt in deze arresten.

4 De oorzaken van het gebrek aan coherentie: geen gedeelde visie over gendergelijkheid

De vraag is nu wat het gebrek aan coherentie in de jurisprudentie verklaart. Waarom laveert het Hof heen en weer tussen principes, pragmatisme en conservatisme in de seksediscriminatie jurisprudentie? De rol van individuele actoren is van groot belang bij het grondig beantwoorden van deze vraag. Het gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten om een empirische studie te doen naar de invloed en denkbeelden van alle relevante actoren, te weten verzoekers, vertegenwoordigers van overheden, *amici curiae*, griffieleden en rechters van het Hof. De individuele opinies die de rechters toegevoegd hebben aan de seksediscriminatiearresten zijn echter wel geanalyseerd voor dit artikel en die opinies zijn veelzeggend. Zoals hieronder verder besproken zal worden, getuigen de individuele opinies van een diepe verscheidenheid binnen het Hof. Hier zal worden betoogd dat de ambivalentie van het Hof veroorzaakt wordt door gebrek aan

80 EHRM 10 april 2018, 77180/11, r.o. 82 (*Leonov/Rusland*); EHRM 23 oktober 2018, 23608/16, r.o. 116 (*Petrov/Rusland*).

81 EHRM 10 april 2018, 77180/11, r.o. 88 (*Leonov/Rusland*); EHRM 27 mei 2014, 9929/12, r.o. 72 (*Buchs/Zwitserland*); EHRM 23 oktober 2018, 23608/16, r.o. 127–128 (*Petrov/Rusland*).

82 EHRM 10 april 2018, 77180/11 (*Leonov/Rusland*), dissent Serghides, par. 33.

83 EVRM 16 september 2014, 50936/12 (*M.D./Ierland*).

84 EVRM 16 september 2014, 50936/12, r.o. 5 (*M.D./Ierland*).

85 EVRM 16 september 2014, 50936/12, r.o. 38–39 (*M.D./Ierland*).

86 EVRM 16 september 2014, 50936/12, r.o. 40 (*M.D./Ierland*).

overeenstemming over de betekenis van gendergelijkheid en zodoende ook over de wenselijkheid om genderstereotypen te bestrijden. Zoals de paragraaf hierboven heeft duidelijk gemaakt is er één genderstereotype in het bijzonder dat het Hof verdeelt, namelijk het idee dat vrouwen, en dan met name in hun rol als moeders, beschermd moeten worden.

4.1 Geen overeenstemming over reden waarom sekse een verdachte grond van onderscheid is: consensus versus genderstereotypen

Een eerste lezing van de seksediscriminatiejurisprudentie is dat er binnen het Hof onenigheid bestaat over de onderliggende rationale waarom sekse een verdachte grond van onderscheid is die strikt getoetst moet worden. Dit is een bekend probleem binnen het discriminatierecht.⁸⁷ Het gaat terug tot de fundamentele vraag wat discriminatie kwalijk maakt.⁸⁸ Er is geen uniform principe aan te wijzen wat bepaalt welke gronden verdacht zijn en welke niet. Binnen de seksediscriminatiejurisprudentie van het EHRM lijken er twee kandidaten: consensus en (anti-)genderstereotypen.

Historisch gezien is het bestaan van een Europese consensus over het belang van gendergelijkheid de voornaamste motivatie voor het Hof om strikt te toetsen in seksediscriminatie arresten.⁸⁹ In *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk* merkte het Hof voor de eerste keer op dat ‘the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe’, wat de reden was dat het Hof overging tot strikte toetsing (de ‘*very weighty reasons*’ test).⁹⁰ Deze formulering is veelvuldig teruggekomen in de jurisprudentie,⁹¹ alhoewel het Hof tegenwoordig ook wel spreekt van ‘the advancement of gender equality’⁹² in plaats van ‘the advancement of the equality of the sexes’.

