

Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en het Wetboek van Strafrecht in verband met de vervanging van de term «hetero- of homoseksuele gerichtheid» door «seksuele gerichtheid» en toevoeging aan het Wetboek van Strafrecht van de discriminatiegronden genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken

Memorie van toelichting

ALGEMEEN

Dit voorstel strekt tot wijziging van twee wetten: de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en het Wetboek van Strafrecht. In beide wetten wordt voorgesteld de term «hetero- of homoseksuele gerichtheid» te vervangen door de term «seksuele gerichtheid». Daarnaast wordt voorgesteld om aan de discriminatiegronden in artikelen 137c en 137e van het Wetboek van Strafrecht genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken toe te voegen. In de Awgb is met de inwerkingtreding van de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksuele personen per 1 november 2019 reeds de explicitering opgenomen dat onder onderscheid op grond van geslacht mede moet worden verstaan onderscheid op grond van genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken. Omdat de wijzigingen van de Awgb en het Wetboek van Strafrecht nauw verband houden met elkaar, zijn de wijzigingen opgenomen in één wetsvoorstel. Met voornoemde wijzigingen wordt uitvoering gegeven aan twee moties, te weten motie-Jasper van Dijk c.s. (*Kamerstukken II 2018/19, 34650, nr. 11*) en de motie-Van Nispen/Jasper van Dijk (*Kamerstukken II 2018/19, 35080, nr. 16*) om de terminologie in de Awgb en het Wetboek van Strafrecht aan te passen, evenals aan de toezeggingen om de wet op deze punten te wijzigen, gedaan bij brief van 8 juli 2019 (*Kamerstukken II 2018/19, 34650, nr. 13*), in de beleidsreactie bij het WODC-onderzoeksrapport «Speciale behoeften van slachtoffers van *hate crime* ten aanzien van het strafproces en de slachtofferhulp» (*Kamerstukken II 2019/20, 33552, nr. 63*), in de brief van 15 juni 2020 (*Kamerstukken II 2019/20, 30950, nr. 185*) en tijdens de parlementaire behandeling van de Wet herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen (*Kamerstukken II 2018/19, 35080, nr. 7, blz. 6-7*).

In de hierna volgende toelichting wordt eerst ingegaan op de wijziging van de Awgb, daarna op de wijziging van het Wetboek van Strafrecht.

A. Wijziging Algemene wet gelijke behandeling

1. Inleiding

Tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer van de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksuele personen (initiatief-Bergkamp, Van den Hul en Özütük) werd de motie-Jasper van Dijk c.s. (*Kamerstukken II 2018/19, 34650, nr. 11*) aanvaard. In deze motie wordt geconstateerd dat de term «seksuele gerichtheid» internationaal gebruikelijk is, maar dat

deze term niet wordt gehanteerd in de Awgb. De indieners verzochten de regering daarom te onderzoeken wat de toegevoegde waarde zou zijn van wijziging van de woorden «hetero of homoseksuele gerichtheid» in «seksuele gerichtheid», of deze wijziging mogelijk is en zo ja, vervolgens een voorstel daartoe naar de Kamer te sturen. Ter uitvoering van deze motie is het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) en een aantal deskundigen geconsulteerd over de beantwoording van de in de motie gestelde vragen. Dit heeft geresulteerd in drie papers, die zijn besproken tijdens een bijeenkomst met vertegenwoordigers vanuit de wetenschap, belangenorganisaties, het maatschappelijk middenveld en de meest betrokken departementen. Dit onderzoek heeft het kabinet ervan overtuigd dat de huidige terminologie niet meer aansluit bij de stand van de wetenschap en de maatschappelijke ontwikkelingen rondom seksuele gerichtheden en seksuele identiteiten. Bij brief van 8 juli 2019 heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de in de motie opgenomen vragen dan ook positief beantwoord en toegezegd dat de wet gewijzigd zal worden (*Kamerstukken II 2018/19, 34650, nr. 13*). Naar aanleiding van de uitkomsten van het onderzoek hebben ook de initiatiefnemers tot het voorstel tot wijziging van artikel 1 van de Grondwet besloten dat zij in hun initiatiefwetsvoorstel de term seksuele gerichtheid zullen gebruiken. Hieronder zal worden ingegaan op de motivering van de wijziging van de Awgb en de overwegingen daarbij.

2. Seksuele gerichtheid

Bij de totstandkoming van de Awgb in de vroege jaren '90 van de vorige eeuw heeft het kabinet toegelicht dat met het verbod van discriminatie op grond van homoseksuele gerichtheid homoseksuele mannen, lesbische vrouwen en biseksuelen worden beschermd. Destijds is ook gesproken over een alternatieve formulering van de discriminatiegrond, te weten de term «seksuele gerichtheid». Daarvoor is toen niet gekozen, zo blijkt uit de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel voor de Awgb, omdat, kort gezegd, de term seksuele gerichtheid ook andere seksuele voorkeuren zou kunnen omvatten, terwijl in het bijzonder discriminatie van personen met een homoseksuele gerichtheid aanleiding gaf voor wetgeving ter bescherming van deze personen. Over discriminatie op grond van andere vormen van seksueel gedrag was nog weinig bekend, aldus het kabinet destijds (*Kamerstukken II 1991/92, 22014, nr. 5, blz. 21*).

