

GENDER EN STRAFRECHT

IMPLICATIES VAN HET NIEUWE GESLACHT X

Aantal woorden: 53. 695

Cyrine M'Sadek

Studentennummer: 01406075

Promotor: Prof. dr. Wendy De Bondt

Commissaris: Ligeia Quackelbeen

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de Rechten

Academiejaar: 2019-2020



“The problem with gender is that it prescribes how we should be rather than recognizing how we are.”

Chimamanda Ngozi Adichie

DANKWOORD

Met dit dankwoord neem ik graag de tijd om iedere persoon te bedanken, die een directe of indirecte bijdrage aan deze masterproef heeft geleverd.

In het bijzonder wil ik graag professor Wendy De Bondt bedanken voor het mij aanreiken van een ongelooflijk boeiend onderwerp, waarmee ik een werkelijke bijdrage hoop te leveren. Zij kon mij steeds bijsturen waar dat nodig was en heeft mijn eigen ideeën steeds aangemoedigd en ondersteund.

Daarnaast wil ik ook graag mijn beide ouders bedanken voor de onvoorwaardelijke steun en bemoedigende woorden, waarmee ik mijn studies tot een goed einde heb gebracht. Tenslotte wil ik graag iedere andere persoon bedanken, die de tijd en moeite heeft genomen om een kritische blik op mijn masterproef te werpen. Door jullie ogen kreeg dit onderzoek zijn finale vorm toegewezen.

Cyrine M'Sadek

Brugge, 22 mei 2020

SAMENVATTING

Gender en geslacht nemen vandaag de dag in de samenleving een belangrijke plaats in. Recentelijk waren deze steeds tweeledig onderverdeeld volgens het mannelijke of het vrouwelijke geslacht. Dit klassieke onderscheid komt echter steeds meer onder vuur te liggen. Door een spraakmakend arrest van het Belgische Grondwettelijk Hof in juni 2019, wordt de wetgever verplicht om ook individuen met een genderneutraal geslacht juridisch te gaan erkennen. Hoewel de wetgever tot op heden nog niet in een dergelijke maatregel heeft voorzien, wordt voor het voorliggende onderzoek één bepaalde herstelmogelijkheid naar voor geschoven. De creatie van een derde geslachtscategorie (X) breidt het bestaande rechtssysteem dan uit, zonder het compleet onderuit te halen. Op basis van het individuele recht op zelfbeschikking staat het aan personen dan vrij om het juridische geslacht te gaan wijzigen. De invoering van een genderneutraal geslacht heeft echter heel wat consequenties voor het rechtssysteem in zijn geheel. Voordat een dergelijke maatregel kan worden ingevoerd, dient te worden nagegaan in hoeverre de wetgeving hieraan dient te worden aangepast.

Wat de strafwetgeving betreft, kunnen er vooreerst problemen optreden met het legaliteitsbeginsel. Dit impliceert dat er geen misdrijf of straf kan bestaan, zonder dat dit door de wet wordt aangegeven. Wanneer bepalingen niet genderneutraal zijn geformuleerd, bestaat het risico dat personen met het geslacht (X) niet door de wetsbepaling worden beschermd of bestraft.

Daarnaast is het belangrijk om te duiden dat ook bepaalde morele of materiële elementen van een misdrijf niet zomaar kunnen worden bewezen. Bij personen met het geslacht (X) valt het juridisch geslacht immers niet langer samen met het fysieke geslacht. Dit kan leiden tot moeilijkheden met het materieel bewijs van bijvoorbeeld een verkrachting en impliceert dan steeds bewijsmethoden, die de lichamelijke integriteit en privacy van een persoon verregaand ondermijnen. Andere bewijsmoeilijkheden situeren zich in de mogelijkheid om het recht op zelfbeschikking te gaan misbruiken. Het morele element van opzet of onachtzaamheid kan bij misdrijven als identiteitsfraude dan niet zomaar worden bewezen.

De Strafwetgeving voorziet ook in een aantal mogelijkheden tot bijkomende bestraffing van misdrijven, die met een discriminerende drijfveer zijn gepleegd. Bij deze misdrijven zal het vooral van belang zijn dat ook discriminaties omwille van iemands juridische geslacht (X) bijkomend worden beschermd. Het is dan belangrijk dat het Belgische recht elke dader- en slachtoffergroep voldoende overkoepelt. Door middel van een genderspecifiek beleid kan dan waar nodig worden gedifferentieerd.

INHOUDSOPGAVE

DEEL I. INLEIDING EN ONDERZOEKSOPZET	1
HOOFDSTUK 1. ALGEMENE INTRODUCTIE.....	1
<i>Afdeling 1. Actuele problematiek.....</i>	<i>1</i>
<i>Afdeling 2. Begrippenkader.....</i>	<i>2</i>
I. Duiding	2
II. Begrippen	2
i. Geslacht of sekse.....	2
ii. Gender en genderidentiteit	3
a. Binaire genderidentiteit.....	3
b. Non-binaire genderidentiteit of genderqueer	4
c. Fluïde genderidentiteit.....	4
iii. Transgender of transpersoon	5
iv. Genderexpressie	5
III. De interpretatie van genderbegrippen door het Grondwettelijk Hof	6
<i>Afdeling 3. De rechten van transpersonen: een chronologie</i>	<i>7</i>
I. De Transgenderwet: een chronologie.....	7
i. Het individuele recht op zelfbeschikking in de Transgenderwet.....	8
ii. Procedurele waarborgen in de Transgenderwet.....	9
iii. Bestreden bepalingen in de Transgenderwet.....	10
II. Arrest X: een chronologie.....	11
i. Argumentatie van de verzoekende transorganisaties	12
ii. Argumentatie van de verwerende Ministerraad	13
iii. Oordeel van het Grondwettelijk Hof.....	13
HOOFDSTUK 2. PROBLEEMSTELLING VAN HET ONDERZOEK.....	15
<i>Afdeling 1. Probleemstelling en relevantie.....</i>	<i>15</i>
<i>Afdeling 2. Obstakels van het onderzoek</i>	<i>16</i>
<i>Afdeling 3. Uitgesloten van het onderzoek.....</i>	<i>17</i>
HOOFDSTUK 3. DOELSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN	17
<i>Afdeling 1. Doelstelling.....</i>	<i>17</i>
<i>Afdeling 2. Centrale onderzoeksvragen.....</i>	<i>17</i>
<i>Afdeling 3. Deelonderzoeksvragen</i>	<i>18</i>
HOOFDSTUK 4. METHODOLOGIE EN VERLOOP	19
<i>Afdeling 1. Methodologie en verloop.....</i>	<i>19</i>
DEEL II. GESLACHT	20
HOOFDSTUK 1. DE ROL VAN HET (BINAIRE) GESLACHT	20
<i>Afdeling 1. De rol van het geslacht als element van de burgerlijke staat?.....</i>	<i>20</i>
I. Element van de burgerlijke staat.....	20
i. Rechtszekerheid.....	21
ii. Bewijs	21
a. Akten van de burgerlijke stand.....	21
b. Biologische werkelijkheid, stereotype vermoedens en de verklaring van partijen	22
iii. Belang van geslacht als element van de burgerlijke staat in het strafrecht.....	23
<i>Afdeling 2. De rol van het geslacht als element van maatschappelijke categorisatie?.....</i>	<i>24</i>
I. Geslacht als element van anatomische categorisatie	24
II. Geslacht als element van sociale categorisatie	25
III. Geslacht als element van wetenschappelijke categorisatie	26

<i>Afdeling 3. Conclusie</i>	28
HOOFDSTUK 2. EVOLUTIES VAN GESLACHTSREGISTRATIE	29
<i>Afdeling 1. Gevolgen van het arrest X: op zoek naar een geschikte herstelmaatregel?</i>	29
<i>Afdeling 2. Internationale context</i>	30
<i>Afdeling 3. Hypothetische herstel mogelijkheden</i>	33
I. Volledige schrapping van de geslachtsregistratie als element van de burgerlijke staat 33	
i. Nieuw vernietigingsberoep voor het Grondwettelijk Hof	35
ii. Bewijsmoeilijkheden bij de Antidiscriminatiewet.....	36
II. De creatie van een derde geslachts categorie (X).....	39
i. Nieuw vernietigingsberoep voor het Grondwettelijk Hof	41
ii. Bewijsmoeilijkheden bij de Antidiscriminatiewet.....	41
III. Conclusie: Welke herstelmaatregel is het meest geschikt voor de juridische erkenning van non-binaire en fluïde personen?.....	42
DEEL III. STRAFRECHT ALS ONDERZOEKSDOMEIN	44
HOOFDSTUK 1. ALGEMEEN.....	44
HOOFDSTUK 2. STRAFWET IN TIJD EN RUIMTE	46
<i>Afdeling 1. Toepassing van de strafwet in de tijd</i>	46
<i>Afdeling 2. Toepassing van de strafwet in de ruimte</i>	47
HOOFDSTUK 3. HET MISDRIJF	47
HOOFDSTUK 4. HET LEGALITEITSBEGINSEL EN DE STRIKTE INTERPRETATIE VAN DE STRAFWET	49
DEEL IV. RELEVANTE PROBLEEMSTELLINGEN INZAKE GENDER EN STRAFRECHT	52
HOOFDSTUK 1. ALGEMEEN.....	52
HOOFDSTUK 2. RECHTSZEKERHEID	53
<i>Afdeling 1. Materieel element van het misdrijf, legaliteitsbeginsel en strikte interpretatie van de strafwet</i>	54
I. Aanranding van de eerbaarheid.....	55
II. Genitale verminking	58
III. Verkrachting.....	65
<i>Afdeling 2. Conclusie: Rechtszekerheid in strafzaken?</i>	70
HOOFDSTUK 3. BEWIJS IN STRAFZAKEN	72
<i>Afdeling 1. Materieel element van het misdrijf, legaliteitsbeginsel en strikte interpretatie van de strafwet</i>	73
I. Verkrachting	73
i. Seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook.....	74
a. De verklaring van partijen	75
b. Medisch onderzoek	75
ii. Een persoon die daar niet in toestemt.....	78
<i>Afdeling 2. Moreel element van het misdrijf, poort naar wetsontduiking en rechtsmisbruik</i>	78
I. Identiteitsfraude	80
i. Identiteitsfraude en rechtsmisbruik.....	80
ii. Identiteitsfraude en wetsontduiking	83
<i>Afdeling 3. Conclusie: Bewijs in strafzaken?</i>	86
HOOFDSTUK 4: BIJZONDERE TOEPASSINGSGEVALLEN INZAKE DISCRIMINATIE EN GENDERGERELATEERD GEWELD.....	88
<i>Afdeling 1. Discriminatie in het algemeen</i>	88
<i>Afdeling 2. Negatieve discriminatie</i>	89
I. Het Strafwetboek anno 2020	90
i. Verzwarende omstandigheden	91

ii.	Haatmisdrijven en seksisme	92
a.	De zogenaamde haatmisdrijven uit de Genderwet.....	92
b.	Het misdrijf inzake <i>seksisme</i>	93
II.	Het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek.....	94
i.	Verzwarende omstandigheden en verzwarende bestanddelen	95
ii.	Haatmisdrijven en seksisme	96
a.	De zogenaamde <i>haatmisdrijven</i>	96
b.	Het misdrijf inzake <i>seksisme</i>	96
	<i>Afdeling 3. Positieve discriminatie</i>	97
I.	De Istanbul-Conventie van 2011	98
II.	Vrouwenmoord of femicide.....	100
	<i>Afdeling 4. Conclusie: Strafrechtelijke discriminatie?</i>	102
	DEEL V. ONDERZOEKSCONCLUSIE	104
	BIBLIOGRAFIE	109
	ANNEX	122