De consensusdoctrine is problematisch om verschillende procedurele en inhoudelijke redenen, die in de literatuur uitgebreid besproken zijn.⁹³ Vanuit een genderperspectief schiet de doctrine tekort omdat veel stereotypen, vooral over genderrollen, juist cultureel diep verankerd zijn en breed gedeeld. Het bestaan van een consensus zegt nog niets over de schadelijkheid van een stereotype. Integendeel, stereotypen zijn juist zo beperkend omdat ze zo algemeen aanvaard worden. Daar komt nog bij dat veel van de ‘gevoelige’ gebieden waar in Europa weinig consensus over bestaat volgens het Hof,⁹⁴ zoals bijvoorbeeld abortus,⁹⁵ en het homohuwelijk,⁹⁶ juist

87 Fredman 2011 (*supra* noot 39), p. 130–139.

88 (Bijv.) D. Hellman, *When is Discrimination Wrong*, Cambridge: Harvard University Press 2008.

89 Gerards 2017 (*supra* noot 7), p. 15.

90 EHRM 28 mei 1985, 9214/80, 9473/81, 9474/81, r.o. 78 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*).

91 (Bijv.) EHRM 16 november 2004, 29865/96, r.o. 59–61 (*Ünal Tekeli/Turkije*); EHRM 2 december 2014, 61960/08, r.o. 51 (*Emel Boyraz/Turkije*); EHRM 2 februari, 7186/09, r.o. 82 (*Di Trizio/Zwitserland*); EHRM 22 maart 2012, 30078/06, r.o. 140, EHRC 2012/117, m.nt. J.H. Gerards (*Konstantin Markin*).

92 (Bijv.) EHRM 10 januari 2019, 12879/09, r.o. 84 (*Écis/Letland*).

93 (Bijv.) K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, H5; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 120–31; E. Benvenisti, ‘Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards’, *New York Journal of International Law and Politics* 1998, afl. 31, p. 843–854.

94 I. Radaeïa, ‘The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of vulnerable groups’, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2010, afl. 31, 1, p. 599–616, meer specifiek p. 608–611.

95 EHRM 16 december 2010, 25579/05, r.o. 232 (*A. B. en C./Ierland*).

gendergerelateerd zijn. De doctrine maakt het makkelijk voor het Hof om niet principieel in te gaan op de genderaspecten van een zaak. De consensusdoctrine faciliteert daarmee zowel de pragmatische als de behoudende benaderingen van seksediscriminatie zoals hierboven beschreven, maar staat op gespannen voet met de anti-stereotypen benadering van *Konstantin Markin*. Gerards wijst erop dat het *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland* arrest laat zien dat niet alle leden van het Hof geaccepteerd hebben dat onderscheid op basis van sekse verdacht is vanwege het bestaan van kwalijke genderstereotypen.⁹⁷ De meerderheid beriep zich immers op het criterium van de anti-stereotypering redenering van *Konstantin Markin*. Het Hof lijkt de spanning tussen de twee benaderingen nauwelijks te erkennen

4.2 De knelpunten met betrekking tot genderstereotypen

Een diepergravende lezing van de seksediscriminatiejurisprudentie, en dan vooral van de genderstereotypen die daarin voorkomen, wijst erop dat er één thema is dat het Hof bijzonder verdeelt en dat is het beschermen van vrouwen. De arresten die aan dit thema raken maken duidelijk dat er binnen het Hof hele verschillende opvattingen bestaan over wat gendergelijkheid inhoudt. Van de hierboven besproken arresten zijn in dit kader vooral *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland*, *Alexandru Enache/Roemenië*, en *M.D./Ierland* relevant. In die arresten draait het voornamelijk om het beschermen van vrouwen in hun rol als moeders (*Khamtokhu en Aksenchik/Rusland*, *Alexandru Enache/Roemenië*) en het beschermen van vrouwen en meisjes tegen (seksueel) geweld (*Khamtokhu en Aksenchik/Rusland*, *M.D./Ierland*).

