

POSITIEVE VERPLICHTINGEN BIJ GEWELD MET NEGATIEVE UITLATINGEN

De Nederlandse strafrechtelijke aanpak van discriminatoir geweld tegen LHBT-personen gezien vanuit Straatsburgs perspectief

Elmin Omičević *

Samenvatting | Discriminatoir geweld tegen LHBT-personen neemt toe in Europa, terwijl adequate bescherming daartegen op nationaal en supranationaal niveau uitblijft, mede vanwege onduidelijkheid en onenigheid over de conceptualisering en strafrechtelijke aanpak van dit soort delicten. Een minimum beschermingsniveau biedt artikel 14 EVRM, op grond waarvan staten effectief dienen op te treden tegen discriminatoir geweld. Zij dienen discriminatoir geweld in ieder geval in hun nationale rechtsordes *de iure* en *de facto* te differentiëren van niet-discriminatoir geweld, gezien de destructieve(re) impact ervan op de mensenrechten. In Nederland zijn discriminatoire delicten niet wettelijk gecodificeerd, en uit onderzoek blijkt dat zij doorgaans niet (expliciet) als strafverzwarende factor worden meegewogen door officieren van justitie en rechters. Dit artikel stelt daarom de vraag centraal in hoeverre de uitleg en implementatie van discriminatoir geweld tegen LHBT-personen in de Nederlandse strafrechtspleging in overeenstemming is met het EVRM. Ter beantwoording daarvan volgt een jurisprudentieanalyse van vijftien Nederlandse zaken betreffende (mogelijk) homofob geweld.

Trefwoorden | artikel 3 EVRM, artikel 14 EVRM, EHRM, positieve verplichtingen, procedurele verplichtingen, discriminatoir geweld, LHBT.

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCMBull. 2020/13

1 Inleiding

In het meest recente jaarrapport over de stand van LHBT¹-rechten signaleert de *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association Europe* ('ILGA-Europe') bepaalde alarmerende ontwikkelingen.² Op Europees grondgebied is een van die ontwikkelingen het afkondigen van 'LHBT-vrije zones' door meerdere Poolse gemeenten, wat het Europees Parlement in een recente resolutie sterk heeft veroordeeld.³ Het Parlement plaatst deze 'extreem discriminatoire maatregel' in een context van toegenomen discriminatie en door vooroordelen gepleegde delicten ('discriminatoire delicten'⁴) tegen LHBT-personen, terwijl adequate bescherming daartegen op nationaal

■ Mr. E. Omičević is als promovendus verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht. De auteur spreekt zijn dank uit aan Carljine Chanier en Mats den Besten voor hun bijdrage aan een eerdere versie van dit artikel.

1 Hoewel dit acroniem niet alle seksuele en genderidentiteiten omvat en internationale organisaties verscheidene terminologieën hanteren, is in dit artikel gekozen voor 'LHBT', nu de te bespreken Straatsburgse en Nederlandse rechtspraak daarover spreekt.

2 ILGA-Europe, *Annual review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people in Europe and Central Asia*, Brussel: ILGA-Europe 2020, p. 7-9.

3 Resolutie van het Europees Parlement van 18 december 2019 over openbare discriminatie en haatzaaiende uitlatingen ten aanzien van LGBTI-personen, zoals LGBTI-vrije zones (2019/2933(RSP)).

4 Zie *infra* noot 25 voor een andere, populaire aanduiding van dit soort delicten. 'Discriminatoir geweld tegen LHBT-personen' wordt in dit artikel inwisselbaar met 'homofob geweld' en 'anti-LHBT-geweld' gebruikt.

en supranationaal niveau ontbreekt.⁵ Een oorzaak van dit probleem is dat er op (trans)nationaal niveau conceptuele onduidelijkheid bestaat over het begrip ‘discriminatoire delicten’ en de aanpak ervan divergeert.⁶ Voor enige sturing zorgt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (‘EHRM’), dat op basis van artikel 14 (discriminatieverbod) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (‘EVRM’) staten verplicht effectief op te treden tegen anti-LHBT-geweld.⁷ Hoewel het EHRM slechts inspanningen van staten vereist, maakt het wel duidelijk aan welk minimum beschermingsniveau staten zich dienen te houden en overweegt het dat discriminatoir geweld in ieder geval ‘niet op gelijke voet’ mag worden behandeld met ‘normaal’ geweld.⁸

Hoewel Nederland als Verdragsluitende Partij bij het EVRM deze bescherming dient te bieden, toont een blik op de landenspecifieke informatie van het ILGA-rapport dat ook hier de rechten van LHBT-personen en de aanpak van discriminatoir geweld tegen deze minderheids-groep geen rustig bezit zijn.⁹ LHBT-belangenorganisaties hebben recentelijk kritiek geuit op het (ontbreken van) strafrechtelijk optreden van de Nederlandse autoriteiten tegen anti-LHBT-geweld, nu dit geweld niet altijd als zodanig opgespoord, vervolgd en berecht zou worden.¹⁰ Omdat de wet discriminatoire delicten niet (als zodanig of als strafverzwarende factor) definieert, bestaat bij de politie, het OM en de rechter een uitlopend beeld erover.¹¹ Alleen de ‘Aanwijzing discriminatie van het Openbaar Ministerie’ (‘Aanwijzing discriminatie’) noemt deze delicten en instrueert de officier van justitie daar een hogere straf voor te eisen ten opzichte van niet-discriminatoire delicten.¹² De rechter kan vervolgens in de straftoemeting rekening houden met het discriminatoire karakter van het strafbare feit. Het meest recente onderzoek naar de strafrechtelijke afhandeling van discriminatiezaken in Nederland wijst echter uit dat het OM zelden, en de rechter niet (expliciet) gebruikmaakt van deze mogelijkheid tot differentiatie tussen discriminatoire en niet-discriminatoire delicten.¹³ Hiermee rijst de vraag, mede gelet op het genoemde gebrek aan wettelijke ‘uitleg’ van discriminatoire delicten in Nederland, in hoeverre discriminatoir geweld tegen LHBT-personen in Nederland daadwerkelijk anders wordt behandeld dan ‘normaal geweld’, zoals het EVRM vereist.¹⁴ Het is daarom zinvol, mede gelet op het feit dat bovengenoemd onderzoek enige tijd geleden is verricht,¹⁵ de huidige strafrechtelijke aanpak van homofob geweld in Nederland te revalueren in het licht van het EVRM.

5 Resolutie van het Europees Parlement van 18 december 2019 (2019/2933(RSP)), overwegingen C, K, P; Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht (*PbEU* 2008, L 328/56) legt wel minimumverplichtingen omtrent discriminatoir geweld op aan lidstaten, maar is niet van toepassing op LHBT-slachtoffers.

6 Zie J. Garland & N. Chakraborti, ‘Divided by a common concept? Assessing the implications of different conceptualizations of hate crime in the European Union’, *European Journal of Criminology* 2012/9, p. 39, 44-48.

7 Zie EHRM 12 mei 2015, 73235/12 (*Identoba e.a./Georgië*); EHRM 12 april 2016, 12060/12 (*M.C. en A.C./Roemenië*).

8 EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 67, EHRC 2015/155, m.nt. J. Mačkić, punt 1, 12 (*Identoba e.a./Georgië*).

9 ILGA-Europe, *Annual review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people in Europe and Central Asia*, Brussel: ILGA-Europe 2020, p. 80-81.

10 ‘COC wil meer veroordelingen daders discriminatie’, www.coc.nl, 31 januari 2019.

11 C. Grijzen, *De handhaving van discriminatiewetgeving in de politiepraktijk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 3, 5, 237; P. Kruize & P. Gruter, *Discriminatie: van aangifte tot vervolging. De gang van discriminatiezaken door de strafrechtketen*, Den Haag: WODC 2015, p. 122.

12 Aanwijzing discriminatie, *Strct.* 2018, 68988, p. 4.

13 Kruize & Gruter 2015 (*supra* noot 11), p. 119.

14 Zie EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 67 (*Identoba e.a./Georgië*).

15 Zie Kruize & Gruter 2015 (*supra* noot 11).

Dit artikel stelt de vraag centraal in hoeverre de uitleg en implementatie van discriminatoir geweld tegen LHBT-personen in de Nederlandse strafrechtspleging voldoet aan de verplichtingen van artikel 14 EVRM. Hiertoe bespreekt het artikel, gezien de conceptuele onduidelijkheid over discriminatoire delicten, allereerst het idiosyncratische karakter van die delicten en hun plaats in het strafrecht (par. 2). Vervolgens is de inhoud en reikwijdte van Straatsburgse verplichtingen omtrent discriminatoir geweld aan de orde (par. 3), waarna wordt ingezoomd op de Nederlandse strafrechtspleging (par. 4). Dit artikel neemt een (voor wat betreft dit onderwerp) innovatieve benadering aan, door in de analyse van de Nederlandse aanpak een jurisprudentieonderzoek van vijftien Nederlandse rechtszaken betreffende (mogelijk) homofoob geweld, centraal te stellen. Mede met de uitkomsten hiervan kan worden gezien of Nederland voldoet aan de eisen die het EVRM stelt (par. 5). Afgesloten wordt met een beantwoording van de geponeerde onderzoeksvraag (par. 6).

2 Discriminatoire delicten gedeconstrueerd

Om te kunnen spreken van een ‘discriminatoir delict’, dient volgens de *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (‘ODIHR’) sprake te zijn van i) een strafbaar feit (‘gronddelict’), ii) dat gepleegd wordt met vooroordeel jegens een bepaalde groep mensen (‘discriminatoir motief’).¹⁶ Naast het discriminatoire motief dat deze delicten van normale delicten onderscheidt, is eveneens de grotere impact die zij op slachtoffers hebben, karakteriserend.¹⁷ Allereerst zijn de psychosociale gevolgen van discriminatoire delicten op slachtoffers doorgaans ernstiger en langduriger dan van niet-discriminatoire delicten.¹⁸ Deze delicten tasten bovendien niet alleen de waardigheid van het slachtoffer zelf aan, maar zenden tevens een negatief bericht aan de gehele groep waartoe het slachtoffer behoort.¹⁹ Wanneer een reactie van de autoriteiten tegen dit soort discriminatoir (wan)gedrag uitblijft kan dat ertoe leiden dat slachtoffers van die delicten, bij wie de aangiftebereidheid wegens schaamte of wantrouwen jegens de autoriteiten doorgaans al laag is,²⁰ geen melding maken bij de politie en daarmee een goed zicht op het probleem naar de achtergrond verdwijnt.²¹ Het strafrecht dient daarom, door het leed van slachtoffers te erkennen en de boodschap te verkondigen dat onaanvaardbaar normoverschrijdend (discriminatoir) gedrag (zwaarder) bestraft wordt, een rol te spelen in de bestrijding ervan.²²

Hoewel internationale consensus bestaat over het zwaarder bestraffen van discriminatoire delicten ten opzichte van niet-discriminatoire delicten, denken staten echter verschillend over de conceptualisering van het onderscheidende ‘discriminatoire motief’.²³ Onenigheid bestaat

16 Zie OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws. A practical guide*, Warsaw: ODIHR 2009, p. 16.

17 L. van Noorloos, ‘Het strafrecht en de bescherming van minderheden. Een haat-liefdeverhouding?’, *NJB* 2015/2108, p. 2938.