DEEL I. INLEIDING EN ONDERZOEKSOPZET

HOOFDSTUK 1. ALGEMENE INTRODUCTIE

Afdeling 1. Actuele problematiek

1. De hedendaagse rechtscultuur is er een waarin veel mensen nog steeds denken volgens het klassieke onderscheid tussen mannen en vrouwen. Stereotypen en typische gedragspatronen vormen in veel gevallen nog altijd de basis voor wat als redelijk en normaal wordt beschouwd. De laatste jaren komt dit onderscheid echter steeds meer onder druk te staan. Dit is vaak erg moeilijk voor een rechtscultuur, die sterk verbonden is aan de eigenschappen van wat mannelijk of vrouwelijk is.¹

2. Transseksualiteit, transgenderisme en travestie zijn een aantal bekende voorbeelden, die van de klassieke OF-grenzen een EN-mogelijkheid maken. De maatschappij is echter zo doorweven met het tweeledig onderscheid tussen mannen en vrouwen dat grensoverschrijdende voorbeelden vaak gemarginaliseerd en gestigmatiseerd worden. Van jongs af aan wordt aan kinderen het onderscheid duidelijk aangeleerd en opgelegd.² Afwijkingen van de maatschappelijke normen zijn dan afwijkingen aan de individuele persoon. De mogelijkheid tot uitsluiting en discriminatie is voor velen reden genoeg om de individuele eigenheid te verbergen. Dergelijk normerend gedrag kan voor sommigen erg schadelijk zijn. Het ondergraaft de mentale zelfontplooiing van kinderen en (jong)volwassenen en veroorzaakt daardoor ernstig psychisch lijden.³

3. Toch moet ook erkend worden dat nooit eerder zo hard gestreden werd voor een transformatie van de klassieke genderstereotypen en – rollenpatronen. Zij het soms met tegenwind, nemen transpersonen steeds meer een plaats in bij internationale instrumenten, maar ook in nationale regelgeving. Wat begon met een evolutie in de wetgeving, heeft zich in juni 2019 geuit in een spraakmakend arrest door het Grondwettelijk Hof dat de fundamentele van ons tweeslachtig maatschappelijk stelsel deed daveren (hierna: arrest X).⁴ Dit arrest X legt aan de wetgever de verplichting op om te voorzien in een wettelijk systeem waar ook plaats is voor een neutrale geslachtscategorie. Dergelijke ingrijpende wijziging van het huidige systeem vooronderstelt dan ook belangrijke aanpassingen in de verschillende takken van het Belgische recht.

¹ E. BREMS & L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, 17-23.

² P. HOEBEKE (2020). *Gender in de blender*. Gent, België: Borgerhoff & Lambergits; A. VAN HIEL (2013). *Sociale Psychologie*, Gent, België: Academia Press.

³ Z. DEMIR e.a. (2018-2019). Interfederaal Actieplan tegen discriminatie en geweld ten aanzien van LGBTI-personen 2018-2019. FOD Justitie. 9,11-12.

⁴ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019.

Afdeling 2. Begrippenkader

I. Duiding

4. Om te begrijpen waarover dit werk gaat, wordt eerst duiding gegeven bij een aantal belangrijke gender-en transbegrippen. Hoewel de invulling van de begrippen niet normatief is en er in de doctrine verschillende (onvolledige) invullingen van deze begrippen bestaan, wordt bij voorkeur hoofdzakelijk met de begrippen en definities uit het arrest X gewerkt. Een arrest van het Grondwettelijk Hof is immers steeds een primaire bron van het Belgische recht met aanzienlijk gezag.⁵ Vooralnog bestaan weinig tot geen eenduidige juridische definities inzake gender en transpersonen. Door het definiëren van een aantal gender- en transbegrippen heeft dit arrest dan ook een ‘grote pedagogische waarde’ in het Belgische recht.⁶

II. Begrippen

i. Geslacht of sekse

5. Het begrip dat maatschappelijk gezien de grootste draagwijdte kent, is het begrip ‘*geslacht*’ of ‘*sekse*’. Geslacht is steeds van een binair karakter en dus tweeledig. Dit betekent dat er slechts twee geslachten zijn: het mannelijke en het vrouwelijke geslacht. Iemand kan dus eigenlijk maximaal één geslacht hebben. Dit is dan het fysieke geslacht waarvan hij of zij de ‘biologische, chromosomale en fysieke kenmerken vertoont bij de geboorte.’⁷ Daarom wordt hier soms ook de term ‘*geboortegeslacht*’ gebruikt.

6. Anatomisch gezien vertonen personen in de meeste gevallen slechts de fysieke kenmerken van één van beide geslachten en zijn ze duidelijk in een mannelijk of vrouwelijk lichaam geboren. Of iemand man of vrouw is, wordt gedetermineerd op basis van het 23^{ste} paar chromosomen dat twee lange chromosomen bevat (XX) bij vrouwen en een lang en kort chromosoom (XY) bij mannen.⁸ Klassiekerwijs betekent dit dat een man geboren wordt met een penis met voorhuid, een scrotum met testikels, een prostaat en de bijbehorende organen voor zaadproductie.⁹ Daaraan gekoppeld, produceren de testikels het hormoon testosteron, waardoor andere fysieke kenmerken zoals (schaam)haargroei, spierontwikkeling, stemverlaging en productie van zaadcellen zich (op latere leeftijd) veruitwendigen.¹⁰ Een vrouw wordt daarentegen geboren met een vagina met clitoris en schaamlippen, eierstokken met eileiders en een baarmoeder.¹¹ De eierstokken scheiden het hormoon oestrogeen af, dat (op latere leeftijd) moet

⁵ P. TAELEMAN en G. VERSCHULDEN, *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 143-144.

⁶ P. CANNOOT, “Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af” (noot onder GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019), *T.Fam.* 2020, 17-26, § 12.

⁷ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.2.2.

⁸ F.H. MARTINI & E.F. BARTHOLOMEW. (2017). *Anatomie en fysiologie: een inleiding* (zesde editie), Amsterdam, Nederland: Pearson Benelux B.V.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ S. MELMED, R.J. AUCHUS, A.B. GOLDFINE, R.J. KOENIG and C.J. ROSEN. (2019). *Williams Textbook of Endocrinology* (14th edition). Amsterdam, The Netherlands: Elsevier.

¹¹ F.H. MARTINI & E.F. BARTHOLOMEW. (2017). *Anatomie en fysiologie: een inleiding* (zesde editie), Amsterdam, Nederland: Pearson Benelux B.V.

zorgen voor de fysieke veruitwendiging van het vrouwelijke geslacht in de vorm een menstruatiecyclus met eisprong.¹²

7. De enige uitzondering op dit tweeledige geslachtsprincipe is het principe van interseksualiteit. Intersekse personen maken 1,7 % van onze bevolking uit en zijn geboren met zowel mannelijke als vrouwelijke geslachtskenmerken.¹³ Dit betekent dat een baby bijvoorbeeld met een uitwendig scrotum wordt geboren, maar inwendig ook eierstokken heeft ontwikkeld. Bij de geboorte kan dan niet met zekerheid worden vastgesteld welk geslacht deze persoon heeft en met welke genderidentiteit het kind zich later zal vereenzelvigen.¹⁴

ii. Gender en genderidentiteit

8. Het *gender* is het sociale rollen- en verwachtingspatroon dat aan iemands geslacht wordt gekoppeld. Gender wordt daarom ook wel het ‘het sociale geslacht’ genoemd.¹⁵ Het Hof haalt het begrip gender niet aan, maar deze term is wel van belang voor de context van dit onderzoek.

9. De *genderidentiteit* verwijst daarentegen naar: ‘de persoonlijke beleving van het individu, die al dan niet overeenkomt met het geslacht dat bij geboorte werd toegewezen.’¹⁶ Anders dan bij het fysieke geslacht, hoeft deze beleving niet gekoppeld te worden aan fysieke kenmerken en wordt de genderidentiteit psychisch-intrinsiek beleefd. Deze intrinsieke beleving hangt sterk vast aan de persoonlijke autonomie en het zelfbeschikkingsrecht dat persoonlijke keuzes boven maatschappelijke normen stelt.¹⁷

a. Binaire genderidentiteit

10. Iemands genderidentiteit kan binair, dan wel non-binair zijn. Iemand met een *binair genderidentiteit* houdt vast aan de tweeledige keuzemogelijkheid tussen mannen en vrouwen. Binaire personen identificeren zich dan **ofwel** als man, **ofwel** als vrouw. Deze genderidentiteit is dan opnieuw onafhankelijk van de fysieke kenmerken, die iemand

¹² S. MELMED, R.J. AUCHUS, A.B. GOLDFINE, R.J. KOENIG and C.J. ROSEN. (2019). *Williams Textbook of Endocrinology* (14th edition). Amsterdam, The Netherlands: Elsevier.

¹³ J. CLARKE, “They, them and theirs”, *Harv. L. Rev.* 2019, (894) 898; Intersekse Vlaanderen. (2020, 7 april). Wat is intersekse? Geraadpleegd van <https://www.interseksevlaanderen.be/>.

¹⁴ Intersekse Vlaanderen. (2020, 7 april). Wat is intersekse? Geraadpleegd van <https://www.interseksevlaanderen.be/>; P. HUYGHEBAERT. (2020, 26 februari). Voorlopig geen verbod op behandelingen intersekse kinderen zonder inspraak, wel een infocampagne. *VRT NWS*. Geraadpleegd van <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2020/02/21/minister-van-gelijke-kansen-muyllveel-onwetendheid-over-inte/>.

¹⁵ C. FINE. (2017). *Testosteron Rex: het einde van de gendermythe* (eerste editie). Tiel, België: Lannoo.

¹⁶ MvT, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr. 3483/001,4; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.2.2.