4.3 Positieve actie

Het idee dat vrouwen in sommige gevallen extra bescherming verdienen is als zodanig niet in strijd met het EVRM. Er zijn jurisdicties, zoals de Verenigde Staten,⁹⁸ waarin veel argwanender wordt gekeken naar dergelijke beschermingsmaatregelen omdat het als een schending wordt gezien van het (formele) gelijkheidsprincipe. De preambule van Protocol 12 EVRM vermeldt dat: ‘the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures.’⁹⁹ Om materiële gelijkheid te bevorderen kunnen sommige groepen dus een voorkeursbehandeling krijgen. Dit wordt ook wel positieve actie genoemd. Fredman definieert positieve actie heel breed als ‘the deliberate use of gender, race, or other protected characteristic to benefit a disadvantaged group.’¹⁰⁰

96 (Bijv.) EHRM 24 juni 2010, 30141/04, r.o. 58 & 105 (*Schalk en Kopf/Oostenrijk*).

97 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 7, EHRC 2017/76, m.nt. Gerards (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*).

98 A. Timmer ‘Judging stereotypes: What the European Court of Human Rights can borrow from American and Canadian equal protection law’, *American Journal of Comparative Law* 2015, afl. 63, p. 239–284; J. Suk, ‘Are Gender Stereotypes Bad for Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work–Family Conflict’, *Columbia Law Review* 2010, afl. 110, p. 1–69.

99 EVRM Protocol 12, preambule punt 3.

100 Fredman 2011 (*supra* noot 39), p. 232.

De positieve actie-jurisprudentie op het gebied van gendergelijkheid van het EHRM is echter – zeker in vergelijking met die van het EU Hof van Justitie¹⁰¹ – onderontwikkeld, dus het is moeilijk te zeggen in welke situaties extra maatregelen geoorloofd of zelfs geboden zijn en wanneer niet. De uitzondering hierop zijn de arresten die geweld tegen vrouwen in de privésfeer betreffen, waarin het Hof langzamerhand steeds duidelijker uiteenzet wat van Staten wordt verwacht om dit type geweld te voorkomen en te bestraffen. In het verklarend rapport bij Protocol 12 EVRM staat dat:

‘the present Protocol does not impose any obligation to adopt [positive] measures. Such a programmatic obligation would sit ill with the whole nature of the Convention and its control system which are based on the collective guarantee of individual rights which are formulated in terms sufficiently specific to be justiciable.’¹⁰²

Dit suggereert dat er tot nu toe weinig positieve verplichtingen met betrekking tot het tegengaan van discriminatie bestaan, omdat dergelijke verplichtingen niet voldoende individueel bereikbaar zouden zijn. Laurens Lavrysen suggereert echter een interessant alternatief, wat overeenkomt met de kritiek die in dit artikel geformuleerd is, namelijk dat het EHRM geen duidelijke positieve verplichtingen onder artikel 14 EVRM heeft ontwikkeld, omdat het onduidelijk is wat exact de waarde is die door artikel 14 EVRM beschermd wordt; formele gelijkheid, of ook een vorm van materiële gelijkheid.¹⁰³

Vanuit een anti-stereotypenperspectief zit de moeilijkheid er in dat de grens vaag is tussen het erkennen van een bestaande ongelijkheid of kwetsbaarheid teneinde materiële gelijkheid te kunnen bewerkstelligen en het bekrachtigen van stereotypen.¹⁰⁴ Zo kan bijvoorbeeld het stereotype dat moeders de primaire verzorgers van kinderen zijn simpelweg gebruikt worden om moeders in deze traditionele rol vast te houden, maar het kan ook juist gebruikt worden om maatregelen te ontwerpen die een betere werk-zorg balans mogelijk maken. Het Hof van Justitie van de EU heeft dit dilemma erkend,¹⁰⁵ maar (de meerderheid van) het EHRM nog niet.

