

Ageren tegen een niet-bestaand spook

Een reactie op Ouwerkerk, DD 2023/13²

DD 2023/35

In een recent editorialsprek Ouwerkerk zich kritisch uit over een door haar waargenomen ontwikkeling in het Nederlandse materiële strafrecht, namelijk het ‘in strafverzwarende zin betekenis toekennen aan de persoon van het slachtoffer’.³ Ter illustratie van die ontwikkeling haalt Ouwerkerk naast reeds in de wet verankerde mogelijkheden (strafverzwaring bij minderjarige of kwetsbare slachtoffers), een onlangs verworpen (strafverzwaring bij geweld tegen personen met een publieke taak) en een momenteel aanhangig wetsvoorstel (strafverzwaring bij discriminatoire delicten of *hate crimes*) aan. In deze reactie zal ik beargumenteren dat de soep niet zo heet wordt gegeten als ze volgens Ouwerkerk wordt opgediend. Naar ik meen, kan worden betwijfeld of daadwerkelijk sprake is van de door Ouwerkerk geschetste ontwikkeling van strafverzwaring ‘vanwege de persoon van het slachtoffer’. Daarbij zal ik aanvoeren dat het in één adem noemen van discriminatoire delicten met de voorbeelden van minderjarigheid en personen met een publieke taak in ieder geval bijdraagt aan een vertroebeling van het debat. Nu Ouwerkerk in de editorial lijkt te bevragen of überhaupt een rechtvaardiging bestaat voor het zwaarder bestraffen van discriminatoire delicten ten opzichte van niet-discriminatoire delicten, zal ik ook beargumenteren dat dit niet alleen een goede zaak is, maar tevens een duidelijke verplichting vanuit Straatsburg en, in de toekomst mogelijk ook, Brussel. Ik sluit af met een pleidooi voor een focusverlegging in het academische debat over dit onderwerp.

Allereerst, het principale punt waar Ouwerkerk een zeker ongemak bij voelt – zoals zij schrijft in de inleidende paragrafen van de editorial – is ‘de idee *als zodanig* om de weg van de strafverzwaring te openen in het geval van persoonlijke slachtofferkenmerken’.⁴ Over de gehele tekst, van titel tot conclusie, lijkt een directe connectie te worden gemaakt tussen ‘strafverzwaring’ en ‘de persoon van het slachtoffer’. Hoewel zo een connectie inderdaad bestaat bij strafverzwaring bij minderjarige slachtoffers en slachtoffers met een publieke taak, is dat geenszins het geval bij het door Ouwerkerk als voorbeeld genoemde wetsvoorstel betreffende discriminatoire delicten.⁵ Bij laatstgenoemde delicten is niet de identiteit van het slachtoffer leidend, maar juist de discriminatoire geestesgesteldheid van de *dader*. Deze moet het delict namelijk gepleegd hebben met een vooroordeel jegens een bepaalde groep mensen, bijvoorbeeld door vanuit een discriminatoir motief te handelen of door met het delict discriminatie tot uitdrukking te brengen. Dat het niet gaat om de persoon van het slachtoffer laat zich gemakkelijk illustreren door de breed gedragen opvatting dat het voor de kwalificatie van ‘discriminatoir delict’ immaterieel is of het slachtoffer daadwerkelijk onderdeel uitmaakte van de gelaedeerde groep.⁶ Van belang is slechts dat bij de dader

1 Mr. Elmin Omičević (hij/hem) is als promovendus verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht. De auteur dankt mr. Jeffrey Waal voor zijn commentaar op een conceptversie van deze reactie en de gesprekken die daaraan voorafgingen.

2 Citeerwijze: E. Omičević, ‘Ageren tegen een niet-bestaand spook. Een reactie op Ouwerkerk, DD 2023/13’, DD 2023/35.

3 J.W. Ouwerkerk, ‘Strafverzwaring vanwege de persoon van het slachtoffer. Kanttekeningen bij een ontwikkeling’, DD 2023/13, p. 165.

4 Ouwerkerk 2023, p. 157 (cursief in origineel).

5 *Kamerstukken II 2021/22*, 35709, nr. 6 (voorstel van wet).

6 OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide, 2nd Edition*, Warsaw: OSCE/ODIHR 2022, 62–65, 71.

die putatieve gedachte heeft postgevat (discriminatie door perceptie) of dat het slachtoffer – daadwerkelijk of in de ogen van de dader – zich met de betreffende groep associeerde of daarmee affiliatie vertoonde (discriminatie door associatie of affiliatie).⁷ Strafverzwaring bij discriminatoire delicten vindt dus niet plaats vanwege de persoon van het *slachtoffer*, maar vanwege het discriminatoire handelen van de *dader*.

Ouwerkerk erkent terloops wel dat strafverzwaring pas in beeld komt ‘wanneer het strafbare feit *vanwege* die eigenschap is gepleegd’.⁸ Door dit wetsvoorstel steevast tezamen met de genoemde voorbeelden onder de noemer te scharen van ‘strafverzwaring op grond van persoonlijke eigenschappen van slachtoffers’, wordt desalniettemin steeds de indruk gewekt dat het ook bij discriminatoire delicten reeds de slachtofferkenmerken zijn die strafverzwarend werken. Daarenboven komt volgens Ouwerkerk niet veel gewicht toe aan de ‘eigenschap van de dader’, nu ‘bij het discriminatoire oogmerk de persoon van het slachtoffer hoe dan ook een significante rol van betekenis’ speelt.⁹ Indien Ouwerkerk erop doelt dat de dader het op een specifieke groep moet hebben gemunt, kan de vraag worden gesteld of het ongemak van Ouwerkerk zich dan ook uitstrekt tot de bestaande specifieke uitingsdelicten van art. 137c-137g Sr. Ouwerkerk schrijft dat zij deze delicten buiten haar bijdrage laat nu het haar gaat ‘om de situatie waarin het discriminatoire aspect strafverzwarend werkt ten opzichte van gevallen waarin van dat aspect geen sprake is’, maar het is juist een delict als art. 137c Sr (groepsbelediging) waarin het strafverzwarende element ten opzichte van art. 266 Sr. (eenvoudige belediging) reeds is verdisconteerd. Met eerstgenoemd delict beledigt de dader het slachtoffer namelijk vanwege diens *groepsidentiteit*.¹⁰

De conceptuele vertroebeling blijkt ook uit het gedeelte van de editorial waarin de twee ‘vergeten slachtoffereigenschappen’ – man en lage sociaaleconomische positie – worden geïntroduceerd. In haar bijdrage bevraagt Ouwerkerk of het wel gerechtvaardigd is dat delicten tegen bepaalde groepen met een ‘groter risico op slachtofferschap’ niet voor strafverzwaring in aanmerking komen in recente en huidige discussies over dit onderwerp.¹¹ De afbakening van de beschermde groepsidentiteit bij discriminatoire delicten is echter niet, althans niet louter, gebaseerd op het risico voor slachtofferschap van een bepaalde groep personen.¹² Mocht men al gebruik maken van dat diffuse criterium, dan zou het niet het risico moeten zijn om *als zodanig* slachtoffer van een delict te worden, maar juist *vanwege het behoren tot een bepaalde groep*. Het voorbeeld van de slachtoffergroep ‘mannen’ maakt de verwarring in dezen duidelijk. Ouwerkerk concludeert uit de oververtegenwoordiging van mannen in de slachtoffercijfers voor levensdelicten dat mannen een groter ‘risico lopen’ slachtoffer te worden van een levensdelict, en dit op zijn minst suggereert ‘dat het man-zijn op de een of andere wijze een rol heeft gespeeld’.¹³ Echter, het feit dat mannen statistisch gezien vaker het slachtoffer van levensdelicten worden dan vrouwen, zegt nog niets over de vraag in hoeverre mannen van het leven worden beroofd *vanwege* hun man-zijn. Dat staat in schril contrast met geweld tegen vrouwen, waarvan internationaal geaccepteerd is dat het zijn oorsprong vaak vindt in machtsongelijkheid tussen mannen en

7 Zo ook aanvaard in EHRM-jurisprudentie en het Nederlandse wetsvoorstel, zie EHRM 28 maart 2017, 25536/14 (*Škorjanec t. Kroatië*), r.o. 56; *Kamerstukken II* 2021/22, 35709, nr. 7 (memorie van toelichting), p. 10.

8 Ouwerkerk 2023, p. 159 (cursief in origineel).

9 Ouwerkerk 2023, p. 159.

10 *Kamerstukken II* 2021/22, 35709, nr. 7 (memorie van toelichting), p. 13.

11 Ouwerkerk 2023, p. 162.

12 Veeleer is van belang de sociale, historische en juridische context omtrent de marginalisatie en bescherming van die groep, zie OSCE/ODIHR 2022, p. 47-48.

13 Ouwerkerk 2023, p. 164.

vrouwen.¹⁴ Illustratief is het gegeven dat waar geweld tegen vrouwen voor het merendeel door mannen gepleegd wordt, dit andersom niet het geval is. Zo is in de statistieken van het CBS te lezen dat van alle vrouwen die tussen 2017 en 2021 slachtoffer werden van moord of doodslag, 56,3% was omgebracht door hun (ex-)partner, terwijl dit bij mannen 4,6% was.¹⁵ Het is belangrijk het genderaspect bij geweld tegen vrouwen te blijven benoemen en niet te vervallen in een zogenaamde ‘genderneutralisering’.¹⁶ Ouwerkerks vraag waarom we meer moeite hebben met gendergerelateerd geweld tegen vrouwen dan met de oververtegenwoordiging van mannen als slachtoffers van levensdelicten,¹⁷ laat zich daarom gemakkelijk beantwoorden: daar waar misogynie een belangrijke rol speelt in het eerste, doet misandrie dat niet in het laatste. Daarbij moet worden opgemerkt – Ouwerkerk haalt het zelf ook aan – dat gendergerelateerd geweld tegen mannen evengoed een discriminatoir delict zou kunnen opleveren als gendergerelateerd geweld tegen vrouwen, nu het betreffende wetsvoorstel de neutrale discriminatiegrond ‘geslacht’ bezigt.

Soortgelijke kanttekeningen kunnen ook gemaakt worden bij Ouwerkerks tekst over de groep van personen met een ‘lage sociaaleconomische positie’. De door Ouwerkerk aangehaalde cijfers dat deze personen veel vaker slachtoffer worden van geweldsdelicten dan mensen ‘in de hogere inkomensgroep’, zeggen nog niets over de rol van discriminatie bij het gepleegde geweld. Nu het wel plausibel lijkt dat klassisme een rol speelt in geweld tegen mensen met een lage sociaaleconomische positie,¹⁸ is het te bepleiten – en is reeds in internationale literatuur bepleit – dat ‘klasse’ of ‘sociaaleconomische positie’ als beschermde grond in wetgeving omtrent *hate crimes* zou moeten worden opgenomen.¹⁹ Ouwerkerk slaat echter een andere weg in en lijkt het kind met het badwater te willen weggooien: de onvermijdelijkheid ‘dat we groepen over het hoofd zullen zien’, roept volgens haar de vraag op hoe heilzaam strafverzwaring bij discriminatoire delicten überhaupt is.²⁰ Interessant is bovendien dat Ouwerkerk vindt dat het ‘vooralsnog niet uit te leggen’ is dat delicten tegen bepaalde bevolkingsgroepen zwaarder worden bestraft dan delicten tegen personen met een lage sociaaleconomische achtergrond, ook wanneer bij de eerste categorie delicten sprake is van een ‘discriminatoir motief’ en bij de laatste niet.²¹ Door discriminatoire delicten op gelijke voet te plaatsen met hun niet-discriminatoire evenknie, worden mijns inziens niet alleen de ernst, aard en historische context van discriminatoire delicten miskend, maar ook de internationale verplichtingen van Nederland daaromtrent gebagatelliseerd.

