

Vergaderjaar 2023–2024

36 510

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 explicitering in het Wetboek van Strafrecht van de discriminatiegronden genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 8 september 2023 en het nader rapport d.d. 26 februari 2024, aangeboden aan de Koning door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 juli 2021, nr. 2021001443, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling van de Raad van State haar advies inzake het bovengenoemde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 8 september 2021, nr. W04.21.0211/I, bied ik u hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van de reactie die ik mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid geef.

Bij Kabinetsmissive van 15 juli 2021, no. 2021001443, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende 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 explicitering in het Wetboek van Strafrecht van de discriminatiegronden genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet ten eerste in een wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling. Hierin wordt het begrip «hetero- of homoseksuele

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

gerichtheid» vervangen door «seksuele gerichtheid». Ten tweede voorziet het voorstel in een wijziging van het Wetboek van Strafrecht. Ook hierin wordt het begrip «hetero- homoseksuele gerichtheid» vervangen door «seksuele gerichtheid». Daarnaast wordt geëxpliciteerd dat onder discriminatie op grond van geslacht mede wordt verstaan discriminatie of het discrimineren op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over het begrip «seksuele gerichtheid». Zij adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend.

1. Inhoud en achtergrond van het wetsvoorstel

Het vervangen van het begrip «hetero- of homoseksuele gerichtheid» door «seksuele gerichtheid» volgt op een eerdere wijziging van artikel 1 van de Grondwet, die in eerste lezing is aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer.² Oorspronkelijk stelden de initiatiefnemers van het wetsvoorstel voor hetero- of homoseksuele gerichtheid als discriminatiegrond op te nemen.³ Lopende het wetgevingsproces is dit begrip vervangen door «seksuele gerichtheid».⁴

Het expliciteren in het Wetboek van Strafrecht dat onder discriminatie op grond van geslacht mede wordt verstaan discriminatie op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie, volgt op een eerdere wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling, waarin deze explicitering eveneens is opgenomen.⁵

Mede tegen deze achtergrond kan de Afdeling zich vinden in het voorliggende wetsvoorstel.

Zij merkt over het voorstel nog het navolgende op.

2. Het begrip seksuele gerichtheid

De memorie van toelichting zet uiteen waarom het begrip «hetero- of homoseksuele gerichtheid» niet langer voldoet en vervangen dient te worden door «seksuele gerichtheid». Deze term is algemener⁶ en sluit aan bij maatschappelijke ontwikkelingen en de internationaal gehanteerde terminologie. Uit de toelichting blijkt dat onder «seksuele gerichtheid» niet alle vormen van seksualiteit moeten worden begrepen. Daaruit kan worden opgemaakt dat onder seksuele gerichtheid moet worden begrepen «een seksuele gerichtheid – op basis van consensus en gelijkwaardigheid – op personen van hetzelfde of het andere geslacht of van meer dan een geslacht».⁷ Dit kan worden beschouwd als een nadere definiëring en begrenzing van het algemene, in het wetsvoorstel geïntroduceerde begrip «seksuele gerichtheid».

² Stb. 2021, 87.

³ Kamerstukken II 2009/10, 32 411, nr. 2.

⁴ Kamerstukken II 2018/19, 32 411, nr. 9.

⁵ Stb. 2019, 302. Artikel 1, tweede lid, luidt: Onder onderscheid op grond van geslacht wordt mede verstaan onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.

⁶ Zie in dit verband ook de adviezen van de Afdeling over het voorstel van wet van de leden Van der Ham, Van Tongeren en Heijnen houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot toevoeging van handicap en hetero- en homoseksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond van 27 augustus 2010 (Kamerstukken II 2011/12, 32 411, nr. 5, onder punt 3a) en over de Algemene wet gelijke behandeling van 23 oktober 1990 (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, B, onder punt 13).

⁷ Punt 3 van de memorie van toelichting.

De regering kiest ervoor om het voorgaande niet in de wet zélf tot uitdrukking te brengen maar te volstaan met de hiervoor genoemde passage in de toelichting. Uit die passage blijkt duidelijk de bedoeling om het begrip «seksuele gerichtheid» te begrenzen. Uit de toelichting blijkt echter niet voldoende waarom deze begrenzing niet tot uitdrukking wordt gebracht in de wettekst. Het voordeel daarvan zou kunnen zijn dat het kan bijdragen aan de rechtszekerheid van eenieder, ook voor personen van wie de regering met het wetsvoorstel niet beoogt de seksuele gerichtheid te beschermen.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de toelichting aan te vullen.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert om in de memorie van toelichting op te nemen waarom de nadere begrenzing van het begrip «seksuele gerichtheid», zoals is opgenomen in de memorie van toelichting, niet tot uitdrukking wordt gebracht in de wet zelf.

Het kabinet geeft gevolg aan dit advies door het begrip «seksuele gerichtheid» nader te begrenzen in de wettekst zelf. Aan artikel 1 van de Algemene wet gelijke behandeling wordt een vierde lid toegevoegd waarin gedefinieerd wordt dat onder seksuele gerichtheid wordt verstaan seksuele gerichtheid – op basis van consensus en gelijkwaardigheid – op personen ongeacht het geslacht van die personen. Dezelfde definitiebepaling wordt toegevoegd aan het Wetboek van Strafrecht, in een nieuw artikel 90decies.

Met deze definitie wordt tot uitdrukking gebracht dat de term seksuele gerichtheid een spectrum van seksuele gerichtheden omvat waarbinnen vele varianten mogelijk zijn. Daarmee wordt een onderverdeling in (kunstmatige) categorieën losgelaten, onder andere vanwege de notie dat een seksuele gerichtheid geen statisch of vastomlijnd gegeven is, categorieën deels overlappen en het gebruik van begrippen een persoonlijke beleving van de seksuele identiteit weergeeft. Uit de aard der zaak volgt dus dat slechts beperkt helderheid kan worden gegeven over de mogelijke verschijningsvormen die een seksuele gerichtheid kan aannemen. Een streven om de binnengrenzen van de verzamelterm seksuele gerichtheid zoveel mogelijk nader te omlijnen zou zich ook minder goed verhouden met de hiervoor aangestipte ratio van de keuze voor een meer inclusieve discriminatiegrond. Tegelijkertijd worden met de zinsnede «op basis van consensus en gelijkwaardigheid» wel grenzen gesteld aan de reikwijdte van het begrip seksuele gerichtheid. Seksuele gerichtheden waarvoor geldt dat het in de praktijk brengen ervan strafbaar is, waaronder pedoseksualiteit en een seksuele gerichtheid op dieren, vallen buiten de reikwijdte van de discriminatiegrond seksuele gerichtheid, en daarmee buiten het beschermingsbereik van de discriminatiedelicten waarin die grond is opgenomen.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aangepast.

3. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

In de redactionele bijlage adviseert de Afdeling allereerst om in Artikel II van het wetsvoorstel te verduidelijken dat in alle delictomschrijvingen als bedoeld in de artikelen 137c en 137d, onder geslacht mede moet worden verstaan geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie. Dit advies is niet opgevolgd. Uit de in Artikel II opgenomen wijziging van artikel 90quater blijkt dat discriminatie of discrimineren op grond van

«geslacht» mede omvat discriminatie of discrimineren op basis van «geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie». Daaruit volgt dat, zoals in paragraaf 2 van onderdeel B van de memorie van toelichting is toegelicht, discriminatie van personen wegens hun geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie onder het beschermingsbereik van discriminatiedelicten valt waarin de discriminatiegrond «geslacht» is of zal worden opgenomen. Daaronder zijn ook begrepen de door de Afdeling genoemde artikelen 137c en 137d. Daarnaast geeft de Afdeling in overweging om in het wetsvoorstel, dan wel in de toelichting, aan te geven of ook het begrip «hetero- of homoseksuele gerichtheid» in artikel 8, derde lid, onder b, van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs dient te worden vervangen door «seksuele gerichtheid». In reactie hierop wordt opgemerkt dat het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voornemens is om bedoelde begripswijziging in een toekomstig wetgevingstraject mee te nemen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De Vice-President van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
H.M. de Jonge