Het is zeer twijfelachtig of *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland* een echte positieve actie-maatregel betreft,¹⁰⁶ omdat het onduidelijk is hoe de regel die vrouwen uitzondert van levenslange gevangenisstraffen het doel bereikt om te compenseren voor de bijzonder kwetsbare positie van vrouwen in gevangenschap. Toch bevat de casus veel gelijkenissen met positieve actie, omdat

101 R. Xenidis en H. Masse-Dessen, ‘Positive action in practice: some dos and don’ts in the field of EU gender equality law’, *European Equality Law Review* 2018, No. 2, p. 36–57.

102 Raad van Europa, ‘Explanatory Report Protocol 12’, *European Treaty Series* 2000, No. 177, p. 4. Via <https://rm.coe.int/16800cce48>.

103 Persoonlijke communicatie van Laurens Lavrysen naar de auteur, 25 maart 2019. De auteur bedankt Lavrysen voor zijn suggestie.

104 Timmer 2015 (*supra* noot 98).

105 HvJ EU 19 maart 2002, C-476/99, r.o. 41 (*H. Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*). (‘... een maatregel als in het hoofdgeding aan de orde, die bestemd is om een feitelijke ongelijkheid weg te nemen, niettemin ook het gevaar zou kunnen inhouden bij te dragen tot het bestendigen van een traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen.’)

106 Dat had de Russische overheid wel beargumenteerd, zie EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 46 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*). De *amicus curiae*, Equal Rights Trust, was het daar echter niet mee eens (zie r.o. 50), en ook Rechter Pinto de Albuquerque niet (zie par. 18–21 van zijn *dissent*).

het een regel betreft die vrouwen beter behandelt dan mannen. Het arrest roept dan ook het dilemma van de vage grens op zoals in de alinea hierboven beschreven: leidt de Russische wet nou tot meer materiële gelijkheid, of is de maatregel stereotyperend en houdt het daarmee genderongelijkheid in stand? In plaats van te erkennen dat het Hof geconfronteerd was met dit dilemma, koos de meerderheid er voor om alleen te bevestigen dat vrouwen bescherming nodig hebben.¹⁰⁷ Rechter Sajó doet daar nog een schepje bovenop in zijn ‘concurring opinion’ door te claimen dat ‘... the same period of imprisonment for a woman is more painful than for a man, perhaps because, typically, a woman is deprived of the possibility of giving birth to a child, and in particular raising a child.’¹⁰⁸ Overigens zijn rechters Turkovic (concurring) en Pinto de Albuquerque (dissenting) het hier niet mee eens.¹⁰⁹ Zij benadrukken dat het Hof door stereotype denkbeelden over de zwakheid van de vrouw te bekrachtigen geen dienst bewijst aan het doel van gendergelijkheid. Zij blijven echter in de minderheid.

4.4 Indirecte discriminatie

De meerderheidsopinie in *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland* suggereert dat het Hof bereid is genderstereotypen als kwalijk te zien, zolang ze maar niet het belang om vrouwen te beschermen tegen geweld en intimidatie en het belang van zwangerschap en moederschap in het geding brengen. Deze interpretatie van genderstereotypen is niet alleen contraproductief als het gaat om het beoordelen van positieve actie maatregelen, maar biedt ook geen houvast in indirecte discriminatiezaken. Dit blijkt uit de drie hierboven besproken arresten die vaders betroffen die hadden geklaagd over seksediscriminatie met betrekking tot de toewijzing van voogdijschap en/of de verblijfplaats van hun kind – *Buchs, Leonov en Petrov*.¹¹⁰ Deze klachten hadden geanalyseerd kunnen worden vanuit het perspectief van indirect onderscheid. Dan was de vraag geweest of het ogenschijnlijk neutrale criterium van ‘the best interest of the child’ een disproportioneel negatief effect op mannen (vaders) heeft en zo ja, of dit gerechtvaardigd kan worden met iets anders dan een beroep op het genderstereotype dat moeders belangrijker zijn dan vaders voor jonge kinderen. Misschien, maar dit is speculatief, is het moederschap zo heilig dat het Hof niet bereid is een indirecte discriminatie-analyse toe te passen. Misschien is het te moeilijk voor het Hof om te accepteren dat moeders dan kunnen verliezen. Het is te verwachten dat er meer indirecte seksediscriminatieclaims gebracht gaan worden door mannen die dit genderstereotype aanvechten, dus het valt te bezien hoe het Hof daar mee omgaat.

4.5 De risico’s van het biologie–argument

Tenslotte komt daarbij dat de aangeklaagde staten in de arresten waarin de bescherming van de vrouw centraal staat – *Khamtokhu en Aksenchik/Rusland, Alexandru Enache/Roemenië, en M.D./*

107 Zie EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 82 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*).

108 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*), *concurring opinion* rechter Sajó, punt 7.

109 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*), rechter Turkovic (*concurring*) par. 3; en de dissenting opinie van rechter Pinto de Albuquerque, par. 8–11.

110 Zie hierboven par. 3.3.

Ierland - zich alle drie beroepen op de fysieke verschillen tussen mannen en vrouwen.¹¹¹ Het Hof gaat daar in deze gevallen tot op bepaalde hoogte in mee.

Vanuit zowel de gendertheorie¹¹² als de feministische rechtstheorie¹¹³ bestaat er al lang veel kritiek op de manier hoe sociaal geconstrueerde verschillen worden opgevat als biologische verschillen, wat vervolgens als strategie wordt gebruikt om genderongelijkheid te rechtvaardigen. In *M.D./Ierland* is dit soort wat Reva Siegel '*reasoning from the body*' noemt het meest expliciet.¹¹⁴ Het Hof merkt in deze beslissing op dat:

'the statutory exemption of underage girls from criminal liability solely in respect of sexual intercourse has an objective basis, rooted in female physiology. The Court acknowledges the Irish legislature's concern in respect of the physical and psychological harm to children from penetrative sexual activity, and also regarding the added hazard for girls of pregnancy while they are still themselves children. It therefore had objective reason to criminalise all sexual activity involving children (...) and to make special provision for girls only in respect of sexual intercourse because of the detriment that threatens them alone. Accordingly, it cannot be said that Section 5, which provides a limited exemption from criminal liability for girls in respect of one form of sexual activity (namely, sexual intercourse) is arbitrary or motivated merely by traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in the respondent State.'¹¹⁵

In haar kritische noot bij deze beslissing merkt Lourdes Peroni terecht op dat het beroep van de Ierse overheid op fysieke verschillen tussen jongens en meisjes het Hof juist had moeten aanzetten tot onderzoek naar de mogelijkheid dat genderstereotypen over vrouwelijke en mannelijke seksualiteit, bijvoorbeeld over vrouwelijke kuisheid, aan de regel ten grondslag lagen, in plaats van het bestaan van genderstereotypen te ontkennen.¹¹⁶ Zogenaamde fysieke verschillen zijn in het verleden maar al te vaak gebruikt als excuus voor sociale ongelijkheid, niet alleen op het gebied van gender, maar ook op andere discriminatiegronden zoals ras en handicap. Het Hof heeft duidelijk moeite met het bepalen van de grens tussen echte fysieke verschillen en culturele constructies van mannelijkheid en vrouwelijkheid.

5 Conclusie en blik vooruit

Dit artikel heeft laten zien dat de recente EHRM seksediscriminatie jurisprudentie en de plaats daarin van anti-genderstereotypen redeneringen inconsistent is. *Khamtoku en Aksenchik* gaat 180 graden de andere kant op dan *Konstantin Markin*. Tot op zekere hoogte kan het Hof niet kwalijk genomen worden dat het niet consistent anti-genderstereotypen is. Stereotypen zijn een complex fenomeen. Niet alle genderstereotyperingen zijn immers te vermijden en stereotyperingen kunnen ook ingezet worden om een kwetsbare groep een zetje vooruit te geven. Daarbij heeft het Hof

111 EHRM 24 januari 2017, 60367/08, 961/11, r.o. 18 (*Khamtokhu and Aksenchik/Rusland*); EVRM 3 oktober 2017, 16986/12, r.o. 60 (*Alexandru Enache/Roemenië*); EVRM 16 september 2014, 50936/12, r.o. 38–39 (*M.D./Ierland*).

112 (Bijv.) B. Ehrenreich en D. English, *Complaints and disorders: The sexual politics of sickness*, CUNY: The Feminist Press 1973.

113 (Bijv.) R. Siegel, 'Reasoning from the Body: An Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection', *Stanford Law Review* 1992, p. 261–381.

114 Siegel 1992 (*supra* noot 124).

115 EVRM 16 september 2014, 50936/12, r.o. 38–39 (*M.D./Ierland*).

116 EVRM 16 september 2014, 50936/12, r.o. 12–15, EHRC 2015/108, m.nt. L. Peroni (*M.D./Ierland*).

met *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal* een aantal belangrijke stappen vooruit gedaan in het ontwikkelen van een (intersectionele) anti-stereotypenbenadering.

Het is de verwachting van de auteur dat de artikel 14 EVRM seksediscriminatiejurisprudentie op korte termijn nog verder op losse schroeven komt te staan door de transgenderjurisprudentie. Artikel 14 EVRM wordt tot nu toe grotendeels vermeden door het Hof in arresten die transgenders betreffen. Er is slechts een drietal arresten geweest waarin het Hof de klacht van een transgender beoordeelde op basis van artikel 14 EVRM.¹¹⁷ Het kan niet lang meer duren voordat de jurisprudentie over discriminatie op basis van genderidentiteit zich verder gaat ontplooiën, gezien de snelheid waarop de ontwikkelingen zich opvolgen op nationaal, EU en internationaal niveau.¹¹⁸ In het EU-recht is er al een voorbeeld van een transvrouw die een recht claimde dat alleen aan vrouwen voorbehouden is, namelijk een lagere pensioensleeftijd.¹¹⁹ Moeten transvrouwen gelijk gesteld worden aan cisvrouwen als het gaat om recht op positieve actie? En waarom dan? En hoe zit dat bijvoorbeeld in het specifieke geval dat transmannen zwanger zijn – verdienen zij dan dezelfde bescherming als zwangere vrouwen? Dit soort vragen zijn lastig, zo niet onmogelijk, te beantwoorden zonder een coherent idee over wat gendergelijkheid inhoudt.

Institutioneel is het duidelijk dat het Hof en de Raad van Europa gendergelijkheid aan de ene kant en seksuele oriëntatie en genderidentiteit aan de andere kant als twee gescheiden domeinen beschouwt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit aparte factsheets over de jurisprudentie¹²⁰ en uit de organisatiestructuur van de Raad van Europa waarbij er een Gender Equality Division en een Sexual Orientation and Gender Identity ('SOGI') Unit bestaat.¹²¹ Hetzelfde geldt voor het gros van de juridische literatuur over het EVRM; ook daar wordt nauwelijks bruggen geslagen tussen gendergelijkheid en SOGI-rechten.

De kloof tussen gendergelijkheid en SOGI-rechten is problematisch, want het idee dat (cis)vrouwen en het moederschap beschermd moeten worden is niet het enige hardnekkige genderstereotype in de jurisprudentie. Daaraan gerelateerde genderstereotypen rondom genderidentiteit en 'de traditionele familie' zijn ook diepgeworteld. Vooruitgang in het ontmaskeren van genderstereotypen en in het versterken van gendergelijkheid zal naar de mening van deze auteur echter vooral kunnen komen door het opzoeken van de kruispunten tussen gender, seksuele oriëntatie en genderidentiteit.