Daar waar Ouwerkerk ervoor kiest de redenen voor het wetsvoorstel aangaande discriminatoire delicten niet te bespreken,²² meen ik dat het essentieel is die uit te lichten. De geschiedenis leert ons maar al te goed op welke gruwelijke wijze haat en discriminatie

14 Zie bijvoorbeeld A. Pandea, D. Grzemny & E. Keen, *Gender matters: A manual on addressing gender-based violence affecting young people (Second edition)*, Strasbourg: Council of Europe 2019, p. 21.

15 Centraal Bureau voor de Statistiek, ‘Meer mannen vermoord in 2021’, www.cbs.nl, 27 september 2022 (laatst geraadpleegd op 20 april 2023).

16 Over genderneutralisering bij gendergerelateerd geweld, zie R. Römken, ‘Bestemd voor binnenlands gebruik: De invloed van de vrouwen- en mensenrechtenbeweging op het debat en de aanpak van gendergerelateerd geweld’, *Sociologie* 2016/12, p. 300-302.

17 Ouwerkerk 2023, p. 164.

18 ‘Klassisme’ wordt gedefinieerd als de ‘benadeling van mensen op grond van sociale afkomst of sociaaleconomische status’, zie A. Terlouw, ‘Klassisme: discriminatie op grond van sociale status. Toevoeging van de gronden sociale afkomst en/of sociaaleconomische status aan de Nederlandse anti-discriminatiewetgeving?’, *NTM/NJCM-bull.* 2022/47, p. 410.

19 Zie bijvoorbeeld A. Benn, ‘Classism as hate crime: Proposing class as a protected ground in criminal law’, *Criminal Law Review* 2021/10, p. 809-827.

20 Ouwerkerk 2023, p. 165.

21 Ouwerkerk 2023, p. 163.

22 Ouwerkerk 2023, p. 162.

zich kunnen manifesteren in bruto geweld jegens specifieke bevolkingsgroepen. Sinds het midden van de twintigste eeuw kwam wetgeving als respons tegen dit soort delicten in verschillende landen in zwang, niet zelden nadat een concrete, rechtsordeschockende zaak daartoe als katalysator had gefungeerd.²³ Vergelijkingen met het heden zijn helaas niet vergezocht. Zo getuige een recente resolutie van het Europees Parlement waarin lidstaten worden opgeroepen haat tegen de LHBTIQ+-gemeenschap met alle middelen te bestrijden, nadat eind 2022 twee jongeren op wrede wijze zijn vermoord nabij een gaybar in Bratislava.²⁴ Het karakteristieke van discriminatoire delicten is zodoende dat zij als machtsmechanisme opereren: ze hebben als doel om de hegemonie van de groep van de dader en de ondergeschikte positie van de groep van het slachtoffer te herbevestigen.²⁵ Veel is al geschreven over de disproportionele schade die discriminatoire delicten toebrengen aan het directe slachtoffer, aan de groep waartoe het slachtoffer behoort en aan de samenleving als geheel;²⁶ ik zal dat hier niet herhalen. Wellicht volstaat het om daar waar Ouwerkerk in haar bijdrage stelt dat niet alleen discriminatoire delicten, maar ook niet-discriminatoire delicten een uitstralende werking kunnen hebben op een bredere groep,²⁷ te verwijzen naar het omvangrijke bewijs dat de psychische impact van haatmisdrijven significant groter is dan de psychische impact van parallelle niet-haatmisdrijven.²⁸ Uit onderzoek is bovendien gebleken dat het voor slachtoffers van discriminatoire delicten cruciaal is dat juist het discriminatoire element van het hun aangedane geweld niet achterwege wordt gelaten in een strafprocedure.²⁹