Sindsdien is er in Nederland en internationaal veel onderzoek gedaan naar seksuele gerichtheid en seksuele identiteit. Ook maatschappelijk is het onderwerp volop in beweging. De term hetero- of homoseksuele gerichtheid omschrijft seksuele gerichtheid als een dichotomie, terwijl niet iedereen zichzelf beschouwt als uitsluitend hetero- of homoseksueel en er in toenemende mate aandacht is voor en erkenning is van het bestaan van seksuele gerichtheden die buiten die categorieën vallen. De papers van Marjolein van den Brink en Jet Tigchelaar en van Pieter Cannoot, die zijn geschreven ten behoeve van het hierboven genoemde onderzoek naar de motie Jasper van Dijk c.s. en als bijlage bij de hierboven genoemde brief van 8 juli 2019 aan de Tweede Kamer zijn gezonden, noemen diverse onderzoeken die laten zien dat seksuele gerichtheid geen statisch of vastomlijnd gegeven is (onder meer Van Lisdonk, J. (2018) *Uncomfortable encounters. Dutch same-sex oriented young people's experiences and the relation with gender nonconformity in a heteronormative society*, [diss. VU] en Maliepaard, E. (2018) *Bisexual Rhapsody: On the everyday sexual identity negotiations of bisexual people in Rotterdam and*

Amsterdam and the productions of bisexual spaces, [diss. RU]). De menselijke seksualiteit is, zoals Cannoot het in zijn paper formuleert, "zo divers (...) als er individuele personen zijn" en die seksuele gerichtheid kan gedurende het leven ook veranderen. De wijze waarop mensen hun seksuele gerichtheid of seksuele identiteit identificeren laat zich niet omvatten door de term hetero- of homoseksuele gerichtheid.

Biseksualiteit is daar een voorbeeld van. Hoewel deze seksuele gerichtheid al wel uitdrukkelijk wordt beschermd door de Awgb, is het de vraag of de uitleg die daaraan bij de totstandkoming werd gegeven - biseksualiteit als een simpele optelsom van homo- en heteroseksuele gerichtheid - recht doet aan de beleving van biseksuele personen, zoals Van den Brink en Tigchelaar opmerken in hun paper. Het Landelijk Netwerk Biseksualiteit gebruikt de volgende definitie: "Biseksuelen zijn mensen die in zichzelf het potentieel erkennen om aangetrokken te worden – romantisch en/of seksueel – tot meer dan een gender en/of geslacht, niet per se op hetzelfde moment, niet per se op dezelfde manier en niet perse in dezelfde mate". Deze omschrijving laat zien dat seksuele gerichtheid veel gelaagder is dan de huidige terminologie in de Awgb doet vermoeden. Naast biseksualiteit kunnen ook gerichtheden als panseksualiteit, omniseksualiteit of queer worden genoemd. Met name onder jongeren zijn vele variaties op deze terminologie in gebruik. Het is niet goed mogelijk om adequate definities te geven van deze verschillende seksuele gerichtheden of de precieze verschillen ertussen te benoemen. Vanwege gedeeltelijke overlap in de begrippen, maar ook omdat het gebruik ervan een persoonlijke beleving van de seksuele identiteit weergeeft. De ene persoon die zich biseksueel of queer noemt, kan daar iets anders mee bedoelen dan een ander, terwijl het ook mogelijk is dat iemand zichzelf als én homoseksueel én queer beschouwt (Maliepaard, E. (2018) *Biseksualiteit versus panseksualiteit versus...? Raffia: On gender, diversity and feminism*). Dit laat zien dat het opnemen van andere terminologie in de wet het risico in zich draagt dat ook die terminologie onduidelijk is of seksuele gerichtheden uitsluit. De term «seksuele gerichtheid» heeft als voordeel dat het een onderverdeling in (kunstmatige) categorieën loslaat.

De hierboven genoemde definitie van biseksualiteit laat ook zien dat het begrip seksuele gerichtheid ook samenhangt met geslacht. De beleving van seksuele gerichtheid heeft, sinds de totstandkoming van de Awgb, een verandering doorgemaakt die op bepaalde vlakken vergelijkbaar is met de bewustwording over geslacht, zoals beschreven in de totstandkoming van de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen, die per 1 november 2019 in werking is getreden. Sindsdien is in de Awgb geëxpliciteerd dat onder het begrip geslacht niet alleen mannen en vrouwen worden begrepen, maar ook transgender personen en intersekse personen. Deze wetswijziging brengt tot uitdrukking, zoals in de memorie van toelichting verwoord, dat mensen van wie de geslachtskenmerken, genderidentiteit en/of genderexpressie niet in het 'binaire' m/v-denken vallen, beschermd worden tegen discriminatie. Geslacht en gender moeten voor wat betreft de gelijkebehandelingswetgeving worden gezien als een spectrum waarbinnen vele varianten mogelijk zijn (*Kamerstukken II 2017/18, 34650, nr. 6*). De onderliggende gedachte komt voor een groot deel overeen met de hierboven beschreven wetenschappelijke inzichten ten aanzien van seksuele gerichtheid. Zoals Cannoot in zijn paper opwerpt, zou het tegenstrijdig zijn om in de wet enerzijds een ruim begrip van de discriminatiegrond geslacht neer te leggen, maar anderzijds een strikt begrip van seksuele gerichtheid: als het geslacht van een persoon fluïde is, hoe kan de seksuele gerichtheid van die persoon en degene op wie de seksualiteit is gericht, dan in vier

nauwkeurig omschreven categorieën passen? Met het voorstel voor wijziging van de terminologie wil het kabinet deze contradictie wegnemen.