¹⁷ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.5.5; EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, Pretty/Verenigd Koninkrijk, § 61; EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, Van Kück/Duitsland, §69; EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06, Schlumpf/Zwitserland, §77.

heeft.¹⁸ Individuen, waarvan het geboortegeslacht overeenstemt met de innerlijk beleefde genderidentiteit worden *cisnormatief* genoemd. Zij hebben steeds een binaire genderidentiteit.¹⁹

b. Non-binaire genderidentiteit of genderqueer

11. Een *non- binaire genderidentiteit* daarentegen is niet exclusief gekoppeld aan een mannelijke of een vrouwelijke identiteit.²⁰ Deze personen identificeren zich niet met het tweezijdige stelsel en vallen vooralsnog niet echt binnen een vaste maatschappelijke categorisatie. In het arrest worden deze personen door de verwerende partij intergenders genoemd. Deze term wordt in de doctrine echter niet algemeen aangenomen. De term intergenders vertrekt volgens transorganisaties nog te vaak vanuit het principe dat in termen van gender wordt gedacht, waar dat bij non-binair net niet het geval is.²¹

12. Tal van mengvormen of voorbeelden van complete genderloskoppeling vallen onder deze non-binaire categorie. Iemand die een non-binaire genderidentiteit heeft of *genderqueer* is, vormt zijn genderidentiteit dan op basis van verschillende individuele elementen. Deze elementen hoeven echter niet *per se* mannelijk of vrouwelijk te zijn om tot een genderidentiteit te komen. Non-binaire individuen koppelen de seksuele identiteit vaak volledig los van het genderconcept, omdat zij er zich niet persoonlijk mee associëren of het algemene concept gewoonweg niet aanvaarden.²²

c. Fluïde genderidentiteit

13. Personen met een *fluïde genderidentiteit* hebben een genderidentiteit, die ‘aan een natuurlijke evolutie onderhevig is.’²³ Ook deze personen vallen in het arrest onder de noemer intergenders. De genderidentiteit van deze personen staat dus niet definitief vast en kan zowel binair als non-binair zijn. Er zijn dan bijvoorbeeld personen met een binaire fluïde genderidentiteit, die zich in een bepaalde periode van het leven volledig man voelen, maar op een ander moment in datzelfde leven volledig vereenzelvigen met een vrouw. Er zijn bijvoorbeeld ook personen met een non-binaire fluïde genderidentiteit, die zich gedurende hun levensloop op verschillende manieren seksueel identificeren, zonder daarbij steeds te kiezen voor een mannelijke of vrouwelijke identiteit. Het idee van genderfluïditeit houdt daarnaast (uiteeraard) ook in dat personen van een binaire genderidentiteit, naar een non-binaire genderidentiteit kunnen evolueren of omgekeerd.

¹⁸ C. RICHARDS et al. (eds.) (2017). *Critical and Applied Approaches in Sexuality, Gender and Identity: Genderqueer and non-binary genders* (first edition) London, United Kingdom: Palgrave Macmillan.

¹⁹ G. VERSCHULDEN, “Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie?”, T.Fam. 2018, (66) 66.

²⁰ J. CLARKE, “They, them and theirs”, *Harv. L. Rev.* 2019, (894) 897.

²¹ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.3.1.

²² C. RICHARDS et al. (eds.) (2017). *Critical and Applied Approaches in Sexuality, Gender and Identity: Genderqueer and non-binary genders* (first edition) London, United Kingdom: Palgrave Macmillan.

²³ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.3.1.

iii. *Transgender of transpersoon*

14. Alle personen van wie de genderidentiteit niet overeenstemt met het oorspronkelijk geregistreerde geboortegeslacht worden *transgenders* genoemd.²⁴ Deze personen voelen dan een incongruentie tussen de innerlijke genderbeleving en de uiterlijke geslachtsbepaling. Ook personen met een non-binaire en fluïde genderidentiteit vallen onder deze overkoepelende parapluterm. De term transpersoon treedt tegenwoordig vaak in de plaats van transgender, omdat de genderidentiteit van een individu meer en meer losgekoppeld wordt van gender, als sociale constructie.²⁵

15. Een nuance moet daarbij worden gemaakt met de term *transseksuelen*. Transseksuelen zijn: ‘transpersonen, die medische aanpassingen van het uiterlijke geslacht ondergaan en dus man of vrouw worden.’²⁶ Zij ondergaan daarvoor medisch ingrijpende behandelingen zoals geslachtsoperaties of hormoontherapieën.²⁷ Daarmee brengen zij het eigen fysieke geslacht in overeenstemming met de innerlijke beleefde genderidentiteit. Transseksualiteit is volgens transgenderorganisaties echter een begrip dat ‘verouderd is, en minder oog heeft voor de diversiteit in de transgendergroep of voor het feit dat identiteit een hoogstpersoonlijk aanvoelen is.’²⁸ Alle transseksuelen zijn dus transpersonen, maar niet alle transpersonen zijn transseksuelen.

16. Wanneer over transpersonen wordt gesproken, wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen transmannen en transvrouwen. Transmannen zijn dan individuen, geboren als vrouw met een mannelijke genderidentiteit. Transvrouwen zijn dan individuen, geboren als man en met een vrouwelijke genderidentiteit. Deze termen zijn enkel van toepassing op personen met een binaire genderidentiteit.

iv. *Genderexpressie*

17. Het begrip genderidentiteit dient tenslotte te worden losgekoppeld van wat *genderexpressie* wordt genoemd. Waar genderidentiteit de persoonlijke en intrinsieke beleving van iemands gender vormt, is genderexpressie de expressieve tegenpool daarvan. Dat is dan wat de buitenwereld te zien krijgt. Door genderexpressie geven mensen vorm aan hun genderidentiteit en aan de manier waarop deze door anderen wordt waargenomen.²⁹

²⁴ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.2.3.

²⁵ F. FONTEYN, ‘Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet’ (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §11.

²⁶ GwH 19 juni 2019, nr. 99/201, overweging B.2.3.

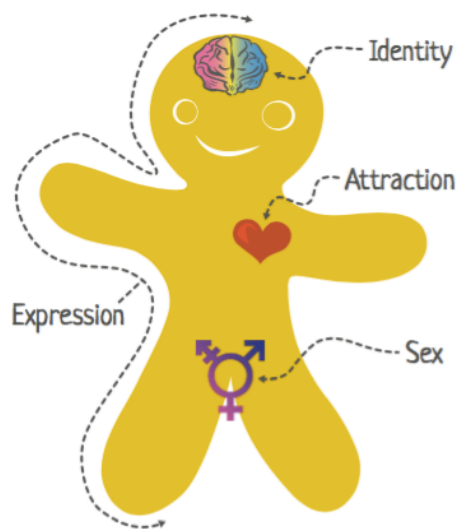
²⁷ The World Professional Association for Transgender Health. (2012) *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Non-Conforming People* (seventh edition). XX; Transgender Infopunt. (2012). *Transgender Zorgpad* (eerste editie). XX.

²⁸ GwH 19 juni 2019, nr. 99/201, overweging A.1.

²⁹ MvT, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr. 3483/001, 4.

18. Iemands innerlijke genderidentiteit stemt niet *per se* overeen met de manier waarop deze persoon het gender publiekelijk uitdrukt.³⁰ Dit is een belangrijke nuance bij de statistieken van transpersonen. Er is immers een grote groep van wat ‘verborgen transpersonen’ wordt genoemd. Deze groep personen is onzichtbaar in de statistieken, omdat zij de innerlijke gevoelswereld niet expressief wensen uit te dragen in de samenleving. Dit gebeurt dan noch in de vorm van medische aanpassingen, noch in de vorm van een juridisch statuut.³¹

The Genderbread Person v4 by its pronounced METROsexual.com



Figuur 1. The Genderbread Person by Sam Killermann and itspronouncedmetrosexual.com ©³²

III. De interpretatie van genderbegrippen door het Grondwettelijk Hof

19. Er dienen twee belangrijke opmerkingen te worden gemaakt bij de manier waarop het Grondwettelijk Hof bovengenoemde begrippen heeft gebruikt. Enerzijds bevestigt het Hof hier een kunstmatig onderscheid tussen geslacht en gender. Dit onderscheid wordt binnen de genderstudies meer en meer afgedaan als: ‘door de samenleving geconstrueerd.’ Wat onder geslacht en gender valt, is volgens deze strekking maatschappelijk opgelegd en komt dus niet noodzakelijk overeen met de intrinsieke beleving van het individu. Het Hof vergeet hier dus te vermelden dat gender een sociocultureel fenomeen is. Gender is als begrip dan sterk verwant met het sociale verwachtingspatroon dat gekoppeld wordt aan wat men ‘mannelijk’ of ‘vrouwelijk’ noemt.³³

³⁰ S. KILLERMANN. (2016). *A guide to gender: The Social Justice Advocate's Handbook* (second edition), Houston, United States of America: Impetus Books.

³¹ Transgender Infopunt (Informatiecentrum Transpersonen). (2020, 27 februari). Cijfers, Geraadpleegd van <https://transgenderinfo.be/t/pers/cijfers/>.

³² Afbeelding door S. KILLERMANN, *The Genderbread Person* (2018). Geraadpleegd van: <https://www.itspronouncedmetrosexual.com/2018/10/the-genderbread-person-v4/>.

³³ F. SWENNEN, Het personen-en familierecht: een benadering in context, Antwerpen, Intersentia, 2019, 103; F. FONTEYN, ‘Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet’ (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §11.

20. Het Grondwettelijk Hof had met het arrest 99/2019 een uitzonderlijke kans om de wetgever in de richting van een evolutief en progressief (trans)genderconcept te leiden, aangezien nog weinig tot geen wettelijke definities over deze (trans)genderconcepten bestaan. Terminologie is een vaak voorkomend obstakel binnen de genderstudies, net omdat zoveel verschillende invullingen van een enkelvoudig concept bestaan. Een correcte en eenduidige wetkrachtige terminologie is bijgevolg erg belangrijk voor de ontwikkeling van de persoonlijke identiteit van transpersonen. Het Hof had hier niet enkel de mogelijkheid, maar ook de ruime beoordelingsvrijheid om progressiviteit en conceptuele helderheid te bereiken. Voor dergelijke evolutie leek het rechtspraakgewijs helaas nog te vroeg, wat door sommigen een gemiste kans wordt genoemd.³⁴

21. In het licht van deze kritieken blijkt “*Genderidentiteit en strafrecht: implicaties van het nieuwe geslacht X*” op terminologisch gebied eigenlijk een geschiktere titel voor deze masterproef te zijn. Genderidentiteit focust immers enkel op de autonome, innerlijke beleving van de (trans)persoon. Daarbij moet geen rekening worden gehouden met het sociale verwachtingspatroon. Met arrest X in het achterhoofd lijkt dergelijke titel dan beter gepast.

Afdeling 3. De rechten van transpersonen: een chronologie

22. Nu de belangrijkste begrippen geïntroduceerd zijn, wordt bijkomend duiding gegeven bij de wettelijke basis van de aanpassing der geslachtsregistratie en het spraakmakende arrest X dat daaruit is voortgekomen. De rechten van transpersonen in België worden op die manier even kort samengevat.

I. De Transgenderwet: een chronologie

23. De wetgevende shift die het onderwerp van dit onderzoek uitmaakt, is het rechtstreekse gevolg van het arrest 99/2019 dat op 19 juni 2019 door het Grondwettelijk Hof werd uitgesproken.³⁵ Voor dit arrest fungeren vzw Cavaria, vzw Regenbooghuis en vzw Genres Pluriels als verzoekende hoofdrolspelers, die een gedeeltelijke vernietiging vorderen van bepaalde elementen uit de wet van 25 juni 2017 tot hervorming van regelingen inzake transgenders, wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft (hierna: Transgenderwet).³⁶

24. Deze Transgenderwet kwam er onder invloed van nationale en internationale kritieken op de wet van 10 mei 2007, inzake de transseksualiteit (hierna: Transseksualiteitswet).³⁷ Deze Transseksualiteitswet voorzag in een mogelijkheid tot geslachtsaanpassing voor transseksuele personen. De voorwaarden om onder het toepassingsgebied

³⁴ MvT, Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 49; F. FONTEYN, “Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet” (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §13.

³⁵ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019.

³⁶ Wet van 25 juni 2017 tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *BS* 10 juli 2017 (hierna: Transgenderwet).

³⁷ De wet van 10 mei 2007 betreffende de transseksualiteit, *BS* 11/07/2007 (hierna: Transseksualiteitswet).

van deze Transseksualiteitswet te vallen, waren echter steeds van een medische aard en achtten chirurgische of zware hormonale ingrepen noodzakelijk. Aan de medische voorwaarden moest worden voldaan voordat een wijziging van het geslacht als element van de burgerlijke staat werd toegestaan. De *ratio legis* van deze wetgeving achtte het noodzakelijk om ‘de innerlijke overtuiging en de lichamelijke met elkaar te verzoenen.’³⁸ Het was onder meer de voorwaarde van verplichte sterilisatie, die internationaal vatbaar werd voor kritiek.³⁹ Daarnaast bood de wet geen afdoende oplossing voor afstammingsproblemen van transseksuelen binnen het familierecht.⁴⁰

25. Om de wetgeving inzake transpersonen in overeenstemming te brengen met de internationale mensenrechtenverplichtingen, werd de Transseksualiteitswet in 2017 dan vervangen door de Transgenderwet.⁴¹ Door een afschaffing van alle medische voorwaarden hanteert het toepassingsgebied van deze Transgenderwet een meer open benadering, waarbij het individuele recht op zelfbeschikking centraal staat.⁴² Individuen kunnen daardoor het juridische geslacht éénmalig wijzigen, zonder daarvoor aan strikte voorwaarden gebonden te zijn.

i. Het individuele recht op zelfbeschikking in de Transgenderwet

26. Het individuele recht op zelfbeschikking vloeit voort uit het recht op een privé- en gezinsleven, dat verankerd ligt in artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM).⁴³ Dit recht op privéleven omvat een recht op persoonlijke autonomie en zelfbeschikking. De vrijheid om de seksuele identiteit te definiëren is daarvan één van de meest essentiële elementen.⁴⁴

27. Volgens Yves-Henri LELEU en Gerd VERSCHULDEN impliceert dit individuele recht op zelfbeschikking dat de burgerlijke staat van de persoon beschikbaar is geworden, waar dat vroeger niet mogelijk was.⁴⁵ Volgens het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) is de staat van de persoon het geheel van bepaalde hoedanigheden van een persoon die zijn rechtspositie in de familie en in de maatschappij bepalen en die hem onderscheiden van de andere personen wat het bezit en de uitoefening van bepaalde rechten betreft.⁴⁶ Daarvoor zijn bepaalde fysieke, psychische en civielrechtelijke eigenschappen relevant, waaronder het geslacht, de naam of de nationaliteit.⁴⁷ Dit zijn dan de elementen van iemands burgerlijke staat. De staat van de persoon is in principe onbeschikbaar. Individuen kunnen enkel over hun burgerlijke staat beschikken in de restrictief door de wet voorziene gevallen en op de door de wet

³⁸ Wetsvoorstel betreffende de transseksualiteit (H. VAUTMANS e.a.), *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 0903/001, 3.

³⁹ MvT, Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overwegingen A.2.2 en B.1.1.

⁴⁰ *Ibid.*, 3.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, 8.

⁴³ Art. 22 Gw; art. 8 EVRM.

⁴⁴ GwH 19 juni 2019, nr. 99/201, overweging B.5.5; EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06, Schlumpf/Zwitserland, §100; EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, Van Kück/Duitsland, §69 en §73; EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, Pretty/Verenigd Koninkrijk, § 61.

⁴⁵ G. VERSCHULDEN, “Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie?”, *T.Fam.* 2018, (66) 68; Y.H. LELEU (2019). *De individualisering van het personen-en familierecht: de wet schaakmat? Transgenderisme en meemoederschap: wetgeving “à-la-carte” ten dienste van minderheden*. Inaugurale rede Francqui Leerstoel Universiteit Gent 2018-2019.

⁴⁶ Art. 6, §2 BW.

⁴⁷ Gent (11^e kamer) 27 november 2014, *T. Fam.* 2015.

bepaalde wijze.⁴⁸ Normaal gezien worden zware procedures gekoppeld aan de wijzigingen van de individuele staat van een persoon. LELEU stelt dat er recentelijk echter een verschuiving in het denken is ontstaan, die de interne beleving van een persoon vooropstelt en de loutere wilsverklaring van die persoon aanvaardt als enige voorwaarde om tot een wijziging van de individuele staat van de persoon over te gaan.⁴⁹

28. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft het beginsel van individuele zelfbeschikking daarbij ook uitdrukkelijk betrokken in de transrechtspraak. België heeft deze rechtspraak strikt opgevolgd en vormt één van de Europese koplopers op vlak van progressieve transwetgeving met zelfbeschikkingsrecht als kern.⁵⁰ Niettegenstaande werpen zowel verzoekende partijen als het Grondwettelijk Hof kritische vragen op over de tegenstellingen tussen het progressief uitgedragen gedachtegoed van de Belgische wetgever en hoe de wetgeving in de praktijk eerder conservatief tot uiting werd gebracht.⁵¹

ii. Procedurele waarborgen in de Transgenderwet

29. De wetgever heeft met de Transgenderwet een aantal procedurele obstakels als waarborgen geïmplementeerd. De waarborgen vormen wettelijke buffers, die potentiële fraude of lichtzinnige aanpassingen bij de aanpassing van de geslachtsregistratie moeten tegengaan.⁵² Deze waarborgen vormen zekerheden opdat het individuele recht op zelfbeschikking niet al te vrijpostig wordt beleefd. Het principe van zelfbeschikking vormt dan nog steeds de basis van de Transgenderwet, maar beperkingen met het oog op legitieme doelstellingen blijven mogelijk.⁵³ Het is in dit geval bijvoorbeeld van belang dat de persoon, die zijn of haar geslacht wenst te wijzigen, voldoende voorgelicht is over de juridische en maatschappelijke gevolgen daarvan. Daarna wordt deze persoon verplicht om een bepaalde bedenktijd uit te zitten opdat diens keuze voldoende doordacht zou zijn.⁵⁴

30. Er is bij de geslachtsaanpassing daarnaast ook een rol als ‘gatekeeper’ weggelegd voor de Procureur des Konings. In geval van strijdigheid met de openbare orde kan deze immers een negatief advies verlenen voordat de procedure een einde kent of achteraf een nietigheid van de aanpassing vorderen.⁵⁵ De rol van de Procureur des Konings komt later in dit onderzoek uitgebreider aan bod.

⁴⁸ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 83; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.2.2.

⁴⁹ Y.H. LELEU (2019). *De individualisering van het personen-en familierecht: de wet schaakmat? Transgenderisme en meemoederschap: wetgeving “à-la-carte” ten dienste van minderheden*. Inaugurele rede Francqui Leerstoel Universiteit Gent 2018-2019.

⁵⁰ F. FONTEYN, “Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet” (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §16; P. CANNOOT, “Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af” (noot onder GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019), *T.Fam.* 2020, 17-26, § 27.

⁵¹ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overwegingen A.4.1 en B.6.5.

⁵² MvT, Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 4; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.1.2.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Art. 3, §3, tweede lid en §5 Transgenderwet.

⁵⁵ Art. 3, §4 en §9 Transgenderwet.

31. Een andere belangrijke waarborg situeert zich in het ‘principieel onherroepelijke karakter’ van de geslachtswijziging. Dit betekent dat de wijziging van het geslacht in principe maar één keer kan worden doorgevoerd. Indien de persoon zijn of haar geslacht voor een tweede keer wenst aan te passen, dan kan dit alsnog via de familierechtbank. Voordat deze procedure aanhangig kan worden gemaakt, zijn evenwel uitzonderlijke omstandigheden nodig.⁵⁶ Voorbeelden van uitzonderlijke omstandigheden zijn bijvoorbeeld transfobie of dwaling.⁵⁷ Het individu kan dan voor de familierechtbank beargumenteren dat hij de gevolgen van dergelijke aanpassing niet op voorhand had voorzien of dat zijn fysieke en mentale welzijn onder de beslissing te lijden hebben.⁵⁸ Daarbij is de procedure voor de familierechtbank een definitief eindpunt van de mogelijkheid tot geslachtsaanpassing en wordt automatisch en eenmalig naar het geboortegeslacht teruggekeerd.⁵⁹

iii. Bestreden bepalingen in de Transgenderwet

32. De vernieuwde Transgenderwet voorziet dus in een versoepelde procedure, waarin het mogelijk wordt voor (trans)personen om op basis van de eigen vrije wil tot een wijziging van geslachtsregistratie en voornaamswijziging over te gaan. Deze versoepelde procedure ligt vervat in artikel 3 en 11 van de Transgenderwet.⁶⁰ Deze procedure is geënt op het individuele zelfbeschikkingsrecht en heeft tot doel de medische aanpassingen niet langer als voorwaarden te beschouwen, wanneer iemand zijn of haar geslacht wenst te wijzigen.⁶¹ De eigen individuele genderidentiteit, anders dan de fysieke geslachtskenmerken zijn daardoor voldoende om tot een wijziging van de juridische geslachtsregistratie over te gaan. De wetgever voorziet hiermee dus impliciet in een registratie van de genderidentiteit, naast de klassieke registratie van het geslacht.

33. De versoepelde procedure is in beginsel echter onherroepelijk. Transpersonen kunnen met andere woorden in principe slechts eenmalig gebruik maken van deze procedure. Indien transpersonen hun geslacht of voornaam meerdere malen wensen te wijzigen, worden zij daarbij dus gehinderd door procedurele obstakels.⁶² Het was met name de principiële onherroepelijkheid van de aanpassing, die de verzoekende partijen vernietigd wensten te zien, wegens strijdigheid met de Grondwet en het EVRM. Voor non-binaire of fluïde transpersonen beantwoordt deze vorm van geslachtsregistratie immers niet aan de realiteit van hun genderidentiteit.

⁵⁶ Art. 3, §10 Transgenderwet.

⁵⁷ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.8.3; MvT, Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 6.

⁵⁸ MvT, Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 18.

⁵⁹ Art. 3, §10 en art. 11, eerste lid Transgenderwet.

⁶⁰ Het gaat hierbij om de vernietiging van artikel 3, § 3, tweede alinea, eerste zinsdeel van de Transgenderwet; de vernietiging van artikel 3, §5, 3^o, eerste zin van de Transgenderwet; de vernietiging van artikel 3, § 10 van de Transgenderwet en de vernietiging van artikel 11, tweede alinea, laatste zin van de Transgenderwet (zie ook: Bijlage 1 in annex).

Artikel 3 van de Transgenderwet wijzigt het artikel 62*bis* BW. Dit artikel 62*bis* BW is onder invloed van de wet van 18 juni 2018 (*BS* 2 juli 2018) ondertussen omgezet in artikel 135/1 BW. Artikel 11 van dezelfde Transgenderwet wijzigt het artikel 2 van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen. Dit laatste artikel werd ondertussen vervangen door artikel 370/3, §4 BW; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.3 en B.1.5.

⁶¹ Zie *supra* 25.

⁶² Art. 3 en art. 11 Transgenderwet.

II. Arrest X: een chronologie

34. Het Grondwettelijk Hof gaat in de zaak ‘X’ enerzijds na of het onherroepelijke karakter van de geslachtsaanpassing niet strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (hierna: Gw.)⁶³ Artikel 10 Gw. bepaalt enerzijds dat alle Belgen gelijk zijn voor de wet en dat de gelijkheid van mannen en vrouwen moet worden gewaarborgd.⁶⁴ Artikel 11 Gw. stelt anderzijds dat het genot van de rechten en vrijheden dat zonder discriminatie aan de Belgen werd toegekend, steeds moet worden verzekerd.⁶⁵ Het Hof toetst de wettigheid van de onherroepelijkheid daarnaast ook aan artikel 22 Gw. in samenhang gelezen met artikel 8 van het EVRM.⁶⁶ Deze artikelen gaan beiden over het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en zijn volgens het Grondwettelijk Hof onlosmakelijk met elkaar verbonden.⁶⁷ Hoewel verzoekende partijen graag een toetsing aan het artikel 23 Gw. hadden gezien, besliste het Hof dat er niet voldoende argumenten werden aangegeven, die een toetsing aan dit artikel over het recht op een menswaardig leven zouden rechtvaardigen.⁶⁸ Anderzijds toetst het Hof ook het gebrek aan een non-binaire keuzemogelijkheid aan dezelfde artikelen.

35. Een onderscheid tussen twee vergelijkbare categorieën van personen moet gebaseerd zijn op een objectieve en redelijke verantwoording door de wetgever. De maatregel moet dan in verhouding zijn met het beoogde doel, en ook proportioneel.⁶⁹ In dit geval wordt door beide partijen aangegeven dat het gaat om een onderscheid tussen transpersonen met een binaire genderidentiteit en transpersonen met een non-binaire of fluïde genderidentiteit.

36. Wat deze zaak betreft, ging het Grondwettelijk Hof dus eigenlijk het volgende na:

- 1) **Wordt het individuele recht op zelfbeschikking (als pilaar van de Transgenderwet) afdoende gerespecteerd?**
- 2) **Is het onderscheid tussen binaire transpersonen en non-binaire of fluïde transpersonen redelijk verantwoord?**
- 3) **Zijn de beperkingen inzake het onherroepelijke karakter van de geslachtswijziging redelijk verantwoord?**

⁶³ Artikelen 10 en 11 Gw.

⁶⁴ Artikel 10 Gw.

⁶⁵ Artikel 11 Gw.

⁶⁶ Artikelen 22, 23 Gw. en 8 EVRM.

⁶⁷ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.5.4; Herziening van titel II van de Grondwet om een artikel 24^{quater} in te voegen betreffende de eerbiediging van het privéleven, *Parl.St. Kamer*, 1992-1993, nr. 997/5, 2.

⁶⁸ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.5.7.

⁶⁹ C. BEHRENDT & M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch Staatsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 712-713; ArbH 13 oktober 1989 nr. 23/89, Biorim, overweging B.1.3.

37. De argumentatie van beide partijen is erg uitgebreid en overstijgt de onderzoeksvraag van deze thesis. Daarom worden enkel de juridische hoofdpunten en argumentatielijnen uitgewerkt, die van belang zijn voor een onderzoek inzake de gevolgen van dit arrest X op het huidige Belgische strafrecht.⁷⁰

i. Argumentatie van de verzoekende transorganisaties

38. De verzoekende partijen beargumenteren dat de wetgever de bedoeling heeft gehad om voor de Transgenderwet een inclusief toepassingsgebied te hanteren.⁷¹ De parlementaire voorbereidingen stellen immers dat: het de bedoeling is om: ‘alle individuele personen maximale kansen te bieden om zich te ontplooiën tot wie ze werkelijk zijn.’⁷² Een onderscheid tussen binaire en non-binaire of fluïde transpersonen maakt volgens de verzoekende partijen dus niet alleen een schending van het gelijkheidsbeginsel uit, maar gaat ook in tegen de beschermingsbedoelingen van de wetgever. Zij stellen in dit verband het volgende:

“De maatschappij aanvaardt thans diverse genderexpressies en onderscheidt het biologische geslacht, de genderidentiteit en de seksuele geaardheid, waarbij het recht op zelfbeschikking de norm moet zijn. (...) Genderidentiteit is geen vaststaand gegeven. Hoe iemand zijn gender beleeft en benoemt is een erg persoonlijke aangelegenheid, die bovendien evolutief kan zijn. Genderfluiditeit is een realiteit.”⁷³

39. Ook de niet binaire en fluïde transpersonen moeten volgens de verzoekers tot het toepassingsgebied van de Transgenderwet kunnen behoren. Dit betekent dat zij afdoende mogelijkheden moeten hebben om de aanpassing van het juridische geslacht door te voeren, in lijn met de eigen genderidentiteit. Non-binair zijn bij de geslachtswijziging blijvend beperkt door de binair gelimiteerde keuzemogelijkheden. Fluïde transpersonen worden daarnaast beperkt door de principiële onherroepelijkheid en het definitieve karakter van de geslachtswijziging. Geen realistische geslachtswijziging voorzien voor non-binaire of fluïde transpersonen is volgens de verzoekers dan ook een uitholling van het individuele recht op zelfbeschikking. Verzoekende partijen beargumenteren voornamelijk dat het door de wetgever gemaakte onderscheid niet pertinent zou zijn. In beide gevallen gaat het om personen van wie de genderidentiteit niet in overeenstemming is met de verwachtingen, die de samenleving aan de geslachtskenmerken van de betrokken personen koppelt.⁷⁴

40. Het onderscheid tussen binaire, niet binaire en fluïde transpersonen in de vorm van het ‘obstakel der onherroepelijkheid’ biedt volgens verzoekers daarnaast ook geen bijzondere waarborg om misbruiken te voorkomen. Er is immers geen bewijs dat de mogelijkheid van identiteitsfraude zou stijgen bij meerdere aanpassingsmogelijkheden. De belangrijke rol van de Procureur des Konings als ‘gatekeeper’ van de openbare orde

⁷⁰ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.1. tot A.5.4.2.

⁷¹ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 9; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.1.

⁷² *Ibid.*

⁷³ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.1.

⁷⁴ *Ibid.*

schijnt hier dan nog te vaak te worden vergeten.⁷⁵ Dat in de wet waarborgen zijn ingebouwd om misbruiken zoals identiteitsfraude tegen te gaan, komt volgens de verzoekende organisaties vanuit een irrationele angst tegenover gender-non-conformiteit en genderfluiditeit.⁷⁶ De doelstellingen van de wet worden daarmee naar de achtergrond verdreven en maken plaats voor een alternatieve invulling van het recht op zelfbeschikking, dat nog steeds teveel statelijke invloeden zou vertonen.

ii. Argumentatie van de verwerende Ministerraad

41. Volgens de verwerende partij overkoepelt de Transgenderwet enkel: ‘personen wier aanvoelen als man of vrouw tegengesteld is aan het geregistreerd geboortegeslacht.’ De geslachtswijziging is dan niet bedoeld voor non-binaire of fluïde transpersonen. De wetswijziging wordt hier volgens hen aangegepen om voor het Grondwettelijk Hof ‘bijkomende rechten af te dwingen voor de personen, wier situatie niet door de bestreden wet wordt geregeld.’⁷⁷ De verwerende partij maakt hier een onderscheid tussen intergenders en transgenders, waar deze volgens de verzoekende transorganisaties onder dezelfde noemer horen te vallen.⁷⁸

42. De incongruentie tussen het geregistreerde geboortegeslacht en de beleefde genderidentiteit is volgens de Ministerraad per definitie volledig bij transgenders en slechts gedeeltelijk bij intergenders. Verweerders veronderstellen daarbij dat het leed en de ongemakken, die voortvloeien uit een incongruente geslachtsregistratie minder groot zijn voor intergenders, dan voor transgenders.⁷⁹ Het onderscheid is volgens de verwerende Ministerraad dan ook redelijk verantwoord en gebaseerd op legitieme doelstellingen.

43. Ook de principiële onherroepelijkheid van de geslachtsregistratie dient volgens de verwerende partij een legitiem doel. De wetgever heeft met de ingebouwde waarborgen identiteitsfraude willen vermijden en de onbeschikbaarheid van de burgerlijke staat van de persoon willen beschermen. Dit laatste principe poogt dan om de betrouwbaarheid en de coherentie van de burgerlijke registers en de rechtszekerheid binnen de samenleving te waarborgen.⁸⁰ De betrouwbaarheid van het systeem zou in het gedrang kunnen komen, indien veelvuldig van geslacht kan worden gewijzigd. Een aanpassing in het voordeel van de intergenders zou daarnaast ook erg omvangrijk en ingrijpend zijn voor het Belgische rechtssysteem in zijn totaliteit.

iii. Oordeel van het Grondwettelijk Hof

44. Het Grondwettelijk Hof besluit dat de Belgische wetgever niet heeft gehandeld volgens het eigen progressieve gedachtegoed dat het fundament van de nieuwe Transgenderwet vormt. Het Hof besluit bijgevolg tot

⁷⁵ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.1.

⁷⁶ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.1.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.2.2.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.2.2.

gedeeltelijke vernietiging van de artikelen 3 en 11 van de Transgenderwet, wat betreft het onherroepelijk karakter van de geslachtswijziging en de onmogelijkheid van een non-binaire registratie.⁸¹ Het Hof stelt hier het volgende:

“De wetgever hanteert geen pertinent criterium van onderscheid door de aanpassing van registratie mogelijk te maken voor personen met een binaire genderidentiteit en niet voor personen met een niet- binaire genderidentiteit. Voor beide categorieën van personen moet immers uit het beginsel van zelfbeschikking op dezelfde wijze voortvloeien dat bij de aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van de geboorte rekening kan worden gehouden met de innerlijk beleefde genderidentiteit en dit ongeacht of die binair, dan wel niet binair is.”⁸²

45. Het Hof herhaalt dat het de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever is geweest om met de Transgenderwet: ‘alle individuen maximale kansen te bieden om zich te ontplooien tot wie ze werkelijk zijn, zonder daarvoor aan buitensporige eisen te moeten voldoen.’⁸³ Het Hof oordeelt daarmee dat een binaire geslachtsregistratie onrechtvaardig is voor non-binaire en fluïde transpersonen, van wie het de genderidentiteit onvoldoende weergeeft. Het Grondwettelijk Hof bepaalde in dit verband dat het niet redelijk verantwoord is dat personen met een non-binaire of fluïde genderidentiteit een geslachtsregistratie dienen te aanvaarden, die niet overeenstemt met hun innerlijke genderidentiteitsbeleving. Dit terwijl aan personen met een binaire genderidentiteit wel zo’n verzaaiend voorrecht wordt verleend.⁸⁴ Bijkomende noodzakelijke aanpassingen aan het rechtssysteem mogen, volgens het Hof, van de samenleving redelijkerwijs worden verwacht, om toe te staan dat non-binaire personen een waardig leven kunnen leiden dat in overeenstemming is met de genderidentiteit die ze zelf hebben gekozen.⁸⁵ Dit argument wortelt zich onder meer in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁸⁶

46. Het Hof benadrukt vervolgens ook dat niet valt in te zien waarom de wettelijke waarborgen niet langer zouden volstaan bij een herhaalde aanpassing. Het in beginsel onherroepelijke karakter van de procedure valt volgens het Hof dan ook niet te rechtvaardigen.⁸⁷ De procedure voor de familierechtbank moet daarbij als een uitzondering worden beschouwd en niet als een afdoende alternatief.⁸⁸ Een bijkomende laatste procedure bij de familierechtbank is een stuk ingewikkelder dan de eerste versoepelde aanpassingsprocedure en vormt op geen enkele manier een volwaardig alternatief voor personen met een fluïde genderidentiteit, waarbij aan de toepassingsvoorwaarde van de uitzonderlijke omstandigheden meestal niet is voldaan.⁸⁹ De familierechtbank vormt daarnaast geen permanente oplossing voor genderfluïden, aangezien de geslachtsaanpassing slechts eenmalig kan worden herzien en er dan

⁸¹ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.1.5, B.8.8. en *dictum*.

⁸² *Ibid.*, overweging B.6.5.

⁸³ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 9; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.6.5.

⁸⁴ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.8.8.

⁸⁵ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.6.6.

⁸⁶ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Christine Goodwin/UK, § 91.

⁸⁷ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overwegingen B.8.4 en B.8.5.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.8.7; Art. 3, §10 Transgenderwet en artikel 11, tweede lid Transgenderwet.

definitief wordt teruggeschakeld naar het oorspronkelijke geboortegeslacht. Dit geboortegeslacht ligt immers niet in lijn met de genderidentiteit van deze personen. Personen met een fluïde genderidentiteit evolueren dan steeds in de eigen beleving van het gender en worden door deze regeling onbuigzaam aan een juridisch fictie vastgekoppeld, dat veraf ligt van de persoonlijke identiteit en intrinsieke realiteit.

47. Het Hof heeft daarbij duidelijk gesteld dat het niet beschikt over een gelijkwaardige beoordelingsbevoegdheid als die van de wetgever. Het is dan enkel aan de wetgever om op basis van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet een regeling te treffen die vastgestelde ongrondwettigheid terug neutraliseert. Er zijn verschillende mogelijkheden om deze ongrondwettigheid te verhelpen. Er zou een bijkomende categorie X kunnen worden gecreëerd, die de mogelijkheid van totale inclusie biedt voor zij die zich niet (volledig) met het mannelijke of het vrouwelijke geslacht wensen te identificeren. Anderzijds kan ook de registratie van het geslacht als element van de burgerlijke staat volledig uit de rechtsorde worden geschrapt. In dat geval wordt het geslacht als element van de burgerlijke staat afgeschaft voor alle categorieën van personen, zonder dat enig verband kan worden gelegd met de beleving van de genderidentiteit. In beide gevallen gaat het over een belangrijke procedurele wijziging, met vergaande maatschappelijke gevolgen.⁹⁰

HOOFDSTUK 2. PROBLEEMSTELLING VAN HET ONDERZOEK

Afdeling 1. Probleemstelling en relevantie

48. Het arrest X verplicht een herstelmaatregel, die het mogelijk maakt voor non-binaire en fluïde personen om juridisch erkend te worden. Het oordeel van het Grondwettelijk Hof brengt daarmee vergaande implicaties teweeg in alle takken van het recht. Vooralsnog is ons rechtssysteem immers gebaseerd op een binaire onderverdeling tussen man en vrouw. Het oordeel van het Grondwettelijk Hof kwam enigszins onverwacht en de wetgever leek na de politieke inspanningen van 2017 nog niet klaar te zijn voor een abrupte omwenteling van het binaire rechtssysteem. Op wetgevend vlak bestaan er heel wat wetten, die vooralsnog gebaseerd zijn op een binair onderscheid. Zo ook in het strafrecht, dat verschillende impliciete of expliciete verwijzingen naar het geslacht van een persoon omvat.

49. Er dient hier te worden onderzocht op welke manier het strafrecht ondanks de herstelmaatregel nog altijd voor iedereen toegankelijk kan blijven. Een genderneutrale wetgeving lijkt daarbij het best aan te sluiten. Toch moet hier worden onderstreept dat genderneutraliteit ook gendergelijkheid vooronderstelt. Gendergelijkheid is in het strafrecht echter niet steeds de na te streven doelstelling. Bepaalde fysieke ongelijkheden kennen immers een legitieme grondslag tot onderscheid. Er moet dan eerder een manier worden gevonden om gendergelijkwaardigheid na te streven. Op die manier kan beleidsmatig nog steeds rekening worden gehouden met de onderlinge, legitieme verschillen.

⁹⁰ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.7.3.

50. Het onderzoek vindt relevantie in het vooralsnog onbetreden pad van het non-binaire strafrecht. Het gaat over een geheel nieuwe problematiek, die nog door weinigen van nabij werd onderzocht. Het Grondwettelijk Hof luidt met het arrest X vroeger dan verwacht de klokken voor een nieuw genderneutraal tijdperk. De bedenkingen uit dit onderzoek kunnen dan eventueel van pas komen wanneer in een aangepast wetgevend kader dient te worden voorzien.

Afdeling 2. Obstakels van het onderzoek

51. Elk onderzoek omvat een aantal obstakels. Dit onderzoek is daarin niet anders. Drie grote moeilijkheden kunnen hier worden onderscheiden. Ten eerste is er voorlopig geen regelgeving of wetsontwerp, waar het oordeel van het Grondwettelijk Hof naar wetgeving is vertaald. Er is dus nog niet over een geschikte herstelmaatregel beslist. Dit betekent dat het gehele onderzoek is gebaseerd op een wetgevende hypothese. Voor sommige zaken geeft dit een ruime beoordelingsvrijheid. Voor andere zaken betekent dit dat nog onvoldoende kan worden geconcretiseerd. Het belang van deze wetgevende hypothese is meteen ook de reden dat de eerste centrale onderzoeksvraag volledig aan een geschikte herstelmaatregel is gewijd.

52. Ten tweede ondergaat het Strafwetboek op dit ogenblik een grondige hervorming. Dit zorgt ervoor dat bij het onderzoek zowel met het huidige Strafwetboek, als met het voorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek (door de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht) rekening moet worden gehouden. Zolang het voorstel echter geen parlementaire goedkeuring vindt, kan het niet volwaardig als wetgeving worden beschouwd. Dat betekent dat het huidige Strafwetboek ook op vandaag nog erg relevant blijft. Het arrest (X) dringt immers een dringende aanpassing van het binaire systeem op. Het risico bestaat dan dat dergelijke aanpassing er doorkomt wanneer het huidige Strafwetboek nog steeds van toepassing is. Afhankelijk van de wetgevende preferenties zijn beide modellen van het Strafwetboek dan actueel en relevant. In het onderzoek wordt in eerste instantie gefocust op het oude Strafwetboek. Op basis daarvan wordt dan duiding gegeven bij het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek.

53. Tenslotte wordt door de wetgever in de Transgenderwet van 2017 impliciet een vorm van genderidentiteitsregistratie toegevoegd aan de klassieke geslachtsregistratie bij de burgerlijke stand. Individuen kunnen nu op basis van het zelfbeschikkingsrecht het juridische geslacht wijzigen. Hiervoor bestaan niet langer medische voorwaarden. Dit betekent dat het juridische geslacht niet meer steeds overeenstemt met het fysieke geslacht. De term geslacht wordt hier dan problematisch gehanteerd, waar het eigenlijk genderidentiteit betreft. In het arrest X heeft het Grondwettelijk Hof ervoor gekozen om het begrip ‘geslachtsregistratie’ te hanteren. Deze keuze is gebaseerd op het begrip dat door de wetgever in de Transgenderwet wordt gebruikt en brengt geen normatieve gevolgen mee. Dat is voor dit onderzoek niet anders. Nadenken over een nieuwe begripsomschrijving is voor de toekomst echter wel noodzakelijk.

Afdeling 3. Uitgesloten van het onderzoek

54. Een aantal zaken vallen buiten de reikwijdte van de gestelde onderzoeksvragen. Met name wordt geen nadruk gelegd op de voornaamswijziging uit het arrest X en de problematiek met betrekking tot minderjarige transpersonen. Ook in het onderzoek zelf worden de nodige grenzen afgebakend, wanneer een bepaald onderwerp de reikwijdte van de onderzoeksvragen dreigt te overschrijden.

HOOFDSTUK 3. DOELSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

Afdeling 1. Doelstelling

55. De doelstelling van dit onderzoek situeert zich in het creëren van een soort handleiding. Deze handleiding kan dan door juristen worden gebruikt, om kennis te maken met de actuele problematiek van een genderneutrale categorisatie en wetgeving. Hierbij wordt het belang van geslachtsategorisatie tegenover de discriminatoire werking ervan geplaatst. Zowel de obstakels als de mogelijkheden worden daarbij voldoende in de verf gezet.

56. Het is de bedoeling dat deze handleiding de lezer kan stimuleren om zelf over bepaalde denkfouten te reflecteren, om eventueel zelf tot nieuwe inzichten te komen. De opsomming van de obstakels en mogelijkheden uit dit onderzoek is immers nooit limitatief.

Afdeling 2. Centrale onderzoeksvragen

57. Op basis van de probleemstelling en de doelstelling van het onderzoek kunnen een aantal onderzoeksvragen worden gesteld. De centrale onderzoeksvragen vormen de hoofdvragen, waarop het onderzoek in zijn geheel een antwoord probeert te bieden.

- I. **Welke herstelmaatregel is het meest geschikt voor de juridische erkenning van non-binaire en fluïde transpersonen zoals deze door het Grondwettelijk Hof werd bevolen?**

- II. **Wat zijn de mogelijke implicaties van deze herstelmaatregel op het bijzonder strafrecht?**

Afdeling 3. Deelonderzoeksvragen

58. De centrale onderzoeksvragen worden onderverdeeld in deelonderzoeksvragen. Deze deelvragen splitsen de algemene problematiek op in relevante subthema's.

- i. *Wat is de rol van het geslacht als element van de burgerlijke staat?*
- ii. *Wat is de rol van het geslacht als element van maatschappelijke categorisatie?*
- iii. *Welke herstelmaatregelen worden door het Grondwettelijk Hof voorgesteld voor de juridische erkenning van non-binaire en fluïde transpersonen?*
- iv. *Welke van deze herstelmaatregelen beantwoordt het meest aan de rol van het geslacht als element van de rechtsstaat?*

→ Welke herstelmaatregel is het meest geschikt voor de juridische erkenning van non-binaire en fluïde transpersonen zoals deze door het Grondwettelijk Hof werd bevolen?

- v. *Welke gevolgen heeft de herstelmaatregel voor de rechtszekerheid in strafzaken?*
- vi. *Welke gevolgen heeft de herstelmaatregel op het bewijs in strafzaken?*
- vii. *Welke gevolgen heeft de herstelmaatregel op het element van strafrechtelijke discriminatie?*

→ Wat zijn de mogelijke implicaties van deze herstelmaatregel op het bijzonder strafrecht?

HOOFDSTUK 4. METHODOLOGIE EN VERLOOP

Afdeling 1. Methodologie en verloop

59. In dit onderzoek wordt vooreerst nagegaan welke rol het geslacht kan spelen in juridische en maatschappelijke verhoudingen. Op basis daarvan wordt onderzocht welke oplossing afdoende juridisch herstel kan bieden voor de non-binaire en fluïde gemeenschap. Het Grondwettelijk Hof deed hier twee concrete voorstellen tot een herstelmaatregel:

- **De volledige schrapping van de geslachtsregistratie**
- **De creatie van een derde geslachtscategorie**

60. Het zijn deze voorstellen die van nabij worden onderzocht. Op basis van de belangrijkste (juridische en maatschappelijke) toepassingen van het geslacht wordt dan aangegeven welke herstelmaatregel het meest geschikt zal zijn. Dit gebeurt op basis van een literatuurstudie en een wetgevingsanalyse, die aangevuld worden met eigen hypothesen en bedenkingen. Wanneer de herstelmaatregel duidelijk is afgebakend, kan overgegaan worden naar de volgende stap van het onderzoek.

→ **ANTWOORD OP ONDERZOEKSVRAAG I**

61. In het volgende onderdeel wordt onderzocht wat de gevolgen zullen zijn van een genderneutrale herstelmaatregel op het bijzonder strafrecht. Het bijzonder strafrecht focust voornamelijk op de specifieke misdrijven en de bijbehorende straffen. Omwille van hun verband met geslacht of gender, worden daarvoor een paar misdrijven uit het Strafwetboek bestudeerd.⁹¹ Ook dit gebeurt op basis van een literatuurstudie en een wetgevingsanalyse. Elk misdrijf wordt dan verbonden met een hypothetische casus, waar de herstelmaatregel reeds is geïmplementeerd. De gevolgen van de herstelmaatregel in het bijzonder strafrecht worden getoetst aan de hand van de belangrijkste toepassingen van het geslacht uit DEEL II van dit onderzoek. Deze toepassingen zijn rechtszekerheid, bewijs en discriminatie.

→ **ANTWOORD OP ONDERZOEKSVRAAG II**

⁹¹ Deze misdrijven zijn geen limitatieve opsomming van de misdrijven, waarop de herstelmaatregel invloed kan hebben. Deze misdrijven dienen ter illustratie en pogen de lezer aan het denken te zetten over de (problematische) rol van geslacht en gender in het strafrecht.

DEEL II. GESLACHT

HOOFDSTUK 1. DE ROL VAN HET (BINAIRE) GESLACHT

62. Voor de impact van het arrest X op een specifiek rechtsdomein als het strafrecht kan worden geduid, is het noodzakelijk om het belang van een geslachtsregistratie in de rechtsstaat België aan te tonen. In wat volgt, wordt verduidelijkt waarom het geslacht als element van de burgerlijke staat wordt gebruikt, en wat het belang is van een (binaire) registratie in de praktijk. Het is belangrijk om een onderscheid te maken tussen het juridisch belang van een geslachtsregistratie enerzijds en het belang van geslacht als maatschappelijk fenomeen anderzijds. Waar het juridisch belang immers conceptueel is en helpt bouwen aan een sluitende organisatiestructuur van de rechtsorde, is het maatschappelijk belang een uiting van de realiteit zoals die bestaat en door de populatie wordt gevoeld.

Afdeling 1. De rol van het geslacht als element van de burgerlijke staat?

63. De overkoepelende samenhang van het juridische systeem poogt alle wettelijke elementen op een sluitende manier met elkaar in overeenstemming te brengen en voor elk maatschappelijk probleem in een juridische oplossing te voorzien. Het is belangrijk om te onderstrepen dat het hier gaat om het juridische belang van de *geslachtsregistratie* en niet van het *geslacht an sich*. Het gaat hier dan over het juridische geslacht dat eenmalig kan worden aangepast op basis van artikel 135/1 BW.⁹² Het concept *gender* kent naar Belgisch recht vooralsnog immers geen relevante wettige grondslag tot registratie.⁹³

64. In wat volgt wordt het algemeen juridisch belang, steeds aangevuld met meer specifieke voorbeelden uit het strafrecht, waardoor een eerste aanzet wordt gegeven naar de strafrechtelijke kern van dit onderzoek.

I. Element van de burgerlijke staat

65. De geslachtsregistratie is in België een element van de burgerlijke staat.⁹⁴ In artikel 6, §2 van het BW wordt de burgerlijke staat van de persoon gedefinieerd als het geheel van bepaalde hoedanigheden van een persoon, die zijn rechtspositie in de familie en in de maatschappij bepalen en die hem onderscheiden van de andere personen wat het

⁹² Het huidige art. 135/1 BW vindt grondslag in het artikel 3 van de Transgenderwet dat door het Grondwettelijk Hof gedeeltelijk werd vernietigd.

⁹³ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 8; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.2.2; F. FONTEYN, ‘‘Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet’’ (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §18.

In het arrest GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.2.2. heeft het Grondwettelijk Hof ook gekozen voor het gebruik van het begrip ‘geslachtsregistratie’ in de plaats van het begrip ‘genderidentiteitsregistratie’. Deze keuze is gebaseerd op het begrip dat door de wetgever in de Transgenderwet wordt gebruikt en brengt geen normatieve gevolgen mee. Dat is voor dit onderzoek niet anders.

⁹⁴ Art. 6 BW *juncto* art. 14 BW, art. 23 BW, art. 41 BW en art. 44 BW.

bezit en de uitoefening van bepaalde rechten betreft.⁹⁵ Voor de staat van een persoon zijn bepaalde fysieke, psychische en civielrechtelijke eigenschappen relevant, waaronder het geslacht en de naam van een persoon.⁹⁶

i. Rechtszekerheid

66. Artikel 6 BW benadrukt de doelstellingen van de burgerlijke stand, waarbij de staat van de persoon als rechtsconcept centraal staat. De burgerlijke stand stelt de rechtsfeiten en rechtshandelingen vast, die de staat van de persoon wijzigen. Het garandeert daarnaast ook de rechtszekerheid en het bewijs inzake de staat van de persoon door middel van burgerlijke akten.⁹⁷ De eerste paragraaf van artikel 6 BW vooronderstelt dat de rechtstoestand van een Belgische onderdaan kenbaar moet zijn en dat daar een bepaalde publiciteit aan dient te worden gekoppeld.⁹⁸ De geslachtsregistratie als element van de burgerlijke staat maakt het al dan niet gewijzigde geslacht van een individu dus tegenstelbaar aan derden, opdat diens rechtspositie zou vaststaan en kan worden bewezen.

67. De gegevens met betrekking tot de elementen van de burgerlijke staat van een persoon worden door de ambtenaar van de burgerlijke stand in het Rijksregister opgenomen.⁹⁹ Op deze manier wordt ‘de rechtszekerheid en coherentie van de verschillende burgerlijke registers gewaarborgd.’¹⁰⁰ Elementen van de burgerlijke staat dienen ertoe om binnen de rechtsgang een aantal zekerheden te hebben over de verschillende categorieën van individuen en de rechtsbetrekkingen die zij aangaan. Het geslacht als element van de burgerlijke staat bepaalt volgens de wet dus mee de vaste rechtspositie van individuen in het wettelijk en maatschappelijk systeem.¹⁰¹

ii. Bewijs

a. Akten van de burgerlijke stand

68. Artikel 6, §1 BW stelt dat aan de burgerlijke staat van een persoon een bepaalde bewijswaarde wordt toegekend.¹⁰² Het bewijs van de burgerlijke staat van een persoon wordt geleverd door middel van de akten van de burgerlijke stand.¹⁰³ De akten van de burgerlijke stand zijn authentieke akten, die schriftelijk kunnen worden opgevraagd door iedere belanghebbende.¹⁰⁴ Op die manier kunnen derden op de hoogte worden gesteld van de rechtspositie van personen.

⁹⁵ Art. 6, §2 BW.

⁹⁶ Gent (11^e kamer) 27 november 2014, *T. Fam.* 2015, (132) 135; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.2.2.

⁹⁷ Art. 6 BW.

⁹⁸ Art. 6, §1 BW.

⁹⁹ Art. 4bis, wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 21 april 1984; Art. 3, wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 21 april 1984.

¹⁰⁰ Art. 6, §1, tweede lid BW; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.2.2.

¹⁰¹ Art. 6, §1, tweede lid BW.

¹⁰² Art. 6, §1 BW.

¹⁰³ Art. 6, §1, derde lid BW.

¹⁰⁴ Art. 29 BW *juncto* art. 71 en art. 78 BW; G. MARTYN, R. DEVLOO en Y. JORENS, *Een kennismaking met recht en rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2018, 204 en 208.

69. De persoon op wie de akte van de burgerlijke stand betrekking heeft, kan hier steeds een uittreksel of afschrift van verkrijgen, om bewijsmatig zijn of haar burgerlijke staat te kunnen bewijzen.¹⁰⁵ Enkel de akten van de burgerlijke stand gelden als enige bewijs van de staat van de persoon, tenzij de wet het anders bepaalt.¹⁰⁶ Dit betekent dat er in huidig rechtsstelsel geen ander wettelijk bewijs bestaat voor het juridische geslacht van een individu dan de melding daarvan in de akte van de geboorte.¹⁰⁷ Hetzelfde geldt voor iemands naam of nationaliteit, waarvan geen ander officieel wettelijk bewijsmateriaal bestaat dan de akten van de burgerlijke stand en het daaraan gekoppelde identiteitsbewijs. De geslachtsregistratie geldt hier als enige bewijsrechtelijke waarborg voor het bepalen van de individuele rechtspositie op basis van het geslacht. Verschillende fundamentele wetten zoals de Gw. en het BW zijn strikt genomen nog steeds binair geworteld.¹⁰⁸ Ook de wetten in verband met genderquota, de antidiscriminatiewetgeving, de familierechtelijke afstamming en een aantal strafrechtelijke misdrijven zijn vandaag nog gekoppeld aan iemands geslacht.¹⁰⁹

70. Een toenemende intentie-tendens om wetten en recht meer genderneutraal te maken, neutraliseert enigszins het juridisch belang van deze rechtspositie.¹¹⁰ Hoewel een genderneutraal recht op zichzelf eigenlijk een goede zaak is, betekent dit echter niet dat er niet langer feitelijke gevolgen voortvloeien uit het hebben van een bepaald geslacht. Sommige van deze feitelijke gevolgen kennen ook een bepaalde uitwerking in de rechtsorde, waar dan bijna geen juridisch vangnet meer voor bestaat. Zonder geslachtsregistratie is er juridisch-technisch geen sprake meer van een geslacht, aangezien het onmogelijk wettig kan worden bewezen.

b. Biologische werkelijkheid, stereotype vermoedens en de verklaring van partijen

71. Alternatieve bewijsvoering op basis van de biologische werkelijkheid houdt dan weer een te grote aantasting van de fysieke en psychische integriteit in en houdt geen rekening met de innerlijk beleefde genderidentiteit van een individu. Bewijs op basis van vermoedens die niet bij de wet zijn ingesteld vooronderstelt gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens.¹¹¹ Geslacht bewijzen aan de hand van dergelijk vermoeden zou dan louter gebaseerd kunnen zijn op maatschappelijke rollenpatronen en genderstereotypering. Beide bewijsmethoden hanteren dan geen inclusief toepassingsgebied, zoals de wetgever het met de Transgenderwet had beoogd.¹¹²

¹⁰⁵ Art. 29, §1, derde lid BW.

¹⁰⁶ Art. 23, eerste lid BW.

¹⁰⁷ Art. 44, 1° BW.

¹⁰⁸ Als voorbeelden in dit verband gelden: art.10, 11 en 11bis Gw en art. 388 BW.

¹⁰⁹ Als voorbeelden in dit verband gelden: Wet van 28 juli 2011 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, het Wetboek van vennootschappen en de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij teneinde te garanderen dat vrouwen zitting hebben in de raad van bestuur van de autonome overheidsbedrijven, de genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij, *BS* 14 september 2011; Bijzondere wet van 5 mei 2003 op de gewaarborgde aanwezigheid van personen van verschillend geslacht in de Vlaamse Regering, de Franse Gemeenschapsregering, de Waalse Regering, de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en onder de Gewestelijke Staatssecretarissen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 12 juni 2003; Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *BS* 30 mei 2007.

¹¹⁰ G. MARTYN, R. DEVLOO en Y. JORENS, *Een kennismaking met recht en rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2018, 204; F. SWENNEN, *Het personen-en-familie recht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 82 en 109.

¹¹¹ Art. 1353 BW.

¹¹² Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 9; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.1.

72. De verklaring van partijen levert daarnaast weinig zekerheid op in het recht. Het staat dan vrij aan personen om telkens een ander geslacht op te geven. Hoewel dit in lijn ligt met het recht op zelfbeschikking uit de Transgenderwet neemt dit in grote mate ook weg aan de rechtszekerheid en bewijswaarde van het juridische geslacht.

iii. Belang van geslacht als element van de burgerlijke staat in het strafrecht

73. In het kader van het geslacht als element van de burgerlijke staat zal in strafzaken vooral het bewijselement van belang zijn. Volgens het Belgische strafprocesrecht is het bewijsstelsel in strafzaken in beginsel vrij. Dit betekent dat het strafrechtelijk bewijs in principe met alle middelen van recht kan worden geleverd. Het is nadien aan de rechter om hierover onaantastbaar te oordelen.¹¹³

74. Als het misdrijf waarvan sprake echter gerelateerd is aan de uitvoering van een overeenkomst, dan is de strafrechter alsnog gebonden aan de regels van het burgerlijke bewijsrecht.¹¹⁴ Authentieke akten van de burgerlijke stand gelden als burgerlijk bewijs en kunnen dus in beide gevallen rechtsgeldig worden gebruikt.¹¹⁵

VOORBEELD: *Paul uit Anderlecht wordt verliefd via een dating-site. De Thaise vrouw 'Vanida' met wie hij een online relatie onderhoudt, vraagt hem om een lening. Zij vertelt hem dat ze het geld nodig heeft, om haar studies af te betalen. Enkele maanden later blijkt het hier om een oplichting te gaan, waarbij Bart uit Hasselt andere mannen bedrieglijk misleidt via een aantal online platformen.*

*Met behulp van naam, woonplaats en geslacht als elementen van Barts burgerlijke staat kan enerzijds worden aangetoond dat aan de burgerlijke leningsovereenkomst tussen Paul en 'Vanida' het wilsgebrek dwaling of bedrog *ratione personae*¹¹⁶ kleefde. Aan de andere kant kan met dezelfde elementen van de burgerlijke staat op strafrechtelijk vlak ook vrij makkelijk worden bewezen dat Bart zich met behulp van valse namen en hoedanigheden Pauls gelden heeft weten toe te eigenen.¹¹⁷*

75. Volgens SWENNEN evolueert ons recht echter naar een systeem waar categorisering achterwege blijft. De huidige categorieën in het BW zijn namelijk: 'verouderd en beantwoorden niet langer aan de maatschappelijke realiteit.' In tegenstelling tot de beoogde rechtszekerheid uit artikel 6 BW zorgt dit dan net voor een aantal fundamentele onzekerheden binnen de Belgische rechtsorde.¹¹⁸ Voor het burgerlijk recht lijkt SWENNEN hier inderdaad gelijk te hebben. Dit neemt echter niet weg dat het gebrek aan alternatieve bewijsmiddelen problematisch zou kunnen worden, wanneer iemands geslacht omwille van feitelijke redenen moet worden bewezen in het strafrecht.

¹¹³ Cass. 7 september 2016, P.16.0362.F; Cass. 20 mei 2008, *Pas.* 2008, 1245; Cass. 5 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002; J. MEESE, "Het bewijs in strafzaken" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (511) 513; P. TRAEEST, "Actualia bewijs in strafzaken" in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, (129) 132.

¹¹⁴ Art. 16 VT.Sv; F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch strafprocesrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 38.

¹¹⁵ Art. 23 BW *juncto* art. 1317, eerste lid BW.

¹¹⁶ P. TAELEMAN en G. VERSCHULDEN, *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 50-51.

¹¹⁷ Art. 496, eerste lid Sw.

¹¹⁸ Art. 6, §1 BW; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 83.

Afdeling 2. De rol van het geslacht als element van maatschappelijke categorisatie?

76. In wat volgt, wordt een blik geworpen op de maatschappelijke rol van het geslacht in een biologische, sociologische en onderzoeksmatige context. Deze drie categorieën vertegenwoordigen fundamentele takken van de samenleving, die inherent verschillend zijn van het juridische luik. Hiermee wordt geprobeerd om een aantal hoofdpunten aan te duiden, die het belang van geslacht in de Westerse, kapitalistische samenleving weergeven. Deze aanduiding is geen limitatieve weergave van de werkelijkheid. In realiteit bestaan er nog heel wat andere categorisaties. Het strafrecht, als protagonist van dit onderzoek, is een rechtstak die sterk door sociale interacties wordt beïnvloed en waarin de positie van het individu in de maatschappij centraal staat. De maatschappelijke rol van het geslacht kan in dit onderzoek dan ook niet ontbreken.

I. Geslacht als element van anatomische categorisatie

77. Het geslacht wordt gekoppeld aan de ‘biologische, chromosale en fysieke kenmerken die een persoon heeft bij zijn of haar geboorte.’¹¹⁹ Deze fysieke kenmerken maken steeds deel uit van de anatomie van een persoon, die niet kan worden ontkend.

78. Een persoon is anatomisch vrouw, wanneer haar 23^{ste} paar chromosomen gecombineerd wordt als XX. Zij ontwikkelt daardoor een vagina met clitoris en schaamlippen, een baarmoeder, eierstokken, eileiders en borsten. Onder invloed van de vrouwelijke hormonen heeft deze vrouw dan een menstruatiecyclus. Zij is hierdoor in de mogelijkheid om zwanger te worden, indien één van haar vrouwelijke eicellen wordt bevrucht met een mannelijke zaadcel. Een persoon is anatomisch man, wanneer zijn 23^{ste} paar chromosomen gecombineerd wordt als XY. Hij ontwikkelt daardoor een penis met voorhuid, een scrotum met testikels, een prostaat en de bijbehorende organen voor zaadproductie. Onder invloed van de mannelijke hormonen komt de zaadproductie en de ontwikkeling van de spieren op gang. Indien één van zijn zaadcellen een vrouwelijke eicel bevrucht, is een man dan in de mogelijkheid om vader te worden van een kind.¹²⁰

79. Vooral in de context van de medische wereld is het belangrijk om te weten hoe iemands lichaam is opgebouwd. Het zijn mannen, die het slachtoffer worden van prostaatkanker en vrouwen die aan borst-, baarmoeder- of eierstokkanker lijden. Daarbij kