

# Het versmadede strafrecht?

Een breder perspectief op het toevoegen van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie aan de AWGB

Erwin Dijkstra<sup>1</sup>

De uitdrukkelijke toevoeging van de categorieën geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie aan de AWGB betekent volgens de initiatiefnemers een forse stap in het terugdringen van de structurele achterstand van transgender en intersekse personen. Als we deze wetwijziging in een breder perspectief plaatsen, kunnen we ons echter afvragen of zij de gewenste emancipatie dichterbij brengt en of het in die zin verstandig is dat de wetgever – ook na de suggestie van de Raad van State – de strafrechtelijke optie van het uitbreiden van de gronden voor strafbare groepsbelediging links liet liggen.

Op dinsdag 12 maart stemde de Eerste Kamer met overweldigende meerderheid in met het wetsvoorstel om geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie uitdrukkelijk op te nemen als discriminatiegrond in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB).<sup>2</sup> Hiermee maakt de wetgever expliciet dat men in het geval van ongeoorloofd onderscheid op grond van deze kenmerken op gebieden als werk, wonen, zorg en sociale zekerheid, een beroep op die wet kan doen. Aldus moet volgens de initiatiefnemers de structurele achterstand van transgender en intersekse personen worden teruggedrongen.<sup>3</sup> In deze bijdrage zal ik het belang van de aldus aangepaste AWGB in een breder perspectief plaatsen en de vraag stellen of het verstandig was dat de wetgever in dit geval het strafrecht links liet liggen, het doel van de initiatiefnemers in aanmerking genomen. Hiertoe dienen we eerst een blik te werpen op de wijze waarmee het Nederlandse recht tot nu toe omging met transgender en intersekse personen. Daarbij hoort een historische en sociologische schets van de problemen die deze beide groepen ervaren en die de door de initiatiefnemers beoogde emancipatie noodzakelijk maken. Vervolgens zal gekeken worden of de herziene AWGB die emancipatie naderbij brengt. Deze vraag heeft een aantal haken en ogen, aangezien transgender en intersekse personen zich onder de oude AWGB al konden beroepen op de discriminatiegrond geslacht.<sup>4</sup> Tot slot zal de strafrechtelijke optie die de Raad van State suggereerde in zijn advies bij de besproken wijziging van de AWGB, namelijk het uitbreiden van de gronden voor strafbare groepsbelediging ex artikel 137c Sr, worden onderzocht.<sup>5</sup>

## 1. Transgender en intersekse personen in het Nederlandse recht

De verdere (juridische) emancipatie van transgender en intersekse personen, die de initiatiefnemers van de herziening van de AWGB beogen, staat niet op zichzelf. Zij maakt deel uit van de bredere emancipatie van de groep mensen die in de wandeling wordt aangeduid met de afkorting LHBTI.<sup>6</sup> Dit emancipatieproces valt grofweg in twee fasen uiteen: de strijd tegen strafbaarheid en de strijd voor gelijkheid. Deze paragraaf legt kort uit wat over het algemeen verstaan wordt onder de termen transgender en intersekse en zet daarna bondig de genoemde emancipatiestrijd uiteen. Aldus hebben we een overzicht van de oude en nieuwe problemen die ten grondslag liggen aan de structurele achterstand van transgender en intersekse personen en de wijze waarop het Nederlandse recht hier tot nu toe mee omging. Vervolgens zal in par. 2 worden uitgewerkt of de herziene AWGB deze problemen beter het hoofd zou kunnen bieden. Ten slotte doen we in

### Auteur

1. E. Dijkstra LL.M. MA is docent/onderzoeker bij de Afdeling Encyclopedie van de Rechtswetenschap van de Universiteit Leiden.

### Noten

2. Voluit: Wet verduidelijkend rechtspositie transgender personen en intersekse personen. Zie: *Kamerstukken I* 2018/19, 34650,

21, item 9; NOS Redactie Politiek, 'Transgenders en intersekse voortaan wettelijk beschermd', NOS 12 maart 2019, nos.nl.

3. *Kamerstukken II* 2016/17, 34650, 1-3.

4. *Kamerstukken II* 2017/18, 34650, 7;

*Kamerstukken II* 2017/18, 34650, 5, p. 2.

5. *Kamerstukken II* 2017/18, 34650, 5, p. 4.

6. L. Kuyper, *Transgender personen in Nederland*, Den Haag: SCP 2017, p. 4.



par. 3 hetzelfde met betrekking tot een eventuele herziening van artikel 137c Sr.

### 1.1. *Transgender en intersekse personen en hun uitsluiting*

Gedurende lange perioden in de recente geschiedenis werden mensen met een seksuele oriëntatie die afweek van de norm, oftewel mannen die niet (louter) op vrouwen vallen en vrouwen die niet (louter) op mannen vallen, geconfronteerd met de noodzaak om deze oriëntatie geheim te houden dan wel om te gaan met structurele achterstelling en zelfs strafbaarheid.<sup>7</sup> Het is dan ook geen geheim dat lesbische, homoseksuele en biseksuele personen een lange weg hebben afgelegd om geaccepteerd te worden. Minder bekend is dat ook mensen die niet voldeden aan het standaardbeeld van een man of een vrouw – bijvoorbeeld omdat ze geen duidelijke geslachtskenmerken hadden of zich niet identificeerden met het biologische geslacht waarmee ze geboren waren – met dergelijke problemen worstelden.<sup>8</sup> Binnen deze laatste groep wordt, in het taalgebruik van de initiatiefnemers, onderscheid gemaakt tussen transgender en intersekse personen, de T en de I uit de afkorting LHBTI.<sup>9</sup> Het is met het oog op de emancipatie van deze twee groepen dat de AWGB is herzien en dat de Raad van State de uitbreiding van de gronden voor strafbare groepsbelediging ex artikel 137c Sr aan de wetgever ter overdenking gaf.

#### 1.1.1. *De termen transgender en intersekse*

Wat betekenen deze twee termen nu concreet? Transgender personen identificeren zich, geheel of gedeeltelijk, niet met het geslacht dat ze bij de geboorte kregen toegewezen. Hun genderidentiteit is dan bijvoorbeeld die van een man, terwijl zij als vrouw geboren zijn, of zit tussen het man- en vrouwzijn in. Zij streven daarom vaak – maar

niet altijd! – naar een transitie.<sup>10</sup> Bij intersekse personen zijn juist de biologische geslachtskenmerken niet in overeenstemming met de medische opvattingen over het standaard mannen- of vrouwenlichaam. Zij identificeren zich daarom niet altijd als man óf vrouw. Te vroeg of onomkeerbaar medisch ingrijpen om de situatie te normaliseren, kan dientengevolge hun latere genderidentiteit en -expressie bemoeilijken.<sup>11</sup> Waar transgender personen dus vaak moesten knokken voor de mogelijkheid en acceptatie van hun transitie, kregen intersekse personen juist medische behandelingen opgedrongen.<sup>12</sup>

#### 1.1.2. *De uitsluiting van transgender en intersekse personen*

Zowel personen met een niet-normatieve seksuele oriëntatie als transgender en intersekse personen werden, in de terminologie van de filosoof Richard Rorty, tot zeer recent niet gezien als deel van de mensheid of – minder extreem – als ons soort mensen: de morele groep die een thuis biedt aan de doorsnee burger.<sup>13</sup> Tegenwoordig zal men in Nederland weinig mensen meer vinden die lesbische, homoseksuele, biseksuele, transgender of intersekse personen, niet tot de mensheid of de samenleving rekenen. Maar zelfs nu deze groepen ontegenzeggelijk tot de samenleving behoren, zien we dat dergelijke morele oordelen hun emancipatie bemoeilijken. Ondanks de positieve trend in opvattingen over mensen die zich bevinden op het spectrum van LHBTI, lijkt er namelijk nog steeds een zekere morele afkeur ten grondslag te liggen aan veel van de maatschappelijke en individuele hindernissen en achterstellingen waarmee deze groep dagelijks geconfronteerd wordt.<sup>14</sup> Bij het emancipatieproces van transgender en intersekse personen is de moraal dus van belang: zowel bij de strijd tegen strafbaarheid, als bij de strijd voor gelijkheid.

# Bij het emancipatieproces van transgender en intersekse personen is de moraal van belang: zowel bij de strijd tegen strafbaarheid, als bij de strijd voor gelijkheid

## 1.2. Van strafbaarheid naar legalisering

Hoewel Nederland volgens twee recente rapporten van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) internationaal nog steeds vooroploopt betreffende LHBTI-rechten en zichzelf in die zin met recht een gidsland noemt, was dit niet altijd het geval.<sup>15</sup> Historicus Byrne Fone laat op grond van uitgebreid bronnenonderzoek zien dat tussen 1730 en 1811 de Nederlandse Republiek, die beroemde vrijplaats voor mensen als Descartes en Spinoza, het toneel was van spectaculaire sodomieprocessen.<sup>16</sup> Sodomie was niet alleen strafbaar gesteld, maar deze misdaad werd ook actief vervolgd en recidivisten wachtte de doodstraf.<sup>17</sup> Argumenten hiervoor werden gezocht in de ondermijning van de staat door het ondergraven van de publieke moraal. Seksuele handelingen die niet tot voortplanting leidden, werden namelijk gezien als oorzaak van de recente rampen die de Republiek geteisterd hadden.<sup>18</sup> Mensen die de indruk wekten zich met homoseksuele handelingen bezig te houden, stonden dientengevolge buiten de morele orde – sterker nog, zij bedreigden die orde! Daarom moesten ook transgender en intersekse personen in deze periode voor vervolging vrezen. Aangezien er nog geen mogelijkheid tot transitie was, noch veel begrip voor afwijkende geslachtskenmerken, zouden zij – afhankelijk van het geslacht waarmee zij zich identificeerden – de indruk kunnen wekken dat zij zich inlieten met personen die, in de ogen van de samenleving en de wet, van hetzelfde

de geslacht waren. De expressie van een genderidentiteit die afweek van de norm was daarmee een ernstig strafrechtelijk risico.<sup>19</sup>

Van lieverlee werd een niet-normatieve seksuele oriëntatie of genderidentiteit, in plaats van een voedingsbodem voor zondig gedrag, als een lichamelijke of psychische afwijking gezien en uiteindelijk vielen ook personen op het spectrum van LHBTI onder de olievlekwerking van de gelijkheid.<sup>20</sup> Aldus werden zij geaccepteerd in de morele groep.<sup>21</sup> Men kan zich echter afvragen in hoeverre deze acceptatie vooral abstract en niet zozeer praktisch was. De tolerantie voor zoenende mannen in het openbaar blijft bijvoorbeeld lager dan voor heterokoppels.<sup>22</sup> Desalniettemin verdween de algemene strafbaarheid van sodomie in 1811 uit de wet. Deze legalisering was echter geen proces van lineaire vooruitgang, zoals de grote emancipatiegolven van de 19<sup>de</sup> en 20<sup>ste</sup> eeuw soms worden gekenschetst.<sup>23</sup> Vanaf 1911 werd gemeenschap tussen mensen die volgens de wet hetzelfde geslacht hadden bijvoorbeeld weer strafbaar gesteld als de participanten nog geen 21 waren.<sup>24</sup> De minimumleeftijd voor heteroseksuele handelingen bleef echter zestien. Deze bepaling trof ook transgender en intersekse personen aangezien zij, afhankelijk van hun genderidentiteit en uiterlijk, de indruk konden wekken dat zij zich romantisch inlieten met mensen van – juridisch gezien – hetzelfde geslacht. Na een reeks geruchtmakende vervolgingen en veel verzet werd deze verbodsbepaling, artikel 248bis Sr, in 1971 alsnog geschrapt.<sup>25</sup>

Zodoende werd het leven voor mensen op het spectrum van transgender en intersekse makkelijker. Hoe zij zich ook identificeerden en of ze een transitie wilden maken of niet: zij hoefden bij hun liefdesleven en de expressie van het geslacht waarmee zij zich identificeren in ieder geval niet meer te vrezen voor vervolging. Sterker nog, hun genderidentiteit en de expressie hiervan werden in toenemende mate gefaciliteerd. Sinds 1959 bestaat er bijvoorbeeld de mogelijkheid dat mensen, die zich niet identificeren met het geslacht dat hen is toegewezen, kunnen kiezen voor een geheel of gedeeltelijke transitie.<sup>26</sup> Ook wordt er zorgvuldiger gekeken of intersekse personen

7. L. Faderman, *The gay revolution: the story of the struggle*, New York: Simon & Schuster 2015, p. xvii.

8. *Kamerstukken II 2016/17*, 34650, 3, p. 1-2, 4, 7-8.

9. Faderman 2015, p. 567; E. Steinbock, 'LGB en de toevoeging van TQIA2S', in: W. Modest & R. Lelijveld (red.), *Woorden doen ertoe: een incomplete gids voor woordkeuze binnen de culturele sector*, Amsterdam: Tropenmuseum 2018, p. 73-76.

10. L. Kuyper, *Opvattingen over seksuele en genderdiversiteit in Nederland en Europa: een schets van actueel beleid en de ontwikkelingen in de tijd*, Den Haag: SCP 2018, p. 6; Faderman 2015, p. xx; *Kamerstukken II 2017/18*, 34650, 5, p. 2.

11. I. Morland, 'The glans opens like a

book: reading and writing the intersexed body', *Continuum* 2005/3; J. van Lisdonk, *Leven met Intersekse/DSD*, Den Haag: SCP 2014, p. 37, 45.

12. Kuyper 2017, p. 8; M. Februari, *De maakbare man: notities over transsexualiteit*, Amsterdam: Prometheus 2013, p. 12-18.

13. Faderman 2015, p. 19, 49; R. Rorty, 'Human rights, rationality and sentimentality', in: R. Rorty, *Truth and progress: philosophical papers*, Cambridge: CUP 1998, p. 176-178.

14. Kuyper 2018, p. 38-40, 43; G. van Beusekom & L. Kuyper, *LHBT-monitor 2018: De leefsituatie van lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender personen in Nederland*, Den Haag: SCP 2018, p. 30, 34, 40.

15. S. Keuzenkamp, *Acceptatie van homo-*

*seksualiteit in Nederland 2011: internationale vergelijking, ontwikkelingen en actuele situatie*, Den Haag: SCP 2011; Kuyper 2018. Zie ook: Februari 2013, p. 70.

16. B.R.S. Fone, *Homophobia: a history*, New York: Henry Holt & Co. 2000, p. 236

17. *Ibidem*, p. 237-242.

18. *Ibidem*, p. 236; T. van der Meer & G. Hekma, 'Strafrecht en homoseksualiteit in historisch perspectief', in: G. Hekma & T. van der Meer (red.), *Bewaar me voor de waanzin van het recht: homoseksualiteit en strafrecht in Nederland*, Diemen: AMB 2011, p. 4-5.

19. Februari 2013, p. 70-71.

20. W. Witteveen, 'Over de vermeende olievlekwerking van het gelijkheidsbeginsel', in: R. Holtmaat (red.), *De toekomst van gelijkheid: de juridische en maatschappelij-*

*ke inbedding van de gelijkebehandelingsnorm*, Utrecht: Commissie Gelijke Behandeling 2000, p. 179-180.

21. Kuyper 2018, p. 8.

22. A. Adolfsen & S. Keuzenkamp, 'Opiniononderzoek onder de bevolking', in: S. Keuzenkamp, D. Bos, J.W. Duyvendak & G. Hekma (red.), *Gewoon doen: acceptatie van homoseksualiteit in Nederland*, Den Haag: SCP 2006, p. 36.

23. A.C. Grayling, *Towards the light: the story of the struggles for liberty and rights that made the modern West*, Londen: Bloomsbury 2014, p. 2-13.

24. Van der Meer & Hekma 2011, p. 8.

25. *Ibidem*, p. 9-21.

26. T. Bartels & J. Versteegen (red.), *Homocyclopedie van Nederland*, Amsterdam: Ambo/Amthos 2005, p. 85.

daadwerkelijk een medisch traject moeten doorlopen en wordt er tijdens een eventueel traject meer rekening gehouden met de genderidentiteit en -expressie van de patiënt.<sup>27</sup>

### 1.3. Van legalisering naar gelijkheid

Terwijl de dreiging van het strafrecht was afgenomen, ging de strijd voor gelijkheid door. De twee voornaamste doelen van dit emancipatieproces waren sociale acceptatie en het bestrijden van structurele, maatschappelijke achterstellingen.<sup>28</sup> Omdat transgender en intersekse personen als minderheid geen deel uitmaken van de groep doorsnee burgers door en voor wie onze maatschappij is ingericht, kunnen zij namelijk op allerlei gebieden tegen extra hindernissen aanlopen.<sup>29</sup> De juridische bestrijding van deze hindernissen door hervormingen en bescherming hangt samen met het doel van sociale acceptatie. De wet en de algemeen gedeelde opvattingen zijn immers communicerende vaten en veel van de moderne problemen van transgender en intersekse personen vinden nog steeds hun oorsprong in een zekere morele afkeur.<sup>30</sup> Om de toelichting op de wetwijziging te citeren: 'Bij veel burgers bestaat er onwetendheid, ongemak en onbegrip.'<sup>31</sup> Het SCP constateert dan ook dat in landen met voldoende wetgeving die zich richt op de emancipatie van LHBTI-personen de sociale acceptatie navenant aanwezig is.<sup>32</sup> Een adequaat juridisch kader kan dus zowel de dagelijkse hindernissen van transgender en intersekse personen bestrijden, als sociale acceptatie naderbij brengen. Dit inzicht vormt mede de achtergrond van de herziening van de AWGB en de gesuggereerde herziening van artikel 137c Sr.

#### 1.3.1. De structurele achterstand van transgender en intersekse personen

Het bevorderen van sociale acceptatie en het bestrijden van achterstellingen betreft zowel de overheid als de verhouding met andere private actoren.<sup>33</sup> In veel gevallen ving en vangt men bij de overheid namelijk bot, bijvoorbeeld met betrekking tot het geslacht dat in het paspoort of op de geboorteakte vermeld staat, de kosten van een eventuele transitie en strafrechtelijke en privaatrechtelijke bescherming tegen discriminatie.<sup>34</sup> Ook kunnen schijnbaar neutrale artikelen in het strafrecht problematisch zijn. De strafbaarstelling van schennis van de eerbaarheid (artikel 239 Sr) raakt mensen met een afwijkende genderidentiteit of seksuele oriëntatie bijvoorbeeld harder, omdat zij minder geaccepteerd worden in de gebruikelijke sociale gelegenheden.<sup>35</sup> De grootste problemen ervaren zij echter in het dagelijks leven, in sociale relaties en de (juridische) verhouding met andere private actoren. Deze problemen beginnen al vroeg met eenzaamheid, pesterijen en fysiek en verbaal geweld in de jeugdijaren.<sup>36</sup> Vervolgens worstelen transgender en intersekse personen gedurende hun hele leven met de basisvoorwaarden van het bestaan, terwijl ze

een minder groot netwerk hebben om op te steunen.<sup>37</sup> Deze dubbele druk als gevolg van maatschappelijke en individuele hindernissen en achterstellingen, die bovenop de gebruikelijke last van de menselijke conditie komt, wordt ook wel 'minderhedenstress' genoemd.<sup>38</sup> Het gevolg van deze druk voor transgender personen werd in 2017 treffend door het SCP beschreven:

'[...] Nederlandse onderzoeken die zich richten op transgender personen schetsen een beeld van een relatief kwetsbare groep mensen, met achterstanden op leefdomeinen als arbeid, zorg, veiligheid, sociale participatie, welzijn en gezondheid.'<sup>39</sup>

Een soortgelijke conclusie lijkt van toepassing op intersekse personen.<sup>40</sup> De gevolgen van deze kwetsbare positie zijn navenant voor de kwaliteit van leven van deze groep mensen, met als meest dramatische aspect het hoge percentage zelfmoordpogingen – vooral van jonge transgender en intersekse personen.<sup>41</sup>

#### 1.3.2. De juridische emancipatie van transgender en intersekse personen

Na de geschetste problematiek kunnen we ons afvragen wat de juridische reactie op de specifieke problemen van transgender en intersekse personen was en of deze emancipatie en sociale acceptatie naderbij bracht. De emancipatie van LHBTI-personen ligt internationaal gevoeliger dan bijvoorbeeld de bestrijding van racisme of misogynie.<sup>42</sup> In veel landen zijn er daarom ook op nationaal niveau minder wettelijke voorzieningen voor personen op het spectrum van LHBTI dan andere achtergestelde groepen. De morele afkeur en uitsluiting, die we hierboven al schetsen, speelt in die zin niet alleen een rol bij de achterstelling van transgender en intersekse personen, maar ook bij de juridische bestrijding ervan. De afgelopen decennia kon men de beleidsmatige trend in ons land echter omschrijven als een groeiende bescherming van de LHBTI-gemeenschap.<sup>43</sup> Desalniettemin bleven voorzieningen voor transgender en intersekse personen tot voor kort achter bij mensen met een niet-normatieve seksuele oriëntatie.<sup>44</sup> Dit terwijl transgender en intersekse personen over het algemeen nóg verder van de maatschappij afstaan – hun minderhedenstress omvat bijvoorbeeld ook nog de worsteling met hun lichaam, een eventuele transitie en het bijbehorende medische traject.<sup>45</sup>

De laatste jaren lijkt er een kentering gaande, vooral ten aanzien van de verhouding van transgender en intersekse personen tot de overheid. De mogelijkheid om het geslacht op de geboorteakte te wijzigen, zonder geslachtsverandering of tussenkomst van de rechter, kwam in 2014 in de wet.<sup>46</sup> En in 2018 kon de eerste volwassen intersekse persoon het geslacht ambigue laten in diens paspoort – hoewel dit voorlopig nog een gang naar de rechter vereist.<sup>47</sup> Toch was dit vooruitgang: de mogelijkheid voor een genderneutraal paspoort was in 2007 namelijk nog afgewezen door de Hoge Raad, die wees op de *margin of appreciation* die de jurisprudentie van het EHRM de lidstaten liet in het geval van intersekse personen.<sup>48</sup> De komst van deze en andere mogelijkheden valt toe te juichen, want zij heeft een matigend effect op de minderhedenstress.<sup>49</sup> Toch bestaat er nog steeds indirect discrimi-

**Terwijl de dreiging van het strafrecht was afgenomen, ging de strijd voor gelijkheid door**

# De laatste jaren lijkt er een kentering gaande, vooral ten aanzien van de verhouding van transgender en intersekse personen tot de overheid

nerende regelgeving, zoals blijkt uit de recente discussie over de vergoeding van kunstmatige inseminatie met donorsperma, noch heeft emancipatoire regelgeving voldoende sociale acceptatie kunnen realiseren.<sup>50</sup> Veel transgender en intersekse personen ervaren namelijk uitsluiting en zelfs discriminatie op bijvoorbeeld hun werk en in andere delen van hun privéleven.<sup>51</sup> Desalniettemin lijkt de tijdgeest mee te zitten: de discussies die nu gevoerd worden, hebben daadwerkelijk materiële gevolgen. Bijvoorbeeld, de implementatie van genderneutrale toiletten op universiteiten en andere instellingen en de mogelijkheid van betaald transitieverlof die de gemeente Amsterdam biedt. Men kan zich echter afvragen in hoeverre sommige recente maatregelen de daadwerkelijke problemen van transgender en intersekse personen adresseren.<sup>52</sup> Vaststaat dat de discussie zich, naast de verantwoordelijkheid van de overheid, vooral richt op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen en hier komt de AWGB om de hoek kijken.

## 2. De AWGB en de emancipatie van transgender en intersekse personen

We hebben hierboven stilgestaan bij de structurele achterstand van transgender en intersekse personen in heden en verleden en de juridische aspecten hiervan. Met deze kennis kunnen we bepalen in hoeverre de herziene AWGB

bijdraagt aan het emancipatiestreven van de initiatiefnemers en – in de volgende paragraaf – welke rol artikel 137c Sr eventueel kan vervullen.

### 2.1. Transgender en intersekse personen en de oude AWGB

De grote grondwetsherziening van 1983 plaatste de grondrechtencatalogus vooraan en wellicht is geen enkel artikel daaruit zo bekend geworden als artikel 1 Gw: het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod.<sup>53</sup> De praktische uitwerking van dit verbod vinden we vooral in de AWGB en het strafrecht.<sup>54</sup> De AWGB heeft sinds 1994 ten doel, in de woorden van Paul van Sasse van Yssel, 'mensen te vrijwaren van praktijken die (nadelige) consequenties verbinden aan een of ander kenmerk dat tot iemands eigenheid behoort'.<sup>55</sup> Deze kenmerken en praktijken staan echter limitatief opgesomd: alleen bij ongeoorloofd onderscheid in bepaalde rechtsverhoudingen en ten aanzien van bepaalde persoonseigen kenmerken kan men een beroep doen op de AWGB.<sup>56</sup> Voor niet opgenomen categorieën of rechtsverhoudingen moet men terugvallen op artikel 1 Gw.<sup>57</sup> Dit gesloten systeem van de AWGB maakt het bijzonder belangrijk welke categorieën en rechtsverhoudingen erin zijn opgenomen.<sup>58</sup> Voor transgender en intersekse personen lijkt zich hier het eerder genoemde gebrek aan internationale aandacht te wreken. Naast artikel 1 Gw was

27. Van Lisdonk 2014, p. 32-37.

28. Kuyper 2017, p. 9.

29. *Kamerstukken II* 2016/17, 34650, 3, p. 1, 3-5, 7.

30. J. Goldschmidt, 'Gelijke behandeling in context', in: R. Holtmaat (red.), *De toekomst van gelijkheid: de juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijke behandelingsnorm*, Utrecht: CGB 2000, p. 5; P. Cserne, 'Objectivity and the law's assumptions about human behaviour', in: J. Husa & M. van Hoecke (red.), *Objectivity in law and legal reasoning*, Oxford: Hart Ltd. 2013, p. 171, 173; Fone 2000, p. 411.

31. *Kamerstukken II* 2016/17, 34650, 3, p. 2.

32. Kuyper 2017, p. 14.

33. E. van der Aa & A. van Eijdsen, 'Transgenderen veranderen massaal geslacht in paspoort', *Algemeen Dagblad* 9 mei 2017, Nieuwsdienst, p. 13.

34. Kuyper 2017, p. 13; *Kamerstukken II* 2016/17, 34650, 3, p. 1, 3-5, 7.

35. M.C. Nussbaum, *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford: OUP 2010, p. xiii, 200-201, 208.

36. Kuyper, 2017, p. 12.

37. *Ibidem*, p. 9; Van Lisdonk 2014, p. 11.

38. Kuyper 2017, p. 13.

39. *Ibidem*, p. 9.

40. Van Lisdonk 2014, p. 52-57.

41. Uit verkennend onderzoek zou blijken dat 20% van de transgender personen een zelfmoordpoging heeft ondernomen, zie: Kuyper 2017, p. 11; H. Felten, M. Boote & J. Schuyf, *Ik wou dat ik dood was. 10 vragen van professionals over suïcidepreventie onder lesbische-, homo-, bi- en transgenderjongeren*, Utrecht: MOVISIE 2012, p. 12-15. Er zijn geen precieze cijfers voor intersekse personen, voor een algemene schets, zie: Van Lisdonk 2014, p. 44.

42. P.B.C.D.F. van Sasse van Yssel, 'Grondrechten', in: C.C. de Fey, A. Kellerman & J.W. Nieuwboer (red.), *Met recht discriminatie bestrijden*, Den Haag: Bju, 2004, p. 61; K. Ellerby, *No shortcut to change: an unlikely path to a more gender-equitable world*, New York: New York University Press, p. 203.

43. *Kamerstukken II* 2012/13, 30420, 177, p. 2-6; J. Bussemaker, *Hoofdlijnenbrief Emancipatiebeleid 2013-2016*, 10 mei

2013, kenmerk 477641.

44. Kuyper 2017, p. 13; Februari 2013, p. 40-41.

45. Van Beusekom & Kuyper, 2018, p. 8, 83.

46. Wet van 18 december 2013, *Stb.* 2014, 1; Zie ook: I. Jansen, 'Rechtspositie Transgenders', *FJR* 2014/1.

47. A.M. van der Kaaden, 'Geen M of V maar X: eerste seksneutrale paspoort uitgereikt', *NRC Handelsblad*, 19 oktober 2019, Binnenland, p. 8; D. Mebius, 'Woede over draai van Knops bij uitgifte genderneutraal paspoort', *de Volkskrant* 23 januari 2019, Ten Eerste, p. 14.

48. A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 154; EHRM 11 juli 2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/Vereinigd Koninkrijk*); HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5686, r.o. 3.5.3.

49. Kuyper 2017, p. 14.

50. *Kamerstukken II* 2016/17, 34650, 3, p. 8; R. Ibáñez-Martín, 'Minister verheft opnieuw het heterogezin tot norm', *de Volkskrant* 13 maart 2019, Opinie & Debat, p. 20; Kuyper 2017, p. 47.

51. A. Corré, 'Veel discriminatie transgenders op werk', *NRC.Next* 11 februari 2017, Binnenland, p. 2.

52. D. Pinedo, 'Interview: "Homo is nog steeds het meest gebruikte scheldwoord"', *NRC Handelsblad* 26 januari 2019, Weekend, p. 30-31; B. van Brakel, 'Zij-instromer', *de Volkskrant* 9 augustus 2017, Opinie & Debat, p. 23.

53. C.C. de Fey, 'Bestuursrecht', in: C.C. de Fey, A. Kellerman & J.W. Nieuwboer (red.), *Met recht discriminatie bestrijden*, Den Haag: Bju, 2004, p. 108.

54. *Kamerstukken II* 2001/02, 28000, 63; Van Sasse van Yssel 2004, p. 52.

55. Van Sasse van Yssel 2004, p. 53.

56. C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 303-311.

57. P. van Trigt, 'Gelijkheid zonder beperking: over de Algemene Wet Gelijke Behandeling (1994) en de constructie van handicap in politieke instituties', *BMGN* 2019/1, p. 10-11.

58. *Ibidem*, p. 12.

de AWGB namelijk ook ingestoken vanuit het VN-Vrouwenverdrag en het VN-Rassenverdrag.<sup>59</sup> Zodoende noemde de oorspronkelijke AWGB slechts ras, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie, de persoonseigen kenmerken op grond waarvan meestal ongeoorloofd onderscheid wordt gemaakt bij transgender en intersekse personen, werden niet expliciet genoemd. Op grond van het kenmerk geslacht kon een ongeoorloofd onderscheid ten nadele van transgender en intersekse personen echter meestal gewoon onder de bescherming van de AWGB worden gebracht.<sup>60</sup>

### 2.2. Transgender en intersekse personen en de herziene AWGB

Waarom dan dit wetsvoorstel? De initiatiefnemers beweren dat het expliciet opnemen van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie als gronden waarop geen ongeoorloofd onderscheid mag worden gemaakt, noodzakelijk is met het oog op de kenbaarheid en rechtszekerheid van transgender en intersekse personen.<sup>61</sup> Daarmee zou sociale acceptatie en het bestrijden van hun structurele achterstand vergemakkelijkt worden. Maar zal deze wetswijziging hier in voldoende mate aan bijdragen?

## Omdat de rechtsverhoudingen die de AWGB bestrijkt beperkt zijn, adresseert deze wet vooral een aantal *repeat players*

We zagen al dat maatschappelijke overtuigingen en wet- en regelgeving inderdaad samenhangen. Maar omdat de rechtsverhoudingen die de AWGB bestrijkt beperkt zijn, adresseert deze wet vooral een aantal *repeat players*, zoals bedrijven en professionals, niet het grote publiek. Deze *repeat players* hadden al te maken met het verbod om onderscheid te maken naar geslacht dat transgender en intersekse personen beschermt. Daarnaast is het nog maar de vraag of de gebruikte, relatief onbekende terminologie van de nieuwe categorieën een duidelijk signaal afgeeft.<sup>62</sup> Ten slotte kwam reeds bij de discussie om de categorieën van artikel 1 Gw aan te vullen, de betrekkelijkheid van een dergelijke stap aan bod. Er werd toen zelfs gesuggereerd om juist geen expliciete categorieën op te nemen.<sup>63</sup> Het is in die zin niet vreemd dat de Raad van State, het doel van de initiatiefnemers in overweging nemende, de wetgever de strafrechtelijke optie van artikel 137c Sr ter overdenking gaf en suggereerde om de gronden voor strafbare groepsbelediging uit te breiden.

### 3. Artikel 137c Sr en de emancipatie van transgender en intersekse personen

Tot nu toe zagen we dat de uitsluiting, structurele achterstand en andere maatschappelijke en individuele hinder-

nissen waar transgender en intersekse personen vandaag de dag mee geconfronteerd worden vooral te vinden zijn in hun (rechts)verhouding met andere private actoren. Toch noemde de Raad van State in zijn advies de rol die het strafrecht kan spelen.<sup>64</sup> Dit is opmerkelijk, want hierboven zagen we juist dat de vroegere morele uitsluiting en zelfs vervolging van LHBTI-persoonen voornamelijk vorm kreeg via het strafrecht. Het strafrecht bood een thuis aan de moraal die ook nu nog de maatschappelijke positie van transgender en intersekse personen ondermijnt. Maar daarin zit eveneens de meerwaarde van het strafrecht: die morele dimensie. Een meerwaarde die de AWGB mist wegens zijn beperkte bereik en de relatief obscure terminologie van de wetswijziging en die artikel 1 Gw ontbeert door de betrekkelijkheid van de expliciet opgesomde categorieën en de kleine maatschappelijke rol die de Grondwet vanouds speelt.<sup>65</sup> De wetgever kan met het strafrecht bij uitstek een moreel signaal afgeven, onder andere via artikel 137c Sr, dat groepsbelediging wegens bepaalde persoonseigen kenmerken strafbaar stelt.<sup>66</sup> Zo'n exercitie is echter niet zonder risico. Bij hun verwerping van de strafrechtelijke optie van artikel 137c Sr noemen de initiatiefnemers bijvoorbeeld de gevolgen voor de vrijheid van meningsuiting.<sup>67</sup>

#### 3.1. De aard van het strafrecht

Samen met de AWGB geeft het strafrecht, zoals we al zagen, een praktische uitwerking aan het discriminatieverbod zoals dat is vastgelegd in de Grondwet en diverse verdragen. Het is daarom zinvol, zoals Marloes van Noorloos stelt, om te vragen of 'het strafrecht in staat is om discriminatie, vooroordelen en haat in de verhoudingen tussen burgers onderling tegen te gaan?'<sup>68</sup> Want, zoals we in par. 1 al zagen, er ligt een zekere morele afkeur ten grondslag aan de structurele achterstand van transgender en intersekse personen. Hier kunnen de expressieve functie en de preventieve functie van het strafrecht wellicht soelaas bieden.<sup>69</sup> De laatste functie moge duidelijk zijn: als men criminele handelingen jegens transgender en intersekse personen vanwege hun genderidentiteit of genderexpressie strafbaar stelt en vervolgt, zo wordt wel gesuggereerd, dan zal hun rechtszekerheid, veiligheid en zelfwaarde toenemen.<sup>70</sup> En daarmee vervult een dergelijke strafbepaling ook de expressieve functie van het strafrecht: '[Het] drukt op de meest pregnante wijze de maatschappelijke afkeur van het criminele gedrag uit.'<sup>71</sup> Het strafrecht is als *ultimum remedium* het zwaarste wapen in het arsenaal van een rechtsstatelijke overheid en dus bij uitstek geschikt om dergelijke morele normen te stellen.<sup>72</sup>

#### 3.2. Het systeem van artikel 137c-d Sr en de risico's van de strafrechtelijke optie

Welk signaal geeft het strafrecht dan momenteel? Commune misdrijven met een discriminatie-aspect betreffende genderidentiteit hebben prioriteit bij het OM en dit aspect vormt een strafverzwarende omstandigheid.<sup>73</sup> Daarenboven is het ex artikel 137d Sr ook strafbaar om aan te zetten tot discriminatie, haat of geweld jegens transgender en intersekse personen. Net als onder de oude AWGB vallen deze groepen namelijk onder de in dit artikel opgenomen categorie geslacht.<sup>74</sup> Welke strafrechtelijke

lijke optie raadt de Raad van State dan aan om te overwegen? Net als de AWGB werkt de wetgever bij de uitingsdelicten van artikel 137c-d Sr met een gesloten systeem. Artikel 137d Sr omvat dus geslacht als categorie, maar artikel 137c Sr, dat groepsbelediging strafbaar stelt, niet. Transgender en intersekse personen worden dus niet specifiek beschermd tegen belediging, behalve door het algemene artikel 266 Sr.<sup>75</sup>

De wetgever overwoog in 1988 dat het beledigen van burgers wegens hun ras of seksuele oriëntatie het risico inhield dat anderen, die weinig met deze groepen in aanraking komen en afgaan op wat zij horen of lezen, dergelijke personen zullen uitsluiten en achterstellen.<sup>76</sup> Dientengevolge werden zulke beledigingen wel strafbaar gesteld en beledigingen vanwege iemands geslacht niet. Personen van het andere geslacht kent iedereen immers wel en de wetgever wilde niet dat artikel 137c Sr feministische auteurs zou hinderen.<sup>77</sup> Deze situatie lijkt nu gewijzigd: sindsdien worden immers ook transgender en intersekse personen onder de categorie geslacht geschaard. Uit onze schets van de maatschappelijke positie van deze groep bleek dat de overwegingen van de wetgever betreffende onbekendheid en achterstelling hier wel opgaan. Als men zowel motivatie van de initiatiefnemers als de suggestie van de Raad van State serieus neemt, zal daarom de uitbreiding van artikel 137c Sr moeten worden overwogen. Men kan zelfs voor de categorieën geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie kiezen, als men beledigingen wegens het louter man- of vrouwzijn wil blijven uitsluiten. Aangezien de strafbaarheid van beledigen veel duidelijker is voor het grote publiek dan het al of niet ongeoorloofde onderscheid in bepaalde rechtsverhoudingen uit de AWGB, zal de vaagheid van deze terminologie hier minder een probleem zijn. Ten slotte sluit een dergelijke handelingswijze aan bij de strafpraktijk, aangezien het OM in haar discriminatierichtlijn genderidentiteit als enige andere discriminatiegrond noemt naast de categorieën van artikel 137c Sr.<sup>78</sup>

Zoals aangegeven door de initiatiefnemers, neemt men bij het uitbreiden van uitingsdelicten wel het risico dat de vrijheid van meningsuiting teveel wordt ingeperkt. Ironisch genoeg is dit recht juist ook belangrijk voor de emancipatie van achtergestelde groepen, zoals transgen-

## Als men de beweegredenen van de initiatiefnemers serieus neemt zou men de strafrechtelijke optie kunnen overwegen

der en intersekse personen.<sup>79</sup> Het is hier niet de plaats om nog meer inkt te laten vloeien betreffende dit belangrijke debat.<sup>80</sup> Algemeen gesteld zal ook bij deze nieuwe categorie van artikel 137c Sr het zogenoemde *Handyside*-criterium gelden: *the right to offend, shock or disturb*, mag niet worden ingeperkt.<sup>81</sup>

### 4. Concluderend

De recente wijziging van de AWGB was in juridische zin niet strikt noodzakelijk aangezien transgender en intersekse personen zich binnen het gesloten systeem van deze wet al konden beroepen op de discriminatiegrond geslacht. We kunnen ons daarom ook afvragen of de toevoeging van de toegespitste discriminatiegronden geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie, daadwerkelijk bijdraagt aan de sociale acceptatie en emancipatie van deze groep. De herziene AWGB heeft immers een beperkt bereik en gebruikt terminologie die het grote publiek weinig zegt. Daarmee lijkt deze wet weinig geschikt voor de signaalfunctie die de initiatiefnemers van deze wetswijziging voor ogen hadden. Als men de beweegredenen van de initiatiefnemers serieus neemt zou men daarom, zoals de Raad van State suggereert, de strafrechtelijke optie kunnen overwegen, oftewel de belediging van transgender en intersekse personen een plek geven in artikel 137c Sr. Deze suggestie van de Raad van State brengt daarentegen zijn eigen problemen met zich mee, bijvoorbeeld voor de vrijheid van meningsuiting. Als we voorbij de grenzen van deze bijdrage kijken, zien we dan ook dat deze discussie aan een aantal grotere kwesties raakt, zoals de vraag in welke mate de overheid een gelijk speelveld kan bevorderen binnen de rechtsstaat, de relatieve waarde van verschillende grondrechten en de rol van de Raad van State in het wetgevingsproces. •

59. Kamerstukken II 1990/91, 22014, 3, p. 1-4.

60. D. Houtzager & A. Swarte, 'Gelijke behandeling; de balans opgemaakt', *NTM* 2015/10, p. 168-169; Kamerstukken II 2017/18, 34650, 5, p. 2.

61. Kamerstukken II 2017/18, 34650, 5, p. 5.

62. *Ibidem*, p. 3; Van Lisdonk 2014, p. 70. Men kan natuurlijk hopen dat de herziene AWGB bijdraagt aan de bekendheid van deze termen, maar de onzekerheid hieromtrent komt de beoogde emancipatie niet ten goede.

63. Kamerstukken II 2012/13, 32411, 6, p. 2-3.

64. Kamerstukken II 2017/18, 34650, 5, p. 4.

65. J.A. Peters, *Wie beschermt onze grondwet?*, Amsterdam: Vossiuspers 2003, p. 11, 18.

66. Kamerstukken II 2016/17, 34650, 5, p. 4.

67. *Ibidem*, p. 7.

68. M. van Noorloos, 'Het strafrecht en de bescherming van minderheden: een haat-liefde verhouding?', *NJB* 2015/2108, afl. 42, p. 2937.

69. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 13. Kritisch: *Ibidem*, p. 7, 14.

70. E.H. Janssen, *Faith in public debate: on*

*freedom of expression, hate speech and religion in France & the Netherlands*, Cambridge: Intersentia 2015, p. 461; Kuyper 2017, p. 14.

71. De Hullu 2018, p. 13.

72. *Ibidem*, p. 11; Van Noorloos 2015, p. 2935.

73. 2018A009, *Stcrt* 2018, 68988.

74. Kamerstukken II 2017/18, 34650, 5, p. 4.

75. Hof Leeuwarden 13 januari 1995, ECLI:NL:GHLEE:1995:AC2855.

76. Kamerstukken II 1988/1989, 20239, 6, p. 1.

77. Kamerstukken II 1987/1988, 20239, 3, p. 3-4.

78. 2018A009, *Stcrt*. 2018, 68988.

79. R. Dworkin, 'A New Map of Censorship', *Index of Censorship* 1994/1, p. 14-15.

80. H. Sackers, 'The curious history of group discrimination in the Netherlands', in: A. Ellian & G. Molier (red.), *Freedom of speech under attack*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 17-37.

81. A. Buyse, 'Van woorden naar daden? Het EVRM, de vrijheid van meningsuiting en conflictescalatie', in: A. Ellian, G. Molier & T. Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Blj 2011, p. 53; EHRM 7 december 1976, 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).