Daarnaast herkennen de hierboven beschreven groepen, zoals biseksuelen, zich niet in de term hetero- of homoseksuele gerichtheid, zo blijkt uit het paper van Van den Brink en Tigchelaar. Ook het COC en kennisinstituut Atria hebben dit aangekaart. Dat is reden tot zorg. De gelijkebehandelingswetgeving is juist bedoeld om groepen die te maken krijgen met uitsluiting en discriminatie, te beschermen. Noodzakelijke voorwaarde daarvoor is wel dat zij zich door die wetgeving beschermd weten. Uit onderzoek naar biseksualiteit volgt dat biseksuele personen te maken hebben met onbekendheid, onbegrip en stigma, mede ten gevolge van de onzichtbaarheid van biseksualiteit in wetgeving, beleid en in de samenleving (vgl. de dissertaties van Van Lisdonk en Maliepaard en zie ook Oosterhuis, H. en Lipperts, A (2010) *Tussen wal en schip. De moeizame emancipatie van biseksualiteit*, *Tijdschrift voor Seksuologie*, 34, 1, blz. 3 – 18). Biseksualiteit wordt wel altijd genoemd in LHBTI-beleid, maar krijgt daarin in feite, zo concluderen diverse onderzoekers, weinig échte aandacht. Ook Van den Brink en Tigchelaar wijzen er in hun paper op dat biseksuele personen te maken hebben met onzichtbaarheid en marginalisatie – in de zin dat hun belangen en specifieke problemen niet worden gezien of betrokken bij beleid of besluitvorming (Maliepaard, E. (2015) *Bisexual citizenship in the Netherlands: on homo-emancipation and bisexual representation in national emancipation policies*, *Sexualities*, 18, 4, blz. 377- 393 en zie de onderzoeken die worden genoemd in het paper van Van den Brink en Tigchelaar, blz. 6). Uit onderzoek blijkt ook dat biseksuele personen weinig open zijn over hun seksuele gerichtheid (Kuyper, L. (2015) *Wel trouwen, niet zoenen: de houding van de Nederlandse bevolking tegenover lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender personen 2015*, Sociaal en Cultureel Planbureau: Den Haag, en Maliepaard, E. (2018) *Disclosing bisexuality or coming out? Two different realities for bisexual people in the Netherlands*, *Journal of Sexuality*, 18, 2, blz. 145 – 167), en dat zij vaker dan heteroseksuelen, homoseksuele mannen en lesbische vrouwen mentale gezondheidsproblemen hebben (Zie de diverse onderzoeken die worden aangehaald in het paper van Van Den Brink en Tigchelaar, blz. 5-6. En zie Felten, H. en Maliepaard, E. (2015), *Biseksualiteit: 10 keer vraag en antwoord*. Movisie/Landelijk Netwerk Biseksualiteit, en Van Beusekom, G. en Kuyper, L. (2018), *LHBT-Monitor 2018*, Sociaal en Cultureel Planbureau: Den Haag). Van den Brink en Tigchelaar wijzen erop dat ook lesbische vrouwen zich niet altijd herkennen in de term hetero- of homoseksuele gerichtheid. Homoseksualiteit of homoseksuele gerichtheid staat voor veel mensen immers gelijk aan homoseksuele mannen. Dit kan ook worden afgeleid uit de oordelen van het College: zoals het College in zijn paper constateert, betreffen vrijwel alle oordelen en uitspraken discriminatie van homoseksuele mannen en (in mindere mate) lesbische vrouwen, ondanks dat de huidige terminologie ook voorziet in bescherming van biseksuelen. Het College sluit niet uit dat de Awgb in zijn huidige formulering ook bescherming biedt in geval van andere seksuele gerichtheden dan homoseksuele en biseksuele gerichtheid, zoals a-seksualiteit. Het College heeft hierover echter nog maar in een enkel geval klachten ontvangen (zie paper College). Voor deze seksuele gerichtheden is niet in dezelfde mate bekend of zij door taboes worden omgeven omdat zij pas betrekkelijk recent als een vorm van seksuele gerichtheid worden herkend. Het is de verwachting van het kabinet dat door het aanpassen van de wet en het hanteren van de meer inclusieve term seksuele gerichtheid, meer mensen zich ervan bewust zullen zijn dat de Awgb hen beschermt. Tegelijkertijd worden ook normadressaten, zoals

werkgevers en dienstverleners, direct aangesproken op de uit de wet voortvloeiende verplichting tot gelijke behandeling op grond van seksuele gerichtheid. Een groter begrip van wat de wetgeving van hen vraagt, kan bijdragen aan het verminderen van discriminatie, zo is de overtuiging van het kabinet.

Door te kiezen voor «seksuele gerichtheid» sluit de Awgb ook beter aan bij de nationaal en internationaal gangbare terminologie. Uit de papers blijkt dat in internationaal verband vrijwel altijd de term *sexual orientation* wordt gebruikt. Bijvoorbeeld in het verbod van discriminatie in artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (EU) en in de gelijkebehandelingsrichtlijn van de Europese Commissie (richtlijn 2000/78/EC tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep). De term *sexual orientation* wordt eveneens gebruikt in de resolutie van de VN-Mensenrechtenraad van 30 juni 2016 over geweld en discriminatie op grond van seksuele gerichtheid (Resolution 32/2 van de VN-Mensenrechtenraad van 30 juni 2016). In de Jogjakarta Beginselen, gezaghebbende internationale standaarden met betrekking tot het toepassen van mensenrechtennormen ten aanzien van seksuele gerichtheid en gender, is de volgende definitie van seksuele gerichtheid opgenomen: "het vermogen van eenieder om zich emotioneel, affectief en seksueel sterk aangetrokken te voelen tot mensen van hetzelfde of het andere gender, of van meer dan één gender, en met hen intieme en seksuele relaties aan te gaan." (www.yogyakartaprinciples.org/preamble/). De beginselen zijn in 2006 opgesteld op verzoek van de VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten door de Internationale Commissie van Juristen en worden onderschreven door de Raad van Europa. Het kabinet beschouwt de Jogjakarta Beginselen als een leidraad bij het bestrijden van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid en genderidentiteit (*Kamerstukken II* 2018/19, 34650, nr. C). Ook in het Nederlandse spraakgebruik is de term «hetero- en homoseksuele gerichtheid» goeddeels vervangen door de term «seksuele gerichtheid», zoals in het LHBTI-emancipatiebeleid (zie bijvoorbeeld de Emancipatienota 2018 – 2021 (*Kamerstukken II* 2017/18, 30240, nr. 270) en de Charter Diversiteit. Ook in de oordelen van het College en in de uitleg over de discriminatiegronden op de website van het College wordt de term «seksuele gerichtheid» gebruikt. En zoals hierboven al aangegeven, is een initiatiefwetsvoorstel in behandeling om aan artikel 1 van de Grondwet onder meer de discriminatiegrond «seksuele gerichtheid» toe te voegen. Dit initiatiefwetsvoorstel, dat op 30 juni 2020 is aangenomen door de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. A), heeft de steun van het kabinet.