117 EHRM 20 juli 1998, 31–32/1997/815–816/1018–1019 (*Sheffield en Horsham/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 november 2010, 35159/09 (*P.V./Spanje*); EHRM 16 juli 2014, 37359/09 (*Hämäläinen/Finland*).

118 M. van den Brink en P. Dunne, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis* (European network of legal experts in gender equality and non-discrimination), European Union 2018. Via: www.equalitylaw.eu/downloads/4739-trans-and-intersex-equality-rights-in-europe-a-comparative-analysis-pdf-732-kb

119 HvJ EU 26 juni 2018, C–451/16 (*MB/Secretary of State for Work and Pension*); zie ook analyse Dunne en van den Brink (*supra* noot 128), p. 73

120 European Court of Human Rights, press Unit, 'Factsheet – Sexual Orientation Issues', maart 2019, via: www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf – European Court of Human Rights, press Unit, 'Factsheet – Gender Equality', januari 2019, via: www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_Equality_ENG.pdf

121 Zie www.coe.int/en/web/genderequality/home?desktop=true; www.coe.int/en/web/sogi/home.

Annex: seksediscriminatie arresten maart 2012 t/m mei 2019 (inclusief ontvankelijkheidsbesluiten)

	Naam	Datum	Nummer	Onderwerp	Verdrags- artikel	Uitspraak	Opinies
1.	B.S. t. Spanje	24/07/2012	47159/08	Politie geweld, Intersectionality	14+3	Schending	N.V.T.
2.	Hulea t. Roemenië	02/10/2012	33411/05	Ouderschapsver- lof	14+8	Schending	N.V.T.
3.	García Mateos t. Spanje	19/02/2013	38285/09	Arbeid en zorg	14+6	Schending	N.V.T.
4.	Leventoğlu Abdulkadiroğlu t. Turkije	28/05/2013	7971/07	Recht op eigen Achternaam	14+8	Schending	N.V.T.
5.	Eremia t. Moldavië	28/05/2013	3564/11	Huiselijk geweld	14+3, 14+8	Schending	N.V.T.
6.	Mudric t. Moldavië	16/07/2013	74839/10	Huiselijk geweld	14+3, 14+8	Schending	N.V.T.
7.	Tuncer Güneş t. Turkije	03/09/2013	26268/08	Recht op eigen Achternaam	14+8	Schending	N.V.T.
8.	Tanbay Tüten t. Turkije	10/12/2013	38249/09	Recht op eigen Achternaam	14+8	Schending	N.V.T.
9.	Cusan en Fazzo t. Italië	07/01/2014	77/07	Recht om achter- naam kind te kiezen	14+8	Schending	Dissenting (Popovic)
10.	T.M. en C.M. t. Moldavië	28/01/2014	26608/11	Huiselijk geweld	14+3, 14+8	Schending	N.V.T.
11.	Rumor t. Italië	27/05/2014	72964/10	Huiselijk geweld	14+3	Geen schending	N.V.T.
12.	Buchs t. Zwitser- land	27/05/2014	9929/12	Voogdij	14+8	Geen schending	N.V.T.
13.	S.A.S. t. Frankrijk	01/07/2014	43835/11	Verbod gezichts- bedekkende kleding	14 +8, 14 + 9	Geen schending	Partly dissenting (Nussberger and Jäderblom)
14.	M.D. t. Ierland	16/09/2014	50936/12	Seksuele hande- lingen jongeren	14 + 8	Niet ontv.	
15.	Marinis t. Grieken- land	09/10/2014	3004/10	Recht op vaststel- len vaderschap	14 + 8	Niet ontv.	Dissenting (Lafranque and Pinto de Albuquerque)
16.	Emel Boyraz t. Turkije	02/12/2014	61960/08	Toegang tot werk	14 + 8	Schending	Partly dissenting (Spano)
17.	Vroutou t. Cyprus	13/10/2015	33631/06	Toegang tot socia- le zekerheid	14 + Prot. No. 1 Art. 1	Schending	N.V.T.
18.	Di Trizio t. Zwitserland	02/02/2016	7186/09	Berekening arbeidsongeschikt- heidsuitkering	14 + 8	Schending	Dissenting (Keller, Spano and Kjolbro)
19.	M.G. t. Turkije	22/03/2016	646/10	Huiselijk geweld	14 +3	Schending	N.V.T.
20.	Halime Kilic t. Turkije	28/06/2016	63034/11	Huiselijk geweld	14 + 2	Schending	N.V.T.