Moge bovenstaande nog niet voldoende overtuigen om discriminatoire delicten als zodanig te registreren, kwalificeren en zwaarder te bestraffen, dan kan gewezen worden op de ontwikkelingen op dit gebied in de Raad van Europa en de Europese Unie. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM zijn Verdragsluitende Partijen op grond van art. 14 EVRM verplicht discriminatoire delicten zowel *de iure* als *de facto* van niet-discriminatoire delicten te onderscheiden, wegens de destructievere impact van eerstgenoemde delicten op de mensenrechten.³⁰ Dat onderscheid niet maken zou volgens het EHRM neerkomen op het officieel instemmen met, of gedogen van, haatmisdrijven.³¹ Recent heeft het EHRM zijn jurisprudentie over dit onderwerp verder aangescherpt, door niet alleen te overwegen dat discriminatoire motieven als strafverzwarende omstandigheid moeten worden behandeld, maar ook dat zij '*any measurable effect*' moeten hebben gehad op de strafmaat. De rechter dient aldus duidelijk te maken welk gewicht wordt toegekend aan de discriminatoire

23 Bijvoorbeeld de racistische moord op de zwarte tiener Stephen Lawrence in het Verenigd Koninkrijk in 1993, zie M.A. Walters, 'Conceptualizing "Hostility" for Hate Crime Law: Minding "the Minutiae" when Interpreting Section 28(1)(a) of the Crime and Disorder Act 1998', *Oxford Journal of Legal Studies* 2014/34, p. 51.

24 'Resolutie van het Europees Parlement van 20 oktober 2022 over de toename van haatmisdrijven ten aanzien van lhbtqi+-personen in heel Europa in het licht van de recente homofobe moord in Slowakije (2022/2894(RSP))'.

25 B. Perry, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*, New York, London: Routledge 2001, p. 10.

26 Zie bijvoorbeeld 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. 56-59.

27 Ouwerkerk 2023, p. 163.

28 Zie specifiek ten aanzien van discriminatoire delicten tegen LHBT-personen de verwijzingen naar literatuur in K. Goodall & M. Walters, *Legislating to Address Hate Crimes against the LGBT Community in the Commonwealth*, Human Dignity Trust 2019, p. 12-14.

29 Van der Aa, Claessen & Hofmann 2020, p. 72-85.

30 EHRM (GK) 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a. t. Bulgarije*), r.o. 160. Art. 14 EVRM vindt alleen toepassing in combinatie met een ander Verdragsartikel. Bij discriminatoire delicten kan gedacht worden aan art. 2 (in dodelijke of bijna-dodelijke situaties), art. 3 (in situaties waar een '*minimum level of severity*' is bereikt) of art. 8 EVRM (in situaties waar geen '*minimum level of severity*' is bereikt), zie EHRM 12 april 2016, 64602/12, *EHRC* 2016/165 (*R.B. t. Hongarije*), m.nt. K. Henrard, punt 8.

31 EHRM 14 januari 2021, 50231/13 (*Sabalić t. Kroatië*), r.o. 95.

motieven in de algehele bepaling van strafverzwarende en -verlichtende omstandigheden.³² Daar waar het een aantal jaren geleden de vraag was of Nederland zich aan zijn positieve verplichtingen onder genoemde bepaling hield,³³ is die onzekerheid door de aangescherpte EHRM-jurisprudentie inmiddels nog nijpender geworden. Naast het EHRM is ook de EU actief op het gebied van normstelling aangaande discriminatoire delicten. Zo heeft de Europese Commissie eind 2021 een procedure geïnitieerd die uiteindelijk moet leiden tot de toevoeging van *hate speech* en *hate crime* aan de zogenaamde *eurocrimes*, teneinde minimumvoorschriften voor deze delicten vast te kunnen stellen.³⁴ Deze ontwikkelingen leiden mij ertoe dat ik aan Ouwerkerks stelling dat met het Nederlandse wetsvoorstel 'gehoor [wordt] gegeven aan internationaal gedragen oproepen',³⁵ zou willen toevoegen dat het niet slechts gaat om een 'oproep', maar om een duidelijke verplichting op straffe van schending van het EVRM en, binnenkort waarschijnlijk ook, EU-wetgeving.