Het kabinet concludeert op grond van het voorgaande dat sinds de totstandkoming van de Awgb de diversiteit aan seksuele gerichtheden zichtbaarder is geworden en meer erkenning heeft gekregen in de wetenschap en de maatschappij. Dit heeft zijn weerslag gekregen in de gangbare (inter)nationale terminologie, in het initiatiefvoorstel tot uitbreiding van de discriminatiegronden in artikel 1 van de Grondwet en in de wijziging van de Awgb om transgender en intersekse personen expliciet tegen discriminatie te beschermen. In het verlengde van deze ontwikkelingen stelt het kabinet voor om de term «seksuele gerichtheid» ook te hanteren in de Awgb.

3. Reikwijdte van de term «seksuele gerichtheid»

Voorgaande wil niet zeggen dat alle vormen van seksualiteit op dezelfde wijze beschermd worden als de terminologie in de wet wordt gewijzigd in «seksuele gerichtheid». In de

kabinetsreactie op de motie-Jasper van Dijk c.s. heeft het kabinet erop gewezen dat een punt van aandacht bij de wijziging van de terminologie is dat 'overinclusie' wordt voorkomen. Dit ziet op seksuele gerichtheden die, als daaraan in de praktijk uitvoering wordt gegeven, op grond van de huidige wetgeving strafbaar zijn. Daarbij kan worden gedacht aan pedoseksualiteit of een seksuele gerichtheid op dieren (*Kamerstukken II 2018/19*, 34650, nr. 13). De aanleiding hiervoor is de systematiek van de Awgb. Anders dan in de Grondwet verbiedt de Awgb niet *discriminatie*, maar het enkele *onderscheid* tussen personen op één of meer van de in de Awgb genoemde gronden. Discriminatie is het maken van ongeoorloofd onderscheid. Dit laat ruimte voor gevallen waarin het maken van onderscheid geoorloofd is. Bij geoorloofd onderscheid is geen sprake van discriminatie, zoals het kabinet ook heeft toegelicht bij de behandeling in de Tweede Kamer van het initiatiefvoorstel tot wijziging van artikel 1 van de Grondwet (*Kamerstukken II 1990/91*, 32411, nr. 86, item 34). Het verbod in de Awgb gaat evenwel verder en verbiedt elk direct onderscheid tussen personen op de in de Awgb genoemde beschermde persoonskenmerken, behoudens enkele nauwkeurig omschreven wettelijke uitzonderingen. Dergelijke uitzonderingen zijn bijvoorbeeld maatregelen om zwangere vrouwen te beschermen of de mogelijkheid om bij de selectie van kandidaten voor een politieke functie, onderscheid te maken op grond van politieke voorkeur. Voor direct onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid bestaat geen wettelijke uitzondering. Dat betekent dat een nadelige behandeling van een persoon vanwege diens seksuele gerichtheid, altijd verboden is. Als ook de hiervoor beschreven seksuele gerichtheden onder het begrip seksuele gerichtheid zouden vallen, zou dat kunnen betekenen dat bijvoorbeeld de afwijzing van een pedoseksuele sollicitant bij een kinderdagverblijf vanwege zijn seksuele gerichtheid, verboden onderscheid zou opleveren. Die consequentie acht het kabinet onaanvaardbaar. Dit wil overigens niet zeggen dat bijvoorbeeld pedoseksuele personen in het geheel niet tegen discriminatie worden beschermd. Te denken valt aan gevallen waarin deze hoedanigheid niet ter zake doet, zoals bij de vraag naar zorg of de aanvraag om een bankrekening te openen. Het op deze grond ontzeggen van zorg of de mogelijkheid om een bankrekening te openen, kan ongerechtvaardigd zijn. Maar het kabinet is van mening dat daartegen andere (rechts)wegen open staan dan de gelijkebehandelingswetgeving.

Het kabinet handhaaft dan ook het uitgangspunt dat bij de totstandkoming van de Awgb is ingenomen, dat geen bescherming wordt geboden aan strafbare handelingen (*Kamerstukken II 1991/92*, 22014, nr. 5, blz. 21). Het kabinet sluit voor de uitleg van het begrip «seksuele gerichtheid» aan bij de internationaal gebruikelijke uitleg die aan dit begrip wordt gegeven en waarbij de nadruk ligt op een seksuele gerichtheid – op basis van consensus en gelijkwaardigheid – op personen van hetzelfde of het andere geslacht of van meer dan een geslacht. Overigens wordt ook de afwezigheid van seksuele verlangens (aseksualiteit) hieronder begrepen. In dit verband kan onder andere worden verwezen naar de hierboven aangehaalde Jogjakarta Beginselen. De beschermde variabele binnen de discriminatiegrond seksuele gerichtheid is dus het geslacht van de persoon op wie de seksuele en/of liefdesgevoelens zich richten. Met deze keuze om seksuele gerichtheid zo op te vatten dat daaronder slechts consensuele gerichtheden vallen die zich bewegen op het spectrum van mogelijkheden ten aanzien van het geslacht – waarbij de term «geslacht» in overeenstemming met de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksuele personen breed moet worden uitgelegd – wil het kabinet ook wegblijven bij associaties tussen seksuele gerichtheid en verboden voorkeuren. Het is nu juist het doel van de wet om te

beschermen tegen dergelijke associaties, die in het verleden juist aan (homo)seksuele gerichtheid hebben gekleefd en tot uitsluiting en achterstelling hebben geleid. Daarom stelt het kabinet voor het begrip niet te begrenzen met een wettelijke uitzonderingsbepaling. Het kabinet acht een inclusieve term, die juist de ruimte laat voor allerlei seksuele gerichtheden, daarenboven wenselijker dan een precieze bepaling van wat er onder dit begrip moet worden geschaard.

B. Wijziging van het Wetboek van Strafrecht

1. Inleiding

Al langer klinkt uit verschillende hoeken de roep om de strafrechtelijke bescherming van de LHBTI-personen te verstevigen. Deze wens is in lijn met het Kabinetsbeleid om het juridisch stelsel van anti-discriminatie in het algemeen en de maatschappelijke positie van LHBTI's in het bijzonder, te versterken. Om de strafrechtelijke bescherming van LHBTI-personen te verstevigen worden twee voorstellen tot wijzigingen gedaan. De eerste wijziging strekt ertoe – in lijn met de hiervoor beschreven wijziging van de Awgb - het begrip «hetero- of homoseksuele gerichtheid» telkens te vervangen door de term «seksuele gerichtheid». De tweede wijziging houdt in geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie als discriminatiegronden aan de artikelen 137c en 137e toe te voegen.

2. Discriminatie van personen vanwege «seksuele gerichtheid»

De strafrechtelijke discriminatiebepalingen (artikelen 137c-137f en artikel 429quater) bevatten telkens de discriminatiegrond «hetero- of homoseksuele gerichtheid». Aangenomen wordt dat die grond ook lesbische en biseksuele gerichtheid omvat (vgl. A.J. Nieuwenhuis en A.L.J. Janssens, *Uitingsdelicten*, Wolters Kluwer: 2019, blz. 230). Dat neemt niet weg dat personen met een andere dan hetero- of homoseksuele gerichtheid zich niet zonder meer herkennen in deze terminologie (vgl. de brief van 8 juli 2019; *Kamerstukken II 2018/19*, 34650, nr. 13). Al langer wordt er door verschillende organisaties, waaronder COC Nederland (COC), Transgender Netwerk Nederland (TNN) en de Nederlandse organisatie voor seksediversiteit (NNID), dan ook voor gepleit om deze terminologie aan te passen (zie o.a. het briefadvies van deze organisaties bij de Wet herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen). Ook in de Tweede Kamer is aandacht voor dit onderwerp. In dit verband kan in het bijzonder worden gewezen op de motie-Van Nispen/Jasper van Dijk (*Kamerstukken II 2018/19*, 35080, nr. 16) en de inbreng van verschillende partijen tijdens de mondelinge behandeling van het initiatiefvoorstel-Bergkamp, Özütok en Van den Hul strekkende tot toevoeging van handicap en seksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond aan de Grondwet (*Kamerstukken 32411*). Ook het WODC-onderzoeksrapport «Speciale behoeften van slachtoffers van *hate crime* ten aanzien van het strafproces en de slachtofferhulp» bevat de aanbeveling om de strafrechtelijke discriminatiegrond op deze wijze te verduidelijken. In het onderhavige wijzigingsvoorstel wordt die aanbeveling opgevolgd, zoals aangekondigd in de beleidsreactie op dit rapport (*Kamerstukken II 2019/20*, 33552, nr. 63) en in de brief van 15 juni 2020 (*Kamerstukken II 2019/20*, 30950, nr. 185).

Het wijzigingsvoorstel ligt in het verlengde van het voorstel om de term «seksuele gerichtheid» ook in de Awgb te hanteren (zie onderdeel A van deze memorie), alsmede in de Grondwet (vgl. het voornoemde initiatiefvoorstel van de leden Bergkamp, Özütok en Van den Hul). Gelijktrekking van de terminologie stelt buiten twijfel dat de bescherming van de discriminatiedelicten en de Awgb zich op dit punt uitstrekt tot dezelfde kring van personen.

3. Discriminatie van personen vanwege «geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie»

Met de inwerkingtreding per 1 november 2019 van de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen (initiatiefwet Bergkamp c.s.) is in artikel 1, tweede lid, Awgb verduidelijkt dat onder onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan onderscheid op grond van «geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie». Daarmee is geëxpliciteerd dat de Awgb van toepassing is op het volledige spectrum aan geslachtsvariëaties, waaronder begrepen personen die zijn geboren met een lichaam dat biologisch gezien niet voldoet aan de normatieve definitie van vrouw of man (intersekse personen) en personen die een discrepantie ervaren tussen hun beleving of expressie van gender en het geslacht dat hen bij de geboorte werd toegekend (transgender personen) (zie *Kamerstukken II 2016/17*, 34650, nr. 3).

In het verlengde hiervan ligt de wens om de strafrechtelijke bescherming van intersekse en transgender personen tegen discriminatie aan te scherpen, zoals al eerder is kenbaar gemaakt door COC, TNN en NNID (zie o.a. hun hiervoor al genoemde briefadvies). Naar aanleiding van daarop betrekking hebbende vragen van de leden van de SP-fractie, is in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen toegezegd dat zal worden onderzocht of het wenselijk is intersekse personen en transgender personen onder het beschermingsbereik van artikel 137c (groepsbelediging) en artikel 137e Sr (verspreiding van groepsbeledigende uitingen) te brengen (*Kamerstukken II 2018/19*, 35080, nr. 7, blz. 6-7). Op grond van de overige discriminatiebepalingen worden deze groepen reeds beschermd tegen onder meer haatzaaien, nu deze personen vallen onder het bredere begrip «geslacht» dat in die bepalingen voorkomt. In reactie op het nadien verschenen WODC-onderzoeksrapport «Speciale behoeften van slachtoffers van *hate crime* ten aanzien van het strafproces en de slachtofferhulp» – waarin ook de onderzoekers een dergelijke verruiming van artikel 137c aanbevelen – is een wetswijziging met die strekking toegezegd. Aan dat voornemen wordt in het onderhavige voorstel gehoor gegeven. De wijziging is in lijn met in internationaal verband gedane oproepen tot versterking van de strafrechtelijk bescherming van intersekse en transgender personen tegen discriminatie (vgl. Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Recommendation CM/Rec(2010)5*; VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* (Rapport nr. A/HRC/19/41; 17 november 2011), blz. 78 onder 20; Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, *Human rights and intersex people*, april 2015, p. 9, aanbeveling 5). Doel van het aan de artikelen 137c, eerste lid, en 137e, eerste lid, onderdeel 1^o toevoegen van geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie als discriminatiegrond, is – in lijn met de strekking van artikel 1, tweede lid, Awgb – de rechtspositie en zichtbaarheid van personen van een

andere biologische geslachtsvariatie dan man of vrouw of wier genderidentiteit of genderexpressie verschilt van het hen bij hun geboorte toegekende geslacht, te versterken.

In het geldende strafrecht wordt deze groep personen al langs diverse wegen tegen discriminatie beschermd. Zo kan sprake zijn van persoonlijke belediging (artikel 266). Te denken valt aan – al dan niet in het openbaar gedane – beledigende uitlatingen die betrekking hebben op de fysieke geslachtskenmerken van een intersekse persoon ofwel de genderidentiteit of -expressie van een transgender persoon, waardoor de desbetreffende persoon in diens eer en goede naam wordt aangetast. In de tweede plaats valt deze groep, zoals gezegd, al onder het beschermingsbereik van discriminatiedelicten waarin de discriminatiegrond «geslacht» is opgenomen. Dit betreft het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld (artikel 137d), het verspreiden van dergelijke uitingen (artikel 137e), het deelnemen aan en verlenen van (geldelijke) steun aan activiteiten gericht op discriminatie van personen (artikel 137f) alsook discriminatie in de uitoefening van ambt, beroep of bedrijf (artikel 429quater). In de derde plaats voorziet de Aanwijzing discriminatie in aanvullende strafrechtelijke bescherming. Wanneer een gepleegd commuun delict een discriminatie-aspect heeft – dat wil zeggen: het discriminatie-aspect heeft als motief of aanleiding gespeeld, of is gebruikt om het delict indringender te plegen (een zogenoemd *codis-feit*) – dan dient dat discriminatie-aspect als strafverzwarende omstandigheid in de strafeis te worden betrokken. Dit discriminatie-aspect kan zijn gelegen in een genderidentiteit die niet overeenkomt met het geboortegeslacht, zo is bepaald in de Aanwijzing.

In aanvulling op de door artikel 266 beschermde waardigheid van *individuele* personen, strekken de groepsbelediging (artikel 137c, eerste lid) en het op dergelijke uitingen betrekking hebbende verspreidingsdelict (artikel 137e, eerste lid, onderdeel 1^o) in het bijzonder tot bescherming van de waardigheid van mensen als *groep*. In beide discriminatiedelicten is het groepskenmerk «geslacht» telkens niet als discriminatiegrond opgenomen. Die keuze houdt verband met het uitgangspunt van de wetgever bij het ontwerpen van de strafbaarstelling van belediging van groepen om grote terughoudendheid te betrachten (vgl. *Kamerstukken II 2017/18*, 30950, nr. 142; *Kamerstukken II 2018/19*, 35080, nr. 7, blz. 6). Niettemin kan in de mate waarin een specifieke groep kwetsbaar is en mogelijke aanvallen op de groep de participatie van deze groep aan de samenleving daadwerkelijk zouden kunnen verstoren, aanleiding worden gevonden die groep als zodanig onder het beschermingsbereik van de groepsbelediging (artikel 137c, eerste lid) en het op dergelijke uitingen betrekking hebbende verspreidingsdelict (artikel 137e, eerste lid, onderdeel 1^o) te brengen. Personen van een andere biologische geslachtsvariatie dan man of vrouw of wier genderidentiteit of genderexpressie verschilt van hun geboortegeslacht, waaronder begrepen intersekse personen en transgender personen, behoren tot de (inter)nationaal onderscheiden LHBTI-groep. Voor deze groep is zichtbaar jezelf kunnen zijn in de samenleving nog steeds niet vanzelfsprekend, hetgeen onzichtbaarheid, discriminatie en marginalisering in de hand werkt. Zo ervaren intersekse personen veel onbegrip en negatieve reacties vanwege hun geslachtskenmerken (vgl. *Kamerstukken II 2016/17*, 34650, nr. 3, blz. 2-5). Op alle terreinen van de leefsituatie gaat het met transgender personen slechter dan met cisgender personen (personen van wie de genderidentiteit overeenkomt met hun geboortegeslacht). Transgender jongeren worden in vergelijking met hun cisgender leeftijdsgenoten veel vaker gepest, zij rapporteren meer emotionele verwaarlozing of mishandeling thuis, een lagere eigenwaarde en meer psychische problemen (SCP, *LHBT-monitor 2018*, blz. 83 en 91). Intussen is voor wat betreft de erkenning van

deze groep personen een belangrijke stap gezet door in artikel 1, tweede lid, Awgb expliciet tot uitdrukking te brengen dat die groep onder de werkingssfeer van de Awgb valt. Een daarbij passende vervolgstap is de groep als zodanig ook strafrechtelijk te beschermen, door deze onder het beschermingsbereik van groepsbelediging en het op dergelijke uitingen betrekking hebbende verspreidingsdelict te brengen. Met de beoogde wetswijziging worden in het openbaar gedane beledigende uitlatingen over een groep mensen vanwege het samenstel van fysieke geslachtskenmerken dat niet voldoet aan de normatieve definitie van man of vrouw (zoals bij intersekse personen) dan wel de genderidentiteit of -expressie die daarbuiten valt (zoals bij transgender personen), strafbaar gesteld. Ook het verspreiden van dergelijke uitingen wordt dan strafbaar. De uitbreiding van deze strafbaarstellingen maakt het mogelijk gericht strafrechtelijk op te treden tegen (het verspreiden van) beledigende uitlatingen die de desbetreffende groep in diskrediet brengen, en daarmee kunnen bijdragen aan een negatieve beeldvorming over deze groep bij anderen. Daarmee wordt het belang van het onbelemmerd maatschappelijk functioneren van deze groep beter beschermd.

De formulering van de discriminatiegrond «geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie» sluit rechtstreeks aan bij de terminologie in artikel 1, tweede lid, Awgb. Deze past ook bij het woordgebruik in internationaal verband, waarin – met het oog op de rechtsbescherming van intersekse en transgender personen – wordt onderscheiden tussen «sex characteristics», «gender identity» en «gender expression» (vgl. Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, *Human rights and intersex people*, april 2015; Marjolein van den Brink & Peter Dunne, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, november 2018 en European Union Agency for Fundamental Rights, *A long way to go for LGBTI equality*, 2020). Onder meer België, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Malta kennen soortgelijke strafrechtelijke discriminatiegronden (zie voor een actueel overzicht de website van ILGA Europe, <http://www.ilga-europe.org/>). In dit wetsvoorstel wordt langs de weg van «geslachtskenmerken» bescherming geboden aan mensen die zijn geboren met een lichaam dat biologisch gezien – voor wat betreft de combinatie van hormonen en/of anatomie en/of chromosomen – niet voldoet aan de normatieve definitie van vrouw of man (intersekse personen). Het begrip «genderidentiteit» heeft betrekking op de beleving van gender. De term «genderexpressie» ziet op de wijze waarop aan een genderidentiteit uitdrukking wordt gegeven, bijvoorbeeld in de vorm van gedrag, kleding of haardracht. In lijn met de betekenis die daaraan toekomt in artikel 1, tweede lid, Awgb, strekken beide termen zich uit tot een scala aan genderidentiteiten onderscheidenlijk wijzen waarop aan een genderidentiteit wordt vormgegeven (*Kamerstukken II 2016/17, 34650, nr. 3*). Daaronder vallen onder meer transgender personen, die al dan niet geslachtsaanpassende behandelingen hebben ondergaan als een gevolg van hun wens tot (gedeeltelijke) aanpassing van hun geboortegeslacht, maar bijvoorbeeld ook androgyne personen, a-gender personen, genderqueer personen, genderfluid personen, polygender personen en cross dressers. Beoogd is het volledige spectrum aan geslachtsvariaties onder de werkingssfeer van groepsbelediging (artikel 137c, eerste lid) en het op dergelijke uitingen betrekking hebbende verspreidingsdelict (artikel 137e, eerste lid, onderdeel 1^o) te brengen. Hieronder wordt ook begrepen het geval waarin in de geboorteakte is vermeld dat het geslacht van het kind niet is kunnen worden vastgesteld als bedoeld in artikel 1:19d BW.

C. Verhouding tot hoger recht

De vervanging van het begrip «hetero- of homoseksuele gerichtheid» door de term «seksuele gerichtheid» in zowel de Awgb als het Wetboek van Strafrecht verduidelijkt wie respectievelijk een beroep kan doen op de Awgb en onder het beschermingsbereik van de discriminatiedelicten valt. Het voorstel beoogt in zoverre geen hernieuwde beoordeling van de vigerende onderlinge verhouding van de grondrechten, waaronder begrepen non-discriminatie, vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en vrijheid van godsdienst (op nationaal niveau vastgelegd in de artikelen 1, 6-8, 10 en 23 van de Grondwet).

De toevoeging van de discriminatiegrond «geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie» aan de artikelen 137c en 137e Sr, betekent een beperkte verruiming van de werkingssfeer van beide discriminatiedelicten en daarmee een beperking van de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting wordt gewaarborgd in artikel 7 van de Grondwet en in artikel 10 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Een bij de wet voorziene beperking van de vrijheid van meningsuiting is niet in strijd met artikel 10 EVRM indien zij een gerechtvaardigd doel dient als genoemd in het tweede lid van deze verdragsbepaling en zij noodzakelijk is in een democratische samenleving, bij de beoordeling waarvan aan de nationale autoriteiten een zekere appreciatiemarge toekomt (*margin of appreciation*). Het doel van toevoeging van de discriminatiegrond aan de artikelen 137c en 137e – bescherming van de groep personen van een andere biologische geslachtsvariatie dan man of vrouw of wier genderidentiteit of genderexpressie verschilt van het hen bij hun geboorte toegekende geslacht tegen beledigende uitlatingen en de verspreiding daarvan – dient een in het tweede lid van artikel 10 EVRM opgenomen doel, te weten (in ieder geval) de bescherming van de goede naam en rechten van anderen. Voor de beoordeling of een beperking van de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk is in een democratische samenleving, is van belang of daartoe een dringende maatschappelijke noodzaak (*pressing social need*) bestaat. In het onderhavige geval is die maatschappelijke noodzaak, zoals hiervoor ook is toegelicht, daarin gelegen dat – kort gezegd – voor interseksue en transgender personen zichtbaar jezelf kunnen zijn in de samenleving nog steeds niet vanzelfsprekend is, hetgeen onzichtbaarheid, discriminatie en marginalisering in de hand werkt. De op te nemen discriminatiegrond strekt ter bescherming van het onbelemmerd maatschappelijk functioneren van deze groep (zie nader onderdeel B, paragraaf 3), en geeft daarmee uitdrukking aan het non-discriminatie beginsel als bedoeld in artikel 1 van de Grondwet.

D. Uitvoering en financiële gevolgen

De vervanging van het begrip «hetero- of homoseksuele gerichtheid» door de term «seksuele gerichtheid» strekt tot verduidelijking van de Algemene wet gelijke behandeling en het Wetboek van Strafrecht. Het beoogde doel van de wijziging is het vergroten van de (her)kenbaarheid van de terminologie. Het is dan ook, zoals het kabinet hierboven aangaf, de verwachting dat mensen zich door de wijziging gesteund zullen voelen om een oordeel te vragen van het College of de civiele rechter over discriminatie op grond van seksuele gerichtheid, hoewel het hierbij vermoedelijk niet om grote aantallen zal gaan. Evenmin is het de verwachting dat de wijziging van de terminologie

tot een veel groter aantal aangiften van discriminatie zal leiden. Het kabinet beoogt daarnaast met dit voorstel dat gevallen van (ervaren) discriminatie makkelijker worden voorgelegd aan of besproken met werkgevers, onderwijsinstellingen of dienstverleners, nu de terminologie beter aansluit bij wat maatschappelijk gangbaar is. Voor zover dit leidt tot additionele lasten voor bedrijfsleven, non-profit-instellingen en particulieren vloeien deze voort uit het nadrukkelijke oogmerk van de wetgever om discriminatie op grond van seksuele gerichtheid in brede zin te verbieden. Gelet op de bestaande gebondenheid van de overheid aan de gelijkebehandelings- en non-discriminatie-norm valt een significante verzwaring van de bestuurlijke lasten door dit voorstel niet te verwachten.

De toevoeging van de discriminatiegrond «geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie» aan de artikelen 137c en 137e Sr levert een beperkte verruiming op van het beschermingsbereik van beide discriminatiedelicten. Die inhoudelijke wijziging leidt niet tot bijzondere handhavingsproblemen: politie en justitie beschikken over voldoende ervaring met de toepassing van deze strafbaarstellingen. Binnen het openbaar ministerie is specifiek vervolgingsbeleid voor de aanpak van discriminatiezaken ontwikkeld, ook ten aanzien van discriminatie wegens genderidentiteit (zie ook de Aanwijzing discriminatie, onder 1.2). Daarnaast maakt het Landelijk Expertise Centrum Discriminatie (LECD) deel uit van het openbaar ministerie. Naar verwachting zal de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel niet tot een significante toename leiden in het aantal gevallen waarin politie en justitie optreden op grond van de artikelen 137c en 137e. Daarbij speelt mee dat belediging vanwege geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie al langs andere weg strafbaar kan zijn. Zo kan bij beledigende uitlatingen die betrekking hebben op de fysieke geslachtskenmerken van een intersekse persoon ofwel de genderidentiteit of -expressie van een transgender persoon, sprake zijn van belediging (artikel 266). Derhalve zijn er van dit wetsvoorstel geen substantiële financiële gevolgen te verwachten.

E. Consultatie

PM

ARTIKELSGEWIJS

A.

Artikel I, onder A, B en C (artikel 1, 5 en 7 Awgb)

Dit artikel is al toegelicht in onderdeel A van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

B.

Artikel II, onderdeel A (artikelen 137d tot en met 137f, en artikel 429quater Sr)

Dit onderdeel is al toegelicht in onderdeel B van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Artikel II, onderdeel B (*artikel 137c, eerste lid, Sr*)

Dit onderdeel is al toegelicht in onderdeel B van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Artikel II, onderdeel C (*artikel 137e, eerste lid, onderdeel 1^o, Sr*)

Dit onderdeel strekt ertoe artikel 137e, eerste lid, onderdeel 1^o op twee punten te wijzigen.

Allereerst wordt «hetero- of homoseksuele gerichtheid» telkens vervangen door «seksuele gerichtheid». Daarnaast wordt na «hun godsdienst of levensovertuiging,» en voor de in te voegen term «seksuele gerichtheid», ingevoegd «hun geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie,». Zie voor een toelichting onderdeel B van het algemeen deel van deze memorie. Om ingewikkelde wijzigingsopdrachten te voorkomen, is dit artikelonderdeel opnieuw vastgesteld.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de minister van Justitie en Veiligheid,

drs. K.H. Ollongren