18 S. van der Aa, J. Claessen & R. Hofmann, *Speciale behoeften van slachtoffers van hate crime ten aanzien van het strafproces en de slachtofferhulp*, Maastricht: WODC 2020, p. 57-59.

19 Van Noorloos 2015 (*supra* noot 17), p. 2936, 2938; OSCE/ODIHR, *Prosecuting hate crimes: a practical guide*, Warsaw: OSCE/ODIHR 2014, p. 15-16; Garland & Chakraborti 2012 (*supra* noot 6), p. 41.

20 Zie Van der Aa, Claessen & Hofmann (*supra* noot 18), p. 72-75.

21 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 23.

22 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 7; Van Noorloos 2015 (*supra* noot 17), p. 2936, 2939; Garland & Chakraborti 2012 (*supra* noot 6), p. 40.

23 Garland & Chakraborti 2012 (*supra* noot 6), p. 40.

over de vraag of bij de dader sprake moet zijn van 'haat' jegens een bepaalde groep ('vijandigheidsmodel') of dat reeds voldoende is dat hij (op grond van een vooroordeel) het slachtoffer heeft uitgekozen op basis van diens groepsidentiteit ('groepsselectiemodel').²⁴ De ODIHR geeft de voorkeur aan het groepsselectiemodel, nu 'haat' lastig te bewijzen is en de impact op het slachtoffer bij beide modellen nagenoeg gelijk is.²⁵ Een ander twistpunt betreft de vraag of dit vooroordeel het enige of voornaamste motief van de dader moet zijn geweest. De ODIHR geeft de voorkeur aan het accepteren van 'gemengde motieven', waarbij het discriminatoire motief niet van doorslaggevende betekenis hoeft te zijn geweest, nu bij de meeste verdachten zelden sprake zal zijn van één enkel motief en de zwaarte van meegespeelde motieven voorts lastig te bepalen is.²⁶

Bovendien is de afbakening van de beschermde groep(sidentiteit) waarop het vooroordeel dient te zien, contentieus.²⁷ Hoewel er geen universele criteria bestaan voor het opnemen van een groep als 'beschermd', worden onveranderlijke en fundamentele eigenschappen van leden van een groep (zoals huidskleur) en de tegenwoordige of historische onderdrukking van die groep, als behulpzame factoren gezien.²⁸ Binnen de 57 staten die onder de ODIHR vallen, zijn 'ras', 'afstamming' en 'ethniciteit' het vaakst in nationale bepalingen als 'beschermd' opgenomen, terwijl 'geaardheid' en 'genderidentiteit' slechts in dertig landen als beschermde groepsidentiteit worden erkend.²⁹ Hoewel het bij discriminatoire delicten vooraleerst draait om het beschermen van leden van de beschermde groep, kan de vraag rijzen of in bepaalde gevallen ook niet-beschermde individuen als slachtoffers van discriminatoire delicten moeten worden aangemerkt.³⁰ Zo kan het zijn dat de dader de (putatieve) gedachte heeft iemand van een beschermde groep aan te vallen, terwijl deze persoon eigenlijk niet tot die groep behoort ('discriminatie door perceptie'). Daarnaast kan de verdachte iemand die niet lid is van de beschermde groep als doelwit nemen wegens diens associatie of affiliatie met iemand van die groep ('discriminatie door associatie/affiliatie'). De ODIHR doet staten de aanbeveling ook deze gedragingen als discriminatoire delicten te bestempelen, nu het motief van de verdachte – dat gebaseerd is op vooroordelen jegens de beschermde groep – hierbij niet anders is.³¹

Na conceptualisering van het discriminatoire motief kunnen staten dit motief op de volgende drie manieren vormgeven in het nationale strafrecht.³² Allereerst kan het discriminatoire motief als delictsbestanddeel van materiële (discriminatoire) delicten in de wet worden gecodificeerd.³³ Voorts kan het discriminatoire motief als algemene strafverzwaringsgrond worden opgenomen in de wet, of als strafverzwarende factor onder specifieke delicten worden toegevoegd.³⁴ Het

24 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 46-49.

25 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 49; Deze aanbeveling wordt gevolgd door de meeste staten in de OSVE-regio, wat laat zien dat de populaire term 'haatmisdrijf', die vaak voor beide modellen wordt gebruikt, misleidend is, zie OSCE/ODIHR 2014 (*supra* noot 19), p. 20.

26 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 53-56; OSCE/ODIHR 2014 (*supra* noot 19), p. 63, 67.

27 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 38; zie Garland & Chakraborti 2012 (*supra* noot 6), p. 44-45.

28 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 38.

29 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 38; zie '2018 Hate Crime Data Now Available' (Key Findings), www.hatecrime.osce.org, 15 november 2019.

30 OSCE/ODIHR 2014 (*supra* noot 19), p. 34-35.

31 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 49-51; OSCE/ODIHR 2014 (*supra* noot 19), p. 34-35.

32 Garland & Chakraborti 2012 (*supra* noot 6), p. 40-41.

33 OSCE/ODIHR 2014 (*supra* noot 19), p. 26.

34 OSCE/ODIHR 2009 (*supra* noot 16), p. 32-36.

discriminatoire motief kan ten slotte, in plaats van het te codificeren, bij de straftoemingsvraag aan de orde komen doordat de officier van justitie in de strafeis of de rechter in het oordeel het motief als strafverzwarende factor beschouwt.³⁵

3 Discriminatoire geweld in Straatsburgs perspectief

Hoewel staten zelf bepalen hoe zij discriminatoire delicten uitleggen en implementeren, dienen Raad-van-Europalanden zich hierbij wel te houden aan de minimumvereisten van het EVRM. Deze paragraaf bespreekt welke verplichtingen het EHRM precies aan staten oplegt wanneer het gaat om de bestrijding van anti-LHBT-geweld. Allereerst wordt het relevante toetsingskader besproken (par. 3.1), waarna de op basis van dit toetsingskader geformuleerde negatieve (par. 3.2) en positieve (par. 3.3) verplichtingen aandacht verdienen.

3.1 Artikel 14 EVRM en discriminatoire geweld

Artikel 14 EVRM bevat een algemeen verbod voor staten om bij het garanderen van de verdragsrechtelijke rechten en vrijheden onderscheid te maken 'op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur (...) of andere status'. Dit discriminatieverbod is dus een 'accessoir recht' en vindt slechts toepassing wanneer een situatie in de *ambit* van een ander verdragsartikel valt ('*ambit-vereiste*').³⁶ Hoewel dit vereiste volgens sommigen ervoor zorgt dat artikel 14 EVRM een 'relatief zwakke gelijkheidsgarantie' inhoudt,³⁷ lijkt het EHRM geen al te hoge barrières op te werpen om eraan te voldoen.³⁸ Het EHRM interpreteert artikel 14 namelijk 'autonoom' en het *ambit-vereiste* ruim, waardoor veel situaties binnen de *ambit* van een ander artikel geschaard (kunnen) worden en voor schending van artikel 14 niet per se sprake hoeft te zijn van een schending van een ander artikel.³⁹ Naast dit vereiste dient voor toepassing van artikel 14 sprake te zijn van discriminatie op basis van een beschermde discriminatiegrond. Hoewel artikel 14 bepaalde beschermde discriminatiegronden expliciteert, wordt uit de zinsnede 'op welke grond dan ook' duidelijk dat het niet daartoe beperkt is en ook discriminatie op grond van 'andere status' verboden is. Op basis van dit open karakter van discriminatiegronden heeft het EHRM ook discriminatie op basis van de niet in het verdragsartikel genoemde gronden 'geaardheid' en 'genderidentiteit' verboden.⁴⁰

35 OSCE/ODIHR 2014 (*supra* noot 19), p. 28.

36 R. O'Connell, 'Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR', *Legal Studies* 2009/2, p. 222.

37 O. Arnardóttir, 'Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights', *Oslo Law Review* 2017/3, p. 151.

38 O'Connell 2009 (*supra* noot 36), p. 215.

39 Zie O'Connell 2009 (*supra* noot 36), p. 215; Het door Nederland geratificeerde algemene discriminatieverbod (Protocol No. 12 EVRM), dat dit vereiste niet bevat, zal in dit artikel verder onbesproken blijven, nu de te bespreken jurisprudentie niet op basis daarvan gewezen is.

40 Arnardóttir 2017 (*supra* noot 37), p. 153; O'Connell 2009 (*supra* noot 36), p. 222; zie EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 96 (*Identoba e.a./Georgië*).

Wanneer een artikel 14-klacht discriminatoir geweld betreft, beroepen klagers zich tevens op artikel 2 (recht op leven), artikel 3 (verbod van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling) of artikel 8 (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven).⁴¹ Aan deze verdragsrechten was altijd inherent de ‘negatieve verplichting’ voor staten niet te interfereren met het vrije genot ervan.⁴² Door autoriteiten toegebracht discriminatoir geweld levert op basis van die verplichting een schending op van het Verdrag. Het EHRM heeft echter bepaald dat alleen de verplichting voor staten zich te onthouden van mensenrechtenschendingen niet afdoende is voor effectieve bescherming van verdragsrechten, zodat zij zich tevens via ‘positieve verplichtingen’ actief dienen in te spannen de rechten uit het Verdrag te realiseren.⁴³ Op basis hiervan dienen staten allereerst de nodige maatregelen te ondernemen om personen te beschermen tegen potentieel discriminatoir geweld (‘materiële positieve verplichtingen’). Voorts zijn zij ook verplicht effectief onderzoek te verrichten naar (mogelijk) gepleegd discriminatoir geweld, waarbij de inrichting en toepassing van het nationale rechtssysteem betreffende discriminatoire delicten van belang is (‘procedurele positieve verplichtingen’).⁴⁴ Hieronder wordt toegelicht wat het EHRM in zijn rechtspraak precies van staten vereist in de bestrijding van discriminatoir geweld, waarbij de focus zal liggen op specifieke positieve verplichtingen.

3.2 Negatieve verplichtingen

De negatieve verplichting voor staten zich niet schuldig te maken aan discriminatoir geweld volgt uit i) de verplichting geen geweld toe te brengen en ii) de verplichting niet te discrimineren.⁴⁵ Voor aantijgingen van discriminatoir geweld zal bij het EHRM allereerst gedemonstreerd moeten worden dat door overheidsfunctionarissen geweld is gebruikt tegen een individu, welke klacht op grond van artikel 2 (indien dat geweld dodelijk was of had kunnen zijn), artikel 3 (indien dat geweld een ‘*minimum level of severity*’ had bereikt) of artikel 8 (indien sprake was van een gewelddadige situatie dat onder het ‘*minimum level of severity*’ lag) kan worden vormgegeven.⁴⁶ Daarnaast zal ‘*beyond reasonable doubt*’ bewezen moeten worden dat het aan het slachtoffer toegebrachte geweld voortkomt uit een discriminatoir motief.⁴⁷ Deze bewijsstandaard ziet op de staatsaansprakelijkheid bij het EHRM en gaat niet over de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsfunctionarissen in het nationale strafproces, waarover het EHRM niet kan oordelen.⁴⁸

41 J. Mačkić, ‘Het onzichtbare bewijzen. Over de mogelijkheid om de bewijslast te verschuiven van klager naar verwerende staat in zaken van discriminatoir geweld voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens’, *NTM/NJCM-Bull.* 2017, p. 482.

42 J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 105.

43 Gerards 2019 (*supra* noot 42), p. 109.

44 Zie Gerards 2019 (*supra* noot 42), p. 121-129; zie J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*, Enschede: Ipskamp Printing 2017, p. 33; zie *infra* par. 3.3 voor een nadere duiding van de verschillende positieve verplichtingen.

45 Mačkić 2017 (*supra* noot 44), p. 34.

46 EHRM 12 april 2016, 64602/12, EHRC 2016/165, m.nt. K. Henrard, punt 8 (*R.B./Hongarije*).

47 Mačkić 2017 (*supra* noot 44), p. 34-35; Mačkić 2017 (*supra* noot 41), p. 483.

48 T. Thienel, ‘The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights’, *German Yearbook of International Law* 2007/50, p. 555-556.

Bij de eerste klachten over discriminatoir geweld, die voornamelijk anti-Roma-geweld betroffen, behandelde het EHRM artikel 14 EVRM steeds in zijn geheel en was zijn positie duidelijk: hoewel het een schending van artikel 2 of 3 EVRM uitsprak wegens onrechtmatig overheids geweld, schoof het de klachten onder artikel 14 gelijk van tafel met de overweging dat klagers niet geslaagd waren het discriminatoire motief bij het geweld en het opvolgende onderzoek 'beyond reasonable doubt' te bewijzen.⁴⁹ In *Anguelova/Bulgarije* schreef rechter Bonello een *partly dissenting opinion* waarin hij de handelswijze van het EHRM bekritiseerde:

I consider it particularly disturbing that the Court, in over fifty years of pertinacious judicial scrutiny, has not, to date, found one single instance of violation of the right to life (Article 2) or the right not to be subjected to torture or to other degrading or inhuman treatment or punishment (Article 3) induced by the race, colour or place of origin of the victim (...). Leafing through the annals of the Court, an uninformed observer would be justified to conclude that, for over fifty years democratic Europe has been exempted from any suspicion of racism, intolerance or xenophobia. The Europe projected by the Court's case-law is that of an exemplary haven of ethnic fraternity, in which peoples of the most diverse origin coalesce without distress, prejudice or recrimination. The present case energises that delusion.⁵⁰

De oorzaak van dit 'waanidee' was volgens Bonello de genoemde bewijsstandaard die volgens hem onhoudbaar was bij een mensenrechtenhof.⁵¹ Als oplossing stelde hij voor i) de bewijslast te verschuiven naar de verwerende staat om uitleg te geven voor bepaald (discriminatoir) gedrag en ii) de beoordeling van discriminatoir geweld onder artikel 14 EVRM op te splitsen in negatieve en positieve verplichtingen.⁵²

Het effect van Bonello's *dissent* werd duidelijk in *Nachova e.a./Bulgarije*, waarin het EHRM voor het eerst een schending van artikel 14 EVRM in het kader van discriminatoir geweld uitsprak.⁵³ De zaak betrof een politieagent die twee ongewapende Roma-mannen met gebruik van excessief geweld had doodgeschoten tijdens een arrestatiepoging, waarna hij racistische leuzen bezigde.⁵⁴ De Kamer in eerste aanleg overwoog dat de nationale autoriteiten geen effectief onderzoek hadden ingesteld naar een mogelijk discriminatoir motief, en verschoof daarom de bewijslast voor het ontbreken van dit discriminatoire motief naar de staat. Toen de verwerende staat niet aan die bewijslast kon voldoen, sprak de Kamer een (integrale) schending van artikel 2 jo. 14 EVRM uit.⁵⁵ De Grote Kamer vernietigde deze uitspraak en splitste de beoordeling van de klacht over discriminatoir geweld op in de negatieve (materiële) verplichting en de positieve (procedurele) verplichting. In de beoordeling van de negatieve verplichting overweegt de Grote Kamer allereerst dat:

49 Zie EHRM 13 juni 2002, 38361/97, r.o. 167-168 (*Anguelova/Bulgarije*); M. Möschel, 'Is the European Court of Human Rights' Case Law on Anti-Roma Violence 'Beyond Reasonable Doubt'?', *Human Rights Law Review* 2012/12, p. 482-483; R. Rubio-Marín & M. Möschel, 'Anti-Discrimination Exceptionalism: Racist Violence before the ECtHR and the Holocaust Prism', *European Journal of International Law* 2016/4, p. 888.

50 Partly dissenting opinion Bonello bij EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), punt 2.

51 Partly dissenting opinion Bonello bij EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), punt 4-10.

52 Partly dissenting opinion Bonello bij EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), punt 17-18.

53 EHRM 26 februari 2004, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*); EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

54 EHRM 26 februari 2004, 43577/98, 43579/98, r.o. 9-31 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

55 EHRM 26 februari 2004, 43577/98, 43579/98, r.o. 171-175 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

'Racial violence is a particular affront to human dignity and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and rigorous action. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism and racist violence, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of its enrichment'.⁵⁶

Volgens het EHRM blijkt niet *'beyond reasonable doubt'* dat racisme de causale factor was voor het gebruikte geweld tegen de Roma-mannen. De racistische uitlating van de politieagent was weliswaar een reden voor de autoriteiten om onderzoek te doen naar (mogelijke) discriminatoire motieven, maar is onvoldoende bewijs om van een *'racist killing'* te spreken.⁵⁷ Voorts overweegt het EHRM dat de bewijslast niet naar de staat dient te worden verschoven, omdat deze dan de (zeer lastige) taak zou krijgen de *afwezigheid* van een bepaalde subjectieve attitude aan te tonen.⁵⁸ Wegens onvoldoende bewijs voor discriminatoir geweld is de negatieve verplichting van artikel 2 jo. 14 EVRM niet geschonden. De overwegingen van de Kamer omtrent het ineffectieve onderzoek neemt de Grote Kamer echter geheel over en spreekt daarbij een schending uit van de positieve verplichting van artikel 2 jo 14 EVRM.⁵⁹ Ironisch gezien heeft de opsplitsing van de artikel 14-toetsing, die Bonello had gepropageerd, hier aldus geleid tot een gereduceerde aansprakelijkheid van Bulgarije.⁶⁰

Dit fenomeen is terug te zien in de *post-Nachova*-jurisprudentie, waarin het onderscheid tussen materiële en procedurele verplichtingen is geconsolideerd en slechts in een klein aantal zaken een schending van de negatieve artikel 14-component is uitgesproken.⁶¹ Hoewel de terughoudendheid van het EHRM met betrekking tot materiële schendingen van artikel 14 enigszins contrasteert met zijn hierboven geciteerde afkeuring van racisme en discriminatoir geweld, dient de procedurele dimensie van artikel 14 als vangnet: daar waar het lastig is een schending van negatieve verplichtingen vast te stellen, kan het EHRM de verwerende staat nog altijd verwijten dat onvoldoende grondig onderzoek is gedaan naar (vermeend) discriminatoir geweld.⁶²

3.3 Positieve verplichtingen

Zoals hierboven beschreven, zijn staten op grond van artikel 14 EVRM niet alleen verplicht zich te onthouden van discriminatoir geweld, maar ook i) maatregelen te nemen om discriminatoir geweld te voorkomen en ii) effectief onderzoek in te stellen naar (vermeend) discriminatoir geweld.⁶³ Deze paragraaf besteedt aandacht aan laatstgenoemde verplichting.

56 EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98, r.o. 145 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

57 EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98, r.o. 153 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

58 EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98, r.o. 153 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

59 EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98, r.o. 160-168 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

60 Möschel 2012 (*supra* noot 49), p. 487. Anderzijds kan beargumenteerd worden dat in zaken waarin het lastig of onmogelijk is een materiële schending van het Verdrag te bewijzen, de procedurele bescherming de 'op één na beste optie' is, omdat het ervoor zorgt dat klagers niet met lege handen worden achtergelaten, zie L. Huijbers, *Process-based Fundamental Rights Review. Practice, Concept, and Theory*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 251-252.

61 Möschel 2012 (*supra* noot 49), p. 489; Rubio-Marín & Möschel 2016 (*supra* noot 49), p. 891.

62 EHRM 16 oktober 2018, 5886/15, EHRC 2019/1, m.nt. J. Mačkić, punt 4 (*Lingurar e.a./Roemenië*); Huijbers 2019 (*supra* noot 60), p. 256-259.

63 Mačkić 2017 (*supra* noot 44), p. 33; zie EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 72-81 (*Identoba e.a./Georgië*).

Over de onderzoeksplicht onder artikel 2 jo. 14 EVRM heeft de Grote Kamer in de *Nachova*-uitspraak overwogen dat wanneer een *vermoeden* bestaat dat racistische attitudes een geweldsdelict hebben veroorzaakt, het van belang is dat het officiële onderzoek daarnaar voortvarend en onpartijdig wordt verricht.⁶⁴ In dit onderzoek dienen alle redelijke stappen ondernomen te worden om mogelijke racistische motieven te ontmaskeren en te achterhalen of haat en vooroordelen een rol hebben gespeeld in het gepleegde geweld. Doen staten dit niet, en behandelen ze racistisch geweld ‘op gelijke voet’ met niet-racistische delicten, dan negeren zij ‘de specifieke aard van gedragingen die in het bijzonder destructief zijn voor fundamentele rechten’ en riskeren zij een schending van artikel 14 EVRM.⁶⁵ Om dit te voorkomen dienen staten in hun ‘rechtssysteem en -praktijk’ onderscheid te maken tussen racistisch en ‘normaal’ geweld. Het EHRM erkent evenwel dat het bewijzen van een racistisch motief erg lastig is en dat de onderzoeksverplichting geen absolute, maar een inspanningsverplichting is:

‘The authorities must do what is reasonable in the circumstances to collect and secure the evidence, explore all practical means of discovering the truth and deliver fully reasoned, impartial and objective decisions, without omitting suspicious facts that may be indicative of a racially induced violence’.⁶⁶

Het EHRM heeft deze overwegingen herhaald in latere jurisprudentie en de bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motieven steeds aangescherpt en uitgebreid.⁶⁷

Die uitbreiding is allereerst te zien in de verdragsrechtelijke basis van de onderzoeksplicht en de beschermde discriminatiegronden. Na de *Nachova*-uitspraak heeft het EHRM de bijzondere onderzoeksplicht doorgetrokken naar artikel 3 en artikel 8 EVRM, afhankelijk van de ernst van het delict.⁶⁸ Voorts heeft het EHRM in *Identoba e.a./Georgië* voor het eerst een schending vastgesteld van positieve verplichtingen voor discriminatoir geweld tegen de LHBT-gemeenschap.⁶⁹ In deze zaak voerden klagers, die tijdens een protestmars voor LHBT-rechten door tegendemonstranten verbaal en fysiek waren aangevallen, onder andere aan dat het onderzoek naar de daders ineffectief is geweest.⁷⁰ Over de ernst van de situatie oordeelt het EHRM allereerst dat, hoewel niet alle klagers fysiek waren belaagd, ook zij onder de bescherming van artikel 3 EVRM vallen, nu de homofobe bedreigingen ‘intense gevoelens van angst en onrust’ bij hen moeten hebben veroorzaakt.⁷¹ Bij de beoordeling van de procedurele verplichting herhaalt het EHRM bovengenoemde standaardoverwegingen en oordeelt het dat het onderzoek naar discriminatoire motieven niet effectief is geweest.⁷² Het onderzoek naar de daders van het geweld was niet alleen langdurig en (veelal) zonder resultaat, maar ook hebben de autoriteiten de reikwijdte van de zaak onverklaarbaar versmald. Hoewel het nationale recht voorzag in een wettelijke strafverzwaring voor homofobe motieven bij gepleegd geweld, is niet op basis daarvan strafrech-

64 EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98, r.o. 160 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

65 EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98, r.o. 160 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

66 EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98, r.o. 160 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

67 EHRM 12 april 2016, 64602/12, EHRC 2016/165, m.nt. K. Henrard, punt 6 (*R.B./Hongarije*).

68 EHRM 12 april 2016, 64602/12, EHRC 2016/165, m.nt. K. Henrard, punt 6 (*R.B./Hongarije*).

69 EHRM 12 mei 2015, 73235/12 (*Identoba e.a./Georgië*). Het EHRM heeft de positieve verplichtingen bij homofob geweld herhaald in EHRM 12 april 2016, 12060/12 (*M.C. en A.C./Roemenië*).

70 EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 56 (*Identoba e.a./Georgië*).

71 EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 71 (*Identoba e.a./Georgië*).

72 EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 78 (*Identoba e.a./Georgië*).

telijk onderzoek gedaan. Dit was volgens het EHRM echter 'essentieel' om mogelijke homofobe motieven te achterhalen, omdat deze delicten anders 'op gelijke voet' behandeld worden met 'normale' delicten, wat gelijk zou staan aan het stilzwijgend toelaten ervan.⁷³

Deze overwegingen over de strafrechtelijke kwalificatie van discriminatoire delicten zijn een voorbeeld van de verscherpte bijzondere onderzoeksplicht. Situaties die onder de reikwijdte van artikel 2, 3 of 8 (wanneer sprake is van een beschuldiging van discriminatoir geweld) EVRM vallen, vereisen volgens vaste rechtspraak een 'implementatie van adequate strafrechtsmechanismen'.⁷⁴ Deze verplichting geldt volgens het EHRM *a fortiori* voor het onderzoek naar discriminatoire motieven.⁷⁵ Het EHRM kijkt allereerst naar de *ex ante*-verplichting of het nationale rechtssysteem in een 'adequate legal mechanism' voorziet om slachtoffers van discriminatoir geweld een acceptabel beschermingsniveau te kunnen garanderen.⁷⁶ Een nationale codificatie van discriminatoire motieven als strafverzwarend voldoet hier in ieder geval aan, al lijkt het EHRM dit niet te verplichten.⁷⁷ Staten die aan de *ex ante*-verplichting voldoen, onderwerpt het EHRM vervolgens aan de *ex post*-verplichting deze 'criminal-law mechanisms' adequaat te implementeren.⁷⁸ In *Lakatošová en Lakatoš/Slowakije*, waarin volgens het EHRM voldoende reden was onderzoek te doen naar mogelijke discriminatoire motieven, was hieraan niet voldaan. De staat had zijn onderzoeksplicht verzaakt en handelde in strijd met artikel 2 jo. 14 EVRM, nu de officier van justitie aan de politie geen opdracht had gegeven discriminatoire motieven te onderzoeken op basis van toereikende wetgeving, hij verdachte evenmin had vervolgd voor (strafverzwarende) discriminatoire delicten, en de rechter niets had opgemerkt over het beperkte bereik van het onderzoek en de vervolging.⁷⁹

De bijzondere onderzoeksplicht is ten slotte verder aangescherpt doordat het EHRM deze ook van toepassing acht bij i) gemengde motieven en ii) discriminatie door associatie/affiliatie en discriminatie door perceptie.⁸⁰ Zo overwoog het EHRM in *Balázs/Hongarije* dat een dader van discriminatoire delicten gemengde motieven kan hebben en accepteerde het daarom niet het aandringen van de Hongaarse autoriteiten op een exclusief racistisch karakter dat volgens hen ten grondslag moest liggen aan bepaalde geweldsdaden en beledigingen.⁸¹ Zelfs het bestaan van andere motieven die gelijk aan of sterker zijn dan de discriminatoire motieven bij bepaald geweld, doet volgens het EHRM niet af aan het label 'discriminatoir delict'.⁸² In *Škorjanec/Kroatië* scherpte het EHRM de bijzondere onderzoeksplicht nogmaals aan door te overwegen dat niet alleen geweld jegens een (daadwerkelijk) lid van een bepaalde groep, maar ook geweld jegens iemand die vermeend lid is van die groep of geassocieerd is met iemand van die groep, onderzocht moet worden op discriminatoire motieven. De Kroatische autoriteiten hadden daarom

73 EHRM 12 mei 2015, 73235/12, r.o. 76-77 (*Identoba e.a./Georgië*).

74 EHRM 28 maart 2017, 25536/14, r.o. 59 (*Škorjanec/Kroatië*). Voor artikel 8 EVRM, zie EHRM 12 april 2016, 64602/12, r.o. 83 (*R.B./Hongarije*).

75 EHRM 28 maart 2017, 25536/14, r.o. 59 (*Škorjanec/Kroatië*).

76 EHRM 11 december 2018, 655/16, r.o. 79 (*Lakatošová en Lakatoš/Slowakije*); zie Gerards 2019 (*supra* noot 42), p. 126-129 voor een algemene bespreking van *ex ante*- en *ex post*-verplichtingen.

77 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 maart 2017, 25536/14, r.o. 60-62 (*Škorjanec/Kroatië*).

78 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 maart 2017, 25536/14, r.o. 62 (*Škorjanec/Kroatië*).

79 EHRM 11 december 2018, 655/16, r.o. 91-97 (*Lakatošová en Lakatoš/Slowakije*).

80 Zie EHRM 20 oktober 2015, 15529/12, r.o. 70 (*Balázs/Hongarije*); EHRM 28 maart 2017, 25536/14, r.o. 55-56 (*Škorjanec/Kroatië*).

81 Zie EHRM 20 oktober 2015, 15529/12, r.o. 70 (*Balázs/Hongarije*).

82 Zie EHRM 20 oktober 2015, 15529/12, EHRC 2016/29, m.nt. K. Henrard, punt 7 (*Balázs/Hongarije*).

moeten identificeren of racistische motieven een rol speelden bij gepleegd geweld tegen een vrouw die niet zelf van Roma-afkomst was, maar ten tijde van het geweld wel op straat liep met haar Roma-man die slachtoffer was geworden van racistisch geweld.⁸³

Uit bovenstaande volgt, kort samengevat, dat staten onder artikel 14 EVRM verplicht zijn effectief onderzoek te verrichten naar discriminatoire motieven, wanneer bij hen het vermoeden rijst dat die motieven een causale factor zijn geweest bij gepleegd geweld. Deze verplichting geldt tevens voor zaken waarin sprake is van ‘gemengde motieven’ en ‘discriminatie door associatie/affiliatie’. Hoewel de onderzoeksplicht ‘slechts’ een bepaalde inspanning van autoriteiten verlangt, stelt het EHRM wel als ondergrens dat staten discriminatoire delicten in hun nationale recht en in de toepassing daarvan niet ‘op gelijke voet’ mogen behandelen met andere delicten. Staten moeten daarom voorzien in ‘adequate strafrechtsmechanismen’ op basis waarvan zij kunnen differentiëren tussen discriminatoire en niet-discriminatoire delicten. Hiervoor lijkt voldoende dat het nationale strafrecht de *mogelijkheid* biedt deze delicten zwaarder te bestraffen, nu het EHRM geen wettelijke verankering van (strafverzwaring voor) discriminatoire delicten vereist. Vervolgens dienen deze strafrechtsmechanismen door staten te worden geïmplementeerd, wat inhoudt dat nationale autoriteiten in het strafproces daadwerkelijk gebruikmaken van de juridische mogelijkheden tot differentiatie.

4 Discriminatoire geweld in Nederlands perspectief

Nadat hierboven is ingegaan op de mensenrechtelijke verplichtingen ten aanzien van discriminatoire delicten op grond van het EVRM, bespreekt deze paragraaf de Nederlandse aanpak van die delicten. Centraal staat hierin de uitleg en implementatie van discriminatoire geweld tegen LHBT-personen in de Nederlandse strafrechtspleging. Omdat deze delicten in Nederland niet gecodificeerd zijn, wordt hieronder allereerst kort stilgestaan bij de redenen voor het ontbreken van een wettelijke inkadering (par. 4.1), waarna besproken wordt welke plaats discriminatoire delicten in OM-beleid (par. 4.2) en jurisprudentie innemen (par. 4.3).

4.1 Wet

De Nederlandse strafrechtelijke aanpak van ‘discriminatiecriminaliteit’ kan worden opgedeeld in de aanpak van ‘specifieke discriminatie’ aan de ene kant en van ‘discriminatoire delicten’ aan de andere kant.⁸⁴ Onder specifieke discriminatie vallen discriminerende uitlatingen en gedragingen die *specifiek* in het Wetboek van Strafrecht (‘Sr’) strafbaar zijn gesteld, zoals ‘groepsbelediging’ (art. 137c Sr) en ‘aanzetten tot haat of discriminatie’ (art. 137d Sr). Deze delicten worden onderscheiden van ‘discriminatoire delicten’, gronddelicten die met een discriminatoire motief gepleegd worden. Laatstgenoemde delicten zijn niet in de wet verankerd, maar worden

83 EHRM 28 maart 2017, 25536/14, r.o. 70 (*Škorjanec/Kroatië*).

84 Zie C. Brants, R. Kool & A. Ringnalda, *Strafbare discriminatie*, Den Haag: WODC 2007, p. 5-6; Grijsen 2013 (*supra* noot 11), p. 238; Kruijze & Gruter 2015 (*supra* noot 11), p. 19. N.B. In de literatuur, het OM-beleid en de jurisprudentie worden verschillende benamingen gebruikt voor beide soorten discriminatiecriminaliteit.

wel als ‘strafverzwarend’ genoemd in de Aanwijzing discriminatie.⁸⁵ Omdat er geen duidelijke criteria voor de toepassing van dit soort strafbare feiten zijn en een goed begrip ervan dus veelal afhangt van de invulling die individuele actoren in de strafrechtspleging eraan geven, is meermaals de aanbeveling gedaan om discriminatoire motieven als strafverzwarende omstandigheid te codificeren in de wet.⁸⁶ De regering heeft dat voorstel jarenlang van de hand gedaan met de overweging dat met de Aanwijzing discriminatie reeds voorzien is in een adequaat instrumentarium.⁸⁷ Nadat de *European Commission against Racism and Intolerance* (‘ECRI’) de afgelopen jaren diezelfde aanbeveling meermaals deed, gaf de verantwoordelijke minister het WODC in 2019 de opdracht het (nu nog lopende) onderzoek te doen naar deze mogelijkheid.⁸⁸ Nu de wet tot op heden echter geen aandacht besteedt aan discriminatoire delicten, moet voor de Nederlandse uitleg en implementatie ervan worden gekeken naar de verwerking ervan in OM-beleid en de toepassing ervan door de rechter. Onderstaande subparagrafen gaan daarop in.

4.2 OM-beleid

De genoemde Aanwijzing discriminatie geeft een kader en regels voor de strafrechtelijke aanpak van discriminatiecriminaliteit door het OM.⁸⁹ Het stelt dat het (mogelijk) bestaan van een ‘discriminatieaspect’ bij strafbare feiten een zwaarwegende indicatie is voor strafrechtelijk optreden, en dat de officier van justitie, bij vervolging, ‘in de strafmaat (...) de maatschappelijk afwijzing van discriminatie’ duidelijk naar voren dient te brengen en het discriminatieaspect van het delict in het requisitoir moet benadrukken en als strafverzwarende omstandigheid in de eis dient te betrekken.⁹⁰ De ‘Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen van het Openbaar Ministerie’ (‘Aanwijzing strafvordering’) stelt voorts dat het OM onderscheid dient te maken tussen situaties waarin het discriminerende element zich voordoet bij een ‘minder ingrijpend feit’ en een ‘ingrijpend feit’.⁹¹ ‘Ingrijpende feiten’, waarvan sprake is bij een ‘aanzienlijke aantasting van de lichamelijke integriteit’, dienen in beginsel te worden gedagvaard met als uitgangspunt een strafverzwaring van 100% in de strafeis ten opzichte van de uitgangspunten die voor het gronddelict gelden.⁹²

De vraag rijst hierbij welke gedragingen voor die strafverzwaring in aanmerking komen. De Aanwijzing discriminatie ‘definieert’ discriminatoire delicten als commune delicten ‘waarbij een discriminatieaspect ex artikel 137c Sr als motief of aanleiding heeft gespeeld, of gebruikt is om het delict indringender te maken’.⁹³ Met ‘discriminatieaspect’ wordt kennelijk bedoeld op de in artikel 137c opgesomde discriminatiegronden, waarin ook ‘hetero- of homoseksuele

85 Zie Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2019, 68988, p. 4.

86 Zie bijvoorbeeld P. Bogert, ‘Discriminatoire en racistisch geweld zwaarder bestraft?’, *DD* 2007/61, p. 760-762; Grijsen 2013 (*supra* noot 11), p. 5, 46.

87 Grijsen 2013 (*supra* noot 11), p. 50; zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2009/10, 57, p. 6.

88 Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 2481, p. 2-3; *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 30950, p. 3; ECRI, *ECRI-Rapport over Nederland (vijfde monitoringcyclus)*, Straatsburg: Raad van Europa 2019, p. 43.

89 Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2019, 68988, p. 1. De Aanwijzing discriminatie is overigens ‘recht’ in de zin van art. 79 RO, waardoor burgers zich erop kunnen beroepen bij de rechter.

90 Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2019, 68988, p. 3-4.

91 Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen, *Stcrt.* 2019, 14890, p. 7.

92 Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen, *Stcrt.* 2019, 14890, p. 7.

93 Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2019, 68988, p. 2.

gerichtheid' is opgenomen. Voorts expliciteert de Aanwijzing discriminatie dat, hoewel artikel 137c het niet noemt, hier ook een *commuun delict* met 'genderidentiteit' als discriminatieaspect onder valt.⁹⁴ Hiermee wordt weliswaar duidelijk welke groepen als 'beschermd' zijn aangemerkt, maar niet hoe het discriminatoire motief (in de Aanwijzing discriminatie: 'aspect', 'motief' en 'element') uitgelegd en toegepast dient te worden.⁹⁵ Met 'motief' of 'aanleiding' lijkt een causaal verband vereist, terwijl 'om het delict indringender te maken' dit niet impliceert. Voorts is niet duidelijk 'hoe' discriminatoir (moet er sprake zijn van 'haat' of is 'vooroordeel' voldoende?) en primair (worden 'gemengde motieven' toegelaten?) dit motief dient te zijn.⁹⁶ Evenmin blijkt uit de Aanwijzing discriminatie of discriminatie door perceptie en discriminatie door associatie/affiliatie ook strafverzwaringswaardig worden geacht, al lijkt dit met bovenstaande definitie niet uitgesloten, nu niet verlangd wordt dat het geweld specifiek gericht is op iemand van een beschermde groep. Omdat het op basis van OM-beleid lastig te zeggen is hoe discriminatoire delicten worden uitgelegd en toegepast in Nederland, is het noodzakelijk de rechtspraak hierover te analyseren, wat in de subparagraaf hieronder wordt gedaan.

4.3 Rechtspraak

In deze subparagraaf staat de uitleg en toepassing van discriminatoire delicten in de Nederlandse rechtspraak centraal. Allereerst bespreekt paragraaf 4.3.1 kort de (wettelijke) mogelijkheden voor de rechter om aandacht te besteden aan het discriminatoire motief, waarna paragraaf 4.3.2 een analyse biedt van de jurisprudentie omtrent dit onderwerp.

4.3.1 Straftoemeting

Omdat discriminatoire motieven in Nederland als onderdeel van materiële strafbepalingen noch als strafverzwaringgronden in de wet zijn gecodificeerd, hoeven zij niet door de rechter te worden 'bewezen', maar komen ze pas in de straftoemetingvraag aan de orde nadat het gronddelict bewezen is verklaard.⁹⁷ De (feiten)rechter is op grond van artikel 359 lid 5 van het Wetboek van Strafvordering ('Sv') verplicht de redenen op te geven die een bepaalde straf of maatregel hebben bepaald, maar geniet in de keuze van die redenen grote vrijheid en wordt door de wet en de Hoge Raad slechts aan bepaalde minimumvereisten gehouden, waar het als strafverzwarend element in de strafoplegging meenemen van een discriminatoir motief niet een van is.⁹⁸ Of en hoe het discriminatoire motief bij delicten (tegen LHBT-personen) een rol speelt in de straftoemeting, zal daarom op basis van een jurisprudentieanalyse moeten worden uitgezocht.

94 Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2019, 68988, p. 2.

95 Grijzen 2013 (*supra* noot 11), p. 3.

96 Brants, Kool & Ringnalda 2007 (*supra* noot 84), p. 152.

97 Zie *supra* paragraaf 2. Dit is de derde in die paragraaf genoemde optie waarop staten discriminatoire motieven kunnen vormgeven in hun nationale strafrecht.

98 Zie Grijzen 2013 (*supra* noot 11), p. 51.

4.3.2 *Jurisprudentieanalyse*

De geanalyseerde jurisprudentie bestaat uit vijftien uitspraken die gewezen zijn in de periode vanaf januari 2015 en (mogelijk) homofoob geweld betreffen.⁹⁹ Voor de beperking tot deze periode is gekozen nu het EHRM in 2015 voor het eerst overwoog dat op staten positieve verplichtingen betreffende anti-LHBT-geweld rusten en het OM pas na 2015 een eventueel discriminatoir motief registreert.¹⁰⁰ De geselecteerde jurisprudentie bestaat uit zaken waarin de rechter een geweldsdelict bewezen heeft verklaard en op grond van het arrest een vermoeden rijst dat bij het geweld anti-LHBT-sentimenten hebben meegespeeld.¹⁰¹ De uitspraken zijn in drie categorieën opgedeeld, waarvoor beoordeeld is of het discriminatoire motief door de rechter benoemd is en zo ja, of (en op basis van welke criteria) het als strafverzwarende factor heeft meegespeeld.¹⁰²

Categorie 1: discriminatoir motief niet genoemd

De eerste zaak binnen categorie 1 betreft een (trans-)vrouw die door verdachte geschopt en geslagen is.¹⁰³ Volgens het slachtoffer is door verdachte 'homo, je moet dood' geroepen, maar de officier van justitie en de rechter achten dat (in het kader van 'groepsbelediging' en 'belediging'), in tegenstelling tot de geweldsdelicten, niet bewezen. De officier van justitie noch rechter uit een woord over een mogelijk transfoob motief van het geweld.¹⁰⁴ Het lijkt alsof het niet kunnen bewijzen van (de leuzen onder) artikel 137c Sr voor de officier van justitie en rechter automatisch betekent dat niet (uitgezocht dient te worden of) sprake is van een discriminatoir motief. Hetzelfde gebeurt in een andere zaak betreffende een verdachte die twee slachtoffers zonder aanleiding uitschold voor 'kankerhomo', hen bedreigde met de woorden 'jullie moeten dood omdat jullie homo's zijn' en een van de slachtoffers in het gezicht sloeg.¹⁰⁵ Hoewel groepsbelediging ten laste was gelegd, achten het OM en de rechtbank alleen eenvoudige belediging, bedreiging en mishandeling bewezen. De rechter overweegt in de strafmotivering dat zulk zinloos geweld gevoelens van angst versterkt, maar spreekt (net als de officier) niet over een mogelijk homofoob motief dat strafverzwarend zou werken.¹⁰⁶ De homofobe belediging heeft hier slechts in de veroordeling voor artikel 266 en 300 Sr een rol gespeeld. Ten slotte speelt dit ook in een zaak waarin een homoseksueel koppel dat samen op een fiets reed, door verdachte plotseling werd uitgescholden en bedreigd met (onder meer) de woorden 'ik zou jullie in elkaar moeten

99 Opgemerkt dient te worden dat hoogstwaarschijnlijk niet alle rechtszaken waarin sprake was van homofoob geweld zijn meegenomen in deze analyse. Dit is te wijten aan het feit dat politierechternonissen veelal niet gepubliceerd worden en homofobe geweldsfeiten mogelijk niet zijn opgenomen in het vonnis.

100 EHRM 12 mei 2015, 73235/12 (*Identoba e.a./Georgië*); zie *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 30950, p. 2.

101 Op www.rechtspraak.nl is gezocht naar strafrechtelijke uitspraken gewezen in de periode 2015-2020, waarin de termen 'homo*', 'geaard*', 'gender*', 'LHBT*' en 'trans*', gecombineerd met (een van de) zoektermen 'geweld*', 'mishandeling*', 'voorkwamen'.

102 Hoewel categorie 1 eigenlijk vijf zaken, categorie 2 vier en categorie 3 zes zaken bevat, behelst een aantal van deze zaken hetzelfde feitencomplex (doordat het de zaak van een medeverdachte of de zaak in hoger beroep betreft), waardoor zij opvolgend in dezelfde categorie worden besproken, maar daar niet thuishoren.

103 Rb. Amsterdam 14 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2384.

104 Rb. Amsterdam 14 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2384, r.o. 6. Wat, terzijde, opvalt is dat de rechtbank in de strafmotivering spreekt van 'man' en 'hij', terwijl het in deze zaak om een (trans-)vrouw gaat.

105 Rb. Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2017:4097.

106 Rb. Amsterdam 7 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4097, r.o. 8.1, 8.3.

trappen, vuile kankerhomo's'.¹⁰⁷ Verdachte, die één van de slachtoffers tevens in het gezicht had gestompt, is voor mishandeling, belediging en bedreiging veroordeeld. Hoewel het hof dit ernstige feiten acht, vat het de homofobe leuzen slechts in het licht van de belediging en bedreiging op en besteedt de rechter en het OM opnieuw geen aandacht aan een mogelijke connectie tussen een homofob motief en het geweld.¹⁰⁸

Categorie 2: discriminatoir motief genoemd, maar werkt niet strafverzwarend

In categorie twee past de veroordeling van een verdachte voor de diefstal met geweld, wederrechtelijke vrijheidsberoving en afpersing van een (trans-)vrouw, die na 'brutaal geweld' vastgetapet en hulpeloos achtergelaten is in een verlaten parkeergarage.¹⁰⁹ Het slachtoffer meent dat zij is uitgekozen en dat excessief geweld is gebruikt omdat zij transgender is. Hoewel de officier van justitie hierover niet spreekt in zijn eis, overweegt de rechtbank dat het zich kan voorstellen 'dat deze gedachten bij het slachtoffer hebben postgevat'.¹¹⁰ Strafverzwaring volgt echter niet, nu 'de verdachten hebben (...) ontkend dat de geaardheid [*sic*] van het slachtoffer een rol heeft gespeeld bij het beramen en uitvoeren van het plan' en de rechtbank geen 'objectieve aanknopingspunten heeft kunnen ontwaren dat dit motief bij de verdachten wél heeft bestaan'.¹¹¹ Voor een strafverhoging lijkt de rechtbank aldus te vereisen dat objectief kan worden vastgesteld dat bij verdachten de genderidentiteit van slachtoffer 'een rol heeft gespeeld' in het gepleegde geweld. Hoewel hieruit duidelijk wordt dat de rechtbank een connectie tussen de genderidentiteit van aangeefster en het gebruikte geweld vereist, is niet duidelijk of 'een rol heeft gespeeld' het vereiste van een causaal impliceert en zo ja, hoe primair deze 'rol' moet zijn geweest. In hoger beroep (waarin de geweldshandelingen weer bewezen zijn verklaard) heeft de advocaat-generaal noch het hof iets over een mogelijk discriminatoir motief gezegd.¹¹²

Een andere redenering is te zien in een zaak betreffende een homoseksueel koppel dat door verdachten was uitgescholden voor 'homo's' en 'flikkers', waarna een woordenwisseling tussen beide groepen ontstond en bij een van de slachtoffers uiteindelijk vijf tanden uit zijn mond zijn geslagen.¹¹³ Hoewel de officier van justitie de homofobe leuzen strafverzwarend acht, neemt de rechtbank het 'discriminatoire aspect' niet als strafverzwarend mee in de strafmaat. Volgens de rechtbank is het allereerst begrijpelijk dat verdachte en nabestaanden 'zijn ingegaan op de vraag of homohaat als doelbewust motief voor de ruzie kan worden aangemerkt'.¹¹⁴ Hoewel slachtoffers aangegeven hebben in elkaar te zijn geslagen wegens hun geaardheid, en de rechtbank aannemelijk acht dat homofobe uitlatingen zijn gedaan door verdachten, staat echter niet vast dat de ruzie is ontstaan 'omdat zij homoseksueel zijn'. Het blijkt niet dat de groep 'er doelbewust op uit was om ruzie te zoeken met homo's en deze zodoende in elkaar te slaan'.¹¹⁵ De rechtbank acht aannemelijker dat het ging om volwassen mannen die voorbijgangers lastigvielen, dat verdachte de slachtoffers 'bijdehand en irritant' aansprak en medeverdachten de escalatie

107 Hof Amsterdam 9 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:579. De uitspraak in eerste aanleg is niet gevonden.

108 Hof Amsterdam 9 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:579, onder 'oplegging van straf'.

109 Rb. Oost-Brabant 3 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5768.

110 Rb. Oost-Brabant 3 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5768, onder 'oplegging van straf en/of maatregel'.

111 Rb. Oost-Brabant 3 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5768, onder 'oplegging van straf en/of maatregel'.

112 Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2332.

113 Rb. Gelderland 9 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1572.

114 Rb. Gelderland 9 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1572, r.o. 8.

115 Rb. Gelderland 9 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1572, r.o. 8.

niet hebben tegengehouden. Bij deze overwegingen vallen de woorden ‘homohaat’ en ‘doelbewust motief’ op, waarbij de vraag rijst of de rechtbank i) het vijandigheidsmodel aanhoudt en een soort homofobe ideologie bij verdachte vereist en ii) bij het causale verband gemengde motieven eveneens accepteert, nu het ‘voorbijgangers lastigvallen’ en ‘doelbewust ruzie zoeken met homo’s’ als elkaar uitsluitende motieven lijkt te poneren. In hoger beroep, waarin geen enkele keer gerefereerd wordt aan mogelijke *homofobe* motieven, overweegt het hof dat het de toedracht van de ruzie niet heeft kunnen vaststellen en dus geen rekening houdt met mogelijke motieven bij het geweld.¹¹⁶

Het bovengenoemde ‘doelbewust-criterium’ komt ook voor in een zaak waarin verdachten zich op ‘Grindr’, een datingapp voor homoseksuele mannen, als minderjarigen voordeden om naar eigen zeggen ‘pedo’s te lokken’.¹¹⁷ Verdachten hebben het slachtoffer zo naar een afgelegen plek gelokt en hem aldaar mishandeld, terwijl zij de termen ‘flikker’, ‘kankerhomo’ en ‘gay’ bezigden. In tegenstelling tot het OM neemt de rechtbank het discriminatoire motief niet als strafverzwarende factor mee, omdat geen aanknopingspunten te vinden zijn dat in ‘homohaat’ dan wel homofobie het geweld ‘zijn oorsprong heeft gevonden’.¹¹⁸ De homofobe uitlatingen zijn volgens de rechtbank ‘meer illustratief voor het dagelijks taalgebruik van deze verdachten dan dat de verdachten zich *doelbewust op de homoseksuele geaardheid van de (potentiële) slachtoffers hebben willen richten* (...) [mijn cursivering; EO]’.¹¹⁹ Volgens de rechtbank is eerder sprake van een ongerechtvaardigd gevoel van eigenrichting ten aanzien van pedoseksuelen dan van een homofob motief.¹²⁰ Door het uitsluiten van een homofob motief bij het geweld, omdat er ‘eerder’ sprake is van veroordelen jegens pedoseksuelen, lijkt de rechtbank homofobie als enige of primaire oorzaak te vereisen om tot strafverhoging over te gaan.¹²¹

Categorie 3: discriminatoir motief genoemd en werkt strafverzwarend

Een voorbeeld van zaak waarin anti-LHBT-geweld wel tot strafverzwaring leidde, is die waarin verdachte een homoseksueel stel plotseling uitschold voor ‘homo’ en ‘faggot’ en hen en twee anderen met wie het koppel op een terras zat, belaagde en geweld aandeed.¹²² De officier van justitie heeft openlijke geweldpleging en eenvoudige belediging ten laste gelegd en drukt in zijn eis de afkeuring van discriminatoir geweld uit. De rechtbank acht de geweldsfeiten bewezen en overweegt in de straftoemetingsoverwegingen dat ‘deze geweldpleging ontegenzeggelijk een homofob karakter’ had, nu de ‘aanleiding’ van het geweld was dat de slachtoffers zich als een stel gedroegen en de agressie (inclusief homofobe leuzen) duidelijk op hen gericht was.¹²³ De rechtbank lijkt met genoemde overwegingen voor strafverhoging voldoende te achten dat het geweld een ‘homofob karakter’ had, wat vervolgens blijkt uit het causale verband tussen

116 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4497, onder ‘oplegging van straf en/of maatregel’.

117 Rb. Rotterdam 1 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9066.

118 Rb. Rotterdam 1 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9066, r.o. 8.2.1.

119 Rb. Rotterdam 1 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9066, r.o. 8.2.1.

120 Rb. Rotterdam 1 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9066, r.o. 8.2.1.

121 Terzijde wordt hier opgemerkt dat de rechtbank bij het als wederzijds uitsluitend behandelen van veroordelen jegens homoseksuelen en pedoseksuelen, kennelijk het stereotype van homoseksuelen als pedoseksuelen niet (h)erkent, zie bijvoorbeeld ILGA-Europe, *Annual review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people in Europe and Central Asia*, Brussel: ILGA-Europe 2020, p. 30.

122 Rb. Gelderland 25 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2015:6081.

123 Rb. Gelderland 25 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2015:6081, r.o. 7.

de homoseksualiteit van slachtoffers en het geweld. De overweging dat het geweld voornamelijk op hen was gericht doet voorts denken aan het ‘groepsselectiemodel’ uit paragraaf 2. Nu niet alleen het homoseksuele stel slachtoffer is geworden van het geweld, maar ook twee anderen, kan worden afgevraagd in hoeverre de strafverhoging ook ziet op laatstgenoemden als slachtoffer wegens hun associatie of affiliatie met het homoseksuele stel. Hier wordt in het vonnis niet op ingegaan.¹²⁴

Het homofobe karakter van geweld wordt ook als strafverzwarende factor meegenomen in een zaak, waarin twee personen aangaven dat zij ‘op een wijze gekleed [waren; EO] waardoor zij duidelijk als homoseksueel herkenbaar waren’ (een van de mannen was als *drag queen* verkleed).¹²⁵ Verdachte in die zaak heeft op straat naar hen geroepen dat ‘hij geen vriend van homo’s is’ en hen wil doodmaken, waarna hij vrienden heeft opgeroepen en met hen zwaar geweld heeft gepleegd jegens de slachtoffers. De rechtbank veroordeelt de verdachte voor de geweldsdelicten en neemt het ‘homofobe en zinloze karakter van het geweld’, net als de officier van justitie in zijn eis, als strafverzwarend mee. Het geweld was volgens de rechtbank ‘onmiskkenbaar homoseksueel’ gerelateerd, nu het ‘niet los kan worden gezien van’ het feit dat slachtoffers zonder aanleiding werden uitgescholden, de verdachte homofobe uitlatingen bezigde en slachtoffers gericht uitkoos (om wie zij zijn).¹²⁶ In het hoger beroep van deze zaak bezigt het hof gelijke overwegingen om strafverhoging gepast te achten.¹²⁷ Uit deze zaken blijkt dat de rechtbank en het hof een discriminatoir karakter strafverzwarend achten, maar niet is duidelijk of (met ‘niet los kan worden gezien van’) ook een causaal verband vereist is. Het discriminatoire karakter wordt aannemelijk geacht, nu slachtoffers ‘gericht zijn uitgekozen om wie zij zijn’, waarmee het discriminatoire motief geconstrueerd wordt volgens het groepsselectiemodel. In de zaak van een medeverdachte benoemt het OM het homofobe karakter echter niet en overweegt de rechtbank dat, hoewel de aanleiding van het geweld ‘onmiskkenbaar homoseksueel gerelateerd’ was, dit niet strafverzwarend meeweegt, omdat ‘de wetenschap van verdachte ten tijde van het geweld over de homoseksuele gaardheid van aangevers niet met voldoende zekerheid kan worden afgeleid’.¹²⁸ Doordat de rechtbank hier voor strafverhoging vereist dat verdachte wist dat aangevers tot de beschermde (LHBT-)groep behoorden, rijst de vraag of, mede gelet op het feit dat slachtoffers door hun kleding ‘herkenbaar homoseksueel waren’, de rechtbank hiermee tevens vereist dat slachtoffers *daadwerkelijk* lid van die beschermde groep zijn, of dat de perceptie hiervan bij de verdachte eveneens voor strafverzwaring geaccepteerd wordt.

Een andere zaak waarin anti-LHBT-sentimenten strafverzwarend werkten is een hogerberoepszaak betreffende een (trans-)vrouw die op straat geweld is aangedaan door verdachte.¹²⁹ Hoewel het arrest weinig informatie over de feitelijke toedracht weergeeft, is in de strafmotivering een relevante overweging te vinden:

124 Rb. Gelderland 25 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2015:6081, r.o. 7.

125 Rb. Amsterdam 9 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1329, r.o. 5.3.

126 Rb. Amsterdam 9 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1329, r.o. 5.3.

127 Hof Amsterdam 15 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4212, onder ‘oplegging van straf’.

128 Rb. Amsterdam 9 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1331, r.o. 6.3.

129 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8870. Het vonnis in eerste aanleg is niet gevonden.

‘Met een groep een ander met geweld belagen *kennelijk omdat* die ander een [*sic*] transgender is, is een ernstig feit. Hij heeft daarmee aangeefster pijn en angst bezorgd en haar aangetast in haar lichamelijke integriteit [mijn cursivering; EO]’.¹³⁰

Het hof vereist voor strafverzwaring aldus een causaal verband, maar lijkt deze connectie door het woord ‘kennelijk’ te verobjectiveren, zodat naar objectieve aanknopingspunten kan worden gezocht om de connectie te schragen.

De voorlaatste zaak die in deze categorie geplaatst kan worden, betreft een verdachte die twee over straat lopende (homoseksuele) mannen volkomen uit het niets (met homofobe uitlatingen) heeft beledigd en mishandeld.¹³¹ Hoewel de officier van justitie hier niet over rept, neemt de rechtbank het ‘homoseksueel gerelateerde karakter’ van het geweld in strafverzwarende zin mee. Nu de twee mannen zonder aanleiding zijn mishandeld, en verdachte bij die mishandeling homofobe leuzen uitte, ‘hing het door verdachte gepleegde geweld samen met de homoseksuele geaardheid van slachtoffers’.¹³² Voor strafverzwaring dient hier dus ‘slechts’ sprake te zijn van een homofob *karakter*, dat blijkt uit de *samenhang* tussen het geweld en de geaardheid van slachtoffers. Bij dit criterium rijst allereerst de vraag of überhaupt sprake dient te zijn van enig causaal verband tussen het geweld en de geaardheid van de slachtoffers (‘samenhangen met’ is anders dan ‘veroorzaken door’), of dat reeds genoeg is dat het geweld gepaard gaat met homofobe uitlatingen (die wellicht niet een oorzaak van het geweld zijn).

De laatste zaak die in categorie drie besproken wordt, betreft een verdachte die veroordeeld is voor het medeplegen van diefstal met geweld en openlijke geweldpleging tegen een homoseksueel slachtoffer dat hij vóór de geweldplegingen heeft uitgescholden met homofobe leuzen.¹³³ De officier van justitie benoemt dat sprake is van ‘homogereleerd geweld’ en de rechtbank gaat hierin mee en stelt dat ‘het geweld niet los kan worden gezien van de uitlatingen’ door verdachte. Volgens de rechtbank is het opzet van de verdachte er namelijk op gericht het slachtoffer zoveel mogelijk pijn te doen (door het uitschelden van hem wegens zijn geaardheid en het daarop gebruiken van geweld).¹³⁴ De rechtbank vereist hier aldus een ‘samenhang’ (maar niet expliciet causaal verband) tussen de homofobe uitlatingen en het gepleegde geweld. Daarbij wordt het *opzet* (in tegenstelling tot het *motief*) van de verdachte om (meer) pijn te doen belangrijk geacht.

Rechtspraakevaluatie

Uit bovenstaande jurisprudentieanalyse valt op dat rechters verschillend omgaan met discriminatoire aspecten (die veelal naar voren komen in de vorm van homofobe leuzen) van een zaak. In sommige gevallen behandelt de rechter deze aspecten slechts als onderdeel van (ten laste gelegde) uitingsdelicten, die niet per se specifieke discriminatie betreffen (zoals ‘eenvoudige belediging’). In andere gevallen zijn alleen de geweldshandelingen ten laste gelegd en komt het discriminatieaspect in connectie met dat geweld tot uitdrukking in de straf eis en -maat. Ten slotte zijn er uitspraken waarin discriminatieaspecten in de tenlastelegging (en bewezenverklaring)

130 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8870, onder ‘oplegging van straf en/of maatregel’.

131 Rb. Amsterdam 22 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8660.

132 Rb. Amsterdam 22 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8660, r.o. 8.3.

133 Rb. Amsterdam 24 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9654.

134 Rb. Amsterdam 24 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9654, r.o. 8.3.

van uitingsdelicten zijn verdisconteerd, maar ook aan bod komen in de straftoemingsvraag. Hoewel de rechter aldus in elke zaak aandacht besteedt aan het discriminatieaspect, wordt niet altijd erkend dat de connectie tussen dat aspect met het geweld juist de strafverzwarende factor is, waardoor de specifieke aard van discriminatoire delicten miskend wordt. In de zaken waarin de rechter juist die connectie strafverzwaringswaardig acht, divergeren de precieze criteria voor die strafverhoging, nu sommige rechters daarvoor op zoek zijn naar een ‘discriminatoire motief’ of ‘discriminatoire aanleiding’ van het geweld, terwijl anderen bij gepleegd geweld reeds strafverhogend achten dat het een ‘discriminatoire karakter’ had of ‘homoseksueel gerelateerd’ was. Deze verschillende uitgangspunten monden uit in verschillende criteria, waarbij de eerstgenoemde een vorm van causaal verband (‘omdat’ of ‘de aanleiding’) vereist, terwijl dat bij het tweede uitgangspunt niet (expliciet) gevraagd wordt (‘hangt samen met’, ‘speelt een rol in’ of ‘kan niet los worden gezien van’). Daar waar een causaal verband wordt vereist, bestaat voorts onduidelijkheid of de discriminatoire aanleiding het enige of voornaamste motief dient te zijn geweest voor het geweld of dat de rechter gemengde motieven eveneens voor strafverhoging accepteert. Discriminatoire motief of karakter, rechters lijken in hun uitspraken niet in te gaan op de vraag of ook (discriminatoire) delicten gepleegd tegen personen die vermeend lid zijn van of geassocieerd/geaffilieerd zijn met een beschermde groep, een strafverhoging opleveren. Al met al is een uniforme uitleg en toepassing door rechters van strafverzwaring voor anti-LHBT-delicten ver te zoeken.

5 Evaluatie van de Nederlandse strafrechtspleging in Straatsburgs perspectief

Hierboven zijn allereerst verplichtingen besproken die het EHRM aan staten onder artikel 14 EVRM oplegt met betrekking tot de bestrijding van discriminatoire geweld tegen LHBT-personen (par. 3). Vervolgens is geanalyseerd hoe dit soort delicten in de Nederlandse strafrechtspleging is vormgegeven en hoe ermee wordt omgegaan (par. 4). In deze paragraaf wordt de uitleg en implementatie van deze delicten in de Nederlandse strafrechtspleging gewaardeerd in het licht van het EVRM. De vraag naar verenigbaarheid van de strafrechtelijke vormgeving en toepassing van discriminatoire delicten tegen LHBT-personen in Nederland met het EVRM valt onder de procedurele positieve verplichting (effectief onderzoek te doen naar discriminatoire geweld) van artikel 14 EVRM. Volgens deze verplichting dienen staten een officieel, voortvarend en onpartijdig onderzoek in te stellen naar mogelijke discriminatoire motieven wanneer het vermoeden rijst dat het gepleegde geweld veroorzaakt is door die motieven. Deze onderzoeksplicht geldt bij gemengde motieven en omvat ook discriminatie door perceptie en discriminatie door associatie/affiliatie. Als ondergrens voor de onderzoeksplicht hanteert het EHRM dat staten discriminatoire geweld, zowel in hun rechtssysteem als in de rechtspraktijk, niet op gelijke voet mogen behandelen met normaal geweld. Staten dienen te voorzien in een ‘implementatie van adequate strafrechtsmechanismen’ op basis waarvan discriminatoire geweld wordt onderscheiden van ander geweld. Hieronder zal eerst antwoord worden gegeven op de vraag of Nederland voorziet in adequate strafrechtsmechanismen (*de iure*), waarna de implementatie daarvan (*de facto*) beoordeeld wordt.

De verplichting *de iure* houdt in dat een staat moet voorzien in een ‘adequate legal mechanism’ om slachtoffers van discriminatoire geweld bescherming te garanderen. Het EHRM heeft geoordeeld dat een codificatie van discriminatoire motieven als strafverzwarend in het nationale recht

hieraan voldoet, alhoewel het niet expliciet een wettelijke verankering vereist. Dat discriminatoire delicten in Nederland niet (als zodanig of als strafverzwarende factor) zijn gecodificeerd in de wet, levert dus geen spanning op met deze verplichting. Het gaat er eerder om dat het nationale strafrecht voorziet in de *mogelijkheid* deze delicten zwaarder te bestraffen dan ander geweld, waarbij het nationale recht strafverhoging bij 'gemengde motieven', 'discriminatie door perceptie' en 'discriminatie door associatie' niet mag uitsluiten. Het Nederlandse strafrecht voldoet met de Aanwijzing discriminatie (die geldt als 'recht' in de zin van art. 79 RO) en de ruime straftoetingsvrijheid van de rechter aan die verplichting, nu het voor de officier van justitie en de rechter op grond daarvan mogelijk is een zwaardere straf voor discriminatoire delicten te eisen respectievelijk op te leggen. Hiertoe is de officier van justitie volgens de Aanwijzing discriminatie, die ook voor 'geaardheid' en 'genderidentiteit' geldt, zelfs verplicht. De vraag is echter of het 'discriminatoire delict' in de Aanwijzing discriminatie dezelfde gedragingen die het EHRM onder die term schaarft, omvat. Daarover wordt opgemerkt dat het OM-beleid reeds een strafverhoging verlangt bij een discriminatoire *aspect*, dat gebruikt is om het geweld *indringender te maken* (in tegenstelling tot een discriminatoire *motief* als *aanleiding* of *causaal verband* van geweld). De van de officier gevraagde strafverhoging geldt dus voor een ruimer bereik van gevallen dan het EHRM vereist. Met het ontbreken van een causaliteitseis is aan de verplichting om gemengde motieven niet uit te sluiten, voorts voldaan. De Aanwijzing discriminatie maakt echter niet ondubbelzinnig duidelijk of de verplichting tot strafverhoging eveneens geldt bij discriminatie door perceptie en discriminatie door associatie/affiliatie, al lijkt het dit evenmin uit te sluiten. Al met al voldoet Nederland dus aan de verplichting te voorzien in een '*adequate legal mechanism*'.

Een blik op de rechtspraktijk dient duidelijk te maken of Nederland eveneens voldoet aan de verplichting deze strafrechtsmechanismen adequaat te implementeren en daarmee discriminatoire delicten *de facto* te onderscheiden van andere delicten. In de geanalyseerde categorie 1-zaken lijkt dit onderscheid niet te worden gemaakt, nu homofobe uitlatingen daarin niet worden gelinkt aan het gepleegde geweld, maar slechts als onderdeel van andere (uitings)delicten ten laste zijn gelegd en bewezenverklaard. Hierbij dient de *Lakatošová-en-Lakatoš*-uitspraak aangehaald te worden, waarin het EHRM stelde dat er sprake was van een schending van de procedurele verplichting tot adequate implementatie, omdat de officier van justitie het onderzoek niet op basis van de adequate wetgeving had laten verrichten, hij de verdachte niet op grond van die wetgeving had vervolgd en de rechtbank niets opmerkte over de beperkte reikwijdte van de rechtszaak. Dat de officier van justitie en de rechter in de categorie 1-zaken (waartoe ook de in categorie 2 besproken hogerberoepszaken behoren) geen woord uiten over een mogelijke strafverzwaring wegens het discriminatoire karakter van het geweld, staat daarom op gespannen voet met de implementatieverplichting. Of dit een schending van het EVRM oplevert, is lastig te zeggen nu onduidelijk is of het bredere door het OM verrichte strafrechtelijke onderzoek wel ook op het discriminatoire karakter van het geweld zag. Wat daarentegen wel duidelijk is, is dat de categorie 2 en 3-zaken beter aansluiten bij de verplichtingen van het EVRM, nu de officier van justitie en rechter daarin onderzoeken of het geweld discriminatoire is in het kader van de strafeis en -maat. De criteria die rechters daarvoor hanteren lopen uiteen, waarbij in een aantal zaken strafverzwaring geïndiceerd lijkt bij de door het EHRM gegeven uitleg van 'discriminatoire delict' (een discriminatoire *motief* als *causale factor* van het geweld). Daarbij is niet duidelijk of dit motief de enige of primaire aanleiding dient te zijn of dat de rechter strafverzwaring ook toepast bij gemengde motieven. In andere zaken lijkt de rechter strafverzwaring toe te willen passen bij 'discriminatoire delicten', die vergelijkbaar uitgelegd worden als in de Aanwijzing

discriminatie (een *discriminatieaspect* dat *samenhangt* met het geweld). Deze criteria zijn, zoals hierboven genoemd, minder streng dan het EHRM oplegt, zodat met deze uitleg sneller sprake zal zijn van een strafverzwaring voor discriminatoire delicten. Los van de uitleg die eraan gegeven wordt, verheldert de rechtspraakanalyse voorts niet de vraag of ook ‘discriminatie door perceptie’ en ‘discriminatie door associatie/affiliatie’ als strafverzwarende factor worden aange-merkt door de rechter, al lijken de overwegingen in de jurisprudentie dit evenmin uit te sluiten. De geanalyseerde jurisprudentie varieert, concluderend, in graad van verenigbaarheid met het EVRM, waarbij een aantal zaken op gespannen voet staat met de procedurele verplichting, andere zaken voldoen aan die verplichting en een derde groep zaken een bescherming biedt boven het door het EHRM gevraagde minimum, wat volgens artikel 53 EVRM toegestaan is, nu het EVRM slechts minimumverplichtingen bevat.

Het blijkt dus lastig een eenduidig antwoord te formuleren op de vraag of de uitleg en implementatie van discriminatoire delicten in de Nederlandse strafrechtspleging verenigbaar is met het EVRM, nu van ‘de’ Nederlandse uitleg en implementatie niet gesproken kan worden. Aangezien het EHRM voor het vereiste van een ‘*adequate legal mechanism*’ geen codificatie maar slechts een (minimum)mogelijkheid tot strafverzwaring in het nationale recht vereist, voldoet Nederland daaraan. Het ontbreken van een codificatie heeft er echter toe geleid dat verschillende actoren in de rechtspraak de vrijheid hebben gekregen discriminatoire delicten op eigen wijze uit te leggen en toe te passen, wat leidt tot bovenbeschreven onduidelijkheid tussen (maar ook binnen) actoren met betrekking tot de vraag of en zo ja, wanneer strafverhoging aangewezen is. Mede gezien de onderzoeksverplichting slechts een bepaalde inspanning vergt van staten, verwondert het niet dat uit de meeste geanalyseerde rechtszaken blijkt dat de implementatie van de strafrechtsmechanismen in Nederland op of boven EHRM-niveau ligt. Hoewel de uiteenlopende Nederlandse uitleg en implementatie van discriminatoire delicten geen (evidente) schending oplevert met het Verdrag, kan opgemerkt worden dat de beschreven situatie, voor zowel daders als slachtoffers van anti-LHBT-geweld, niet optimaal is. Door het ontbreken van een uniform begrip en een eenduidige toepassing van (strafverhoging voor) discriminatoire delicten in OM-beleid en rechtspraak, wordt onvoorzienbaarheid en rechtsongelijkheid namelijk in de hand gewerkt. Voor verdachten is het lastig te voorzien wanneer zij een strafverhoging riskeren, terwijl slachtoffers in het ongewisse blijven over de vraag of de door hen ervaren discriminatoire aspecten bij geleden geweld erkend zullen worden door de nationale autoriteiten. Een uniforme uitleg en toepassing van discriminatoire delicten dient daarom voorop te staan.

6 Conclusie

In dit artikel is uitgebreid aandacht besteed aan geweld dat met vooroordelen (jegens de LHBT-gemeenschap) gepleegd wordt. Hoewel staten de vrijheid hebben deze delicten naar eigen inzicht te conceptualiseren en in te bedden in het nationale (straf)recht, dienen zij zich daarbij wel aan bepaalde minimumnormen van het EVRM te houden. Zij mogen discriminatoir geweld, wegens de destructieve(re) impact ervan op fundamentele mensenrechten, in ieder geval niet op gelijke voet met niet-discriminatoir geweld behandelen, en dienen deze idiosyncratische delicten daarom *de iure* en *de facto* te onderscheiden van andere delicten. Dit artikel stelde de vraag centraal of Nederland, dat deze delicten niet (als strafverzwarende factor) in de wet codificeert, aan die verplichtingen voldoet. Ondanks het ontbreken van een wettelijke verankering is gebleken dat

Nederland (gezien de brede straftoemettingsvrijheid van de rechter en de plicht van de officier van justitie een zwaardere straf te eisen voor deze delicten) voldoet aan de verplichting discriminatoir geweld in het rechtssysteem te onderscheiden van ander geweld. Echter, met het gebrek aan codificatie van deze delicten is de invulling ervan aan individuele actoren in de strafrechtspleging overgelaten. De consequentie hiervan is dat discriminatoire delicten in Nederland ongelijk worden toegepast, waarbij in sommige gevallen op gespannen voet wordt gehandeld met de onderzoeksplicht van artikel 14 EVRM, terwijl de toepassing in andere gevallen daar (ruimschoots) aan voldoet. Hoewel deze onduidelijke en ongelijke toepassing van discriminatoire delicten in Nederland geen generale diskwalificatie van de Nederlandse situatie in het licht van het EVRM betekent, leidt het wel tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. Om de rechtspositie van zowel dader als slachtoffer van anti-LHBT-geweld te versterken, verdient een uniforme uitleg en toepassing van discriminatoire delicten de voorkeur. Het door de minister ingestelde WODC-onderzoek zal moeten verduidelijken of een wettelijke codificatie de manier is om deze uniformiteit te bewerkstelligen. Voorop dient in ieder geval te staan dat alle middelen gebruikt worden discriminatoir geweld tegen te gaan, om zo, het EHRM citerend, de democratische visie van een maatschappij waarin diversiteit niet als bedreiging maar als bron van verrijking wordt gezien, te kunnen uitdragen.