Alvorens te concluderen kom ik terug op het gevoel van ongemak dat Ouwerkerk beklijft bij de door haar geschetste ontwikkeling. Na het lezen van de editorial rijst de vraag wat nu die 'ontwikkeling' is waarbij Ouwerkerk dat ongemak voelt. Is het (zoals zij op pagina 157 aangeeft) dat persoonlijke slachtofferkenmerken in strafverzwarende zin worden meegewogen, is het (zoals zij op pagina 162 aangeeft) dat bepaalde beschermingswaardige groepen niet genoemd worden in recente wetsvoorstellen, of is het (zoals zij op pagina 163 aangeeft) dat discriminatoire delicten zwaarder worden bestraft dan niet-discriminatoire delicten? In het eerste geval zal het Ouwerkerk moeten geruststellen dat van de drie voorbeelden die zij aanhaalt, het wetsvoorstel over slachtoffers met een publieke taak verworpen is, het wetsvoorstel over discriminatoire delicten niet onder die categorie kan worden geschaard en het laatste voorbeeld (de mogelijkheden voor strafverzwaring bij minderjarige slachtoffers) er een is dat reeds lang bestaat en waar zij geen problemen mee zegt te hebben.³⁶ In het tweede geval lijkt mij een pleidooi voor een inclusiever wetsvoorstel, in plaats van een kritiek op discriminatoire delicten als zodanig, het meest voor de hand te liggen. In het derde geval moet beseft worden dat niet alleen de wetenschappelijke literatuur, het EHRM en de EU de mening zijn toegedaan dat strafverzwaring dient te volgen bij discriminatoire delicten, maar dat het ook de gangbare praktijk in Nederland is; het wetsvoorstel tracht die praktijk te codificeren. De ontwikkeling die Ouwerkerk meent te ontwaren, zie ik dus niet. Bovendien laten huidig art. 137c-137g Sr zien dat discriminatie als strafverzwarend element het Wetboek van Strafrecht niet vreemd is. Ouwerkerks afsluiting met de adhortativus om de strafwet vrij te houden van persoonlijke slachtofferkenmerken,³⁷ leest daarom niet alleen als een afwijzing van het aanhangige wetsvoorstel, maar ook als een oproep om reeds bestaande wetgeving terug te draaien. Het is gezien recent opgeworpen spookbeelden over hoe 'identiteitspolitiek' en 'woke' de samenleving en het recht negatief zou beïnvloeden,³⁸ des te belangrijker niet meer te lezen in bepaalde (wets)voorstellen dan zij daadwerkelijk

32 EHRM 14 juni 2022, 56070/18 (*Stoyanova t. Bulgarije*), r.o. 70-72.

33 Zie E. Omičević, 'Positieve verplichtingen bij geweld met negatieve uitlatingen: De Nederlandse strafrechtelijke aanpak van discriminatoir geweld tegen LHBT-personen bezien vanuit Straatsburgs perspectief', *NTM/NJCM-bull.* 2020/45, p. 188-190.

34 Zie *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad. Een inclusiever en beschermender Europa: uitbreiding van de lijst van EU-misdrijven tot haatzaaiende uitlatingen en haatmisdrijven*, COM(2021) 777 final.

35 Ouwerkerk 2023, p. 159.

36 Ouwerkerk 2023, p. 166.

37 Ouwerkerk 2023, p. 166.

38 Zie bijvoorbeeld de recente H.J. Schoo-lezing door Minister van Justitie en Veiligheid Dilan Yeşilgöz-Zegerius, uitgesproken op 12 september 2022, <https://www.vvd.nl/hj-schoo-lezing-door-dilan-yesilgoz-zegerius/> (laatst geraadpleegd op 20 april 2023); Een ander voorbeeld is J. Soeharno & J. van Dijk, 'Hoe woke mag een advocaat zijn? Nieuwe dilemma's voor de advocatuurlijke beroepsethiek', *Tijdschrift Tucht recht* 2022/12.

inhouden. Met betrekking tot discriminatoire delicten is het wat mij betreft tijd de discussie te verleggen van de vraag *of* strafverzwaring in aanmerking komt wanneer discriminatie en delict samenkomen, naar *hoe* dit dient te gebeuren. Het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel verlangt een kritische analyse van strafrechtswetenschappers, zowel over de conceptualisering alswel de inbedding van discriminatoire delicten in ons Wetboek van Strafrecht. Laten we vooral daaraan bijdragen.