Seksediscriminatie onder artikel 14 EVRM | Artikelen

	Naam	Datum	Nummer	Onderwerp	Verdrags- artikel	Uitspraak	Opinies
21.	Khamtokhu en Aksenchik t. Rusland	24/01/2017	60367/08 and 961/11	Lengte gevangenisstraf	14 +5	Geen schending	Concurring (Sajó), concurring (Nussberger), Concurring (Turkovic), Concurring (Mits), Partly dissenting (Sicilianos, Mose, Lubarda, Mouro-Vikström Kucsko-Stadlmaier), Dissenting (Pinto de Albuquerque)
22.	Talpis t. Italië	02/03/2017	41237/14	Huiselijk geweld	14 +3	Schending	Partly concurring/dissenting (Eicke); Partly dissenting (Spano)
23.	Bălşan t. Roemenië	23/05/2017	49645/09	Huiselijk geweld	14 + 3	Schending	N.V.T.
24.	Dakir t. België	11/07/2017	4619/12	Verbod gezichtsbedekkende kleding	14 + 8, 14 + 9	Geen schending	Concurring (Spano, Karakas)
25.	Belcacemi en Oussar t. België	11/07/2017	37798/13	Verbod gezichtsbedekkende kleding	14 +8, 14 + 9	Geen schending	Concurring (Spano, Karakas)
26.	Carvalho Pinto de Sousa Morais t. Portugal	25/07/2017	17484/15	Compensatie medische misser	14 + 8	Schending	Concurring (Yudkivska), Concurring (Motoc), Dissenting (Ravarani and Bosnjak)
27.	Alexandru Enache t. Roemenië	03/10/2017	16986/12	Uitstel van executie	14 +8	Geen schending	Concurring (Yudkivska), partly dissenting (Pinto de Albuquerque and Bosnjak)
28.	Ratzenböck en Seydl t. Oostenrijk	26/10/2017	28475/12	Toegang tot geregistreerd partnerschap	14 + 8	Geen schending	Concurring (Mits), Dissenting (Tsotsoria and Grozev)
29.	Leonov t. Rusland	10/04/2018	77180/11	Voogdij	14 + 8	Geen schending	Dissenting (Serghides)
30.	Hülya Ebru Demirel t. Turkije	19/06/2018	30733/08	Toegang tot werk	14 + 8	Schending	Partly dissenting (Spano and Kjolbro)

Artikelen | **Timmer**

	Naam	Datum	Nummer	Onderwerp	Verdrags- artikel	Uitspraak	Opinies
31.	Bladt t. Zwitserland	18/09/2018	37946/13	Berekening arbeidsongeschikt heidsuitkering	14 + 8	Niet ontv.	
32.	Can t. Turkije	25/09/2018	2437/08	Toegang tot werk	14 + 8	Schending	
33.	Petrov en X t. Rusland	23/10/2018	23608/16	Voogdij	14 + 8	Geen schending	Dissenting (Dedov, Lubarda and Polackova)
34.	Ēcis t. Letland	10/01/2019	12879/09	Gevangenisstraf	14 + 8	Schending	Dissenting: Grozev and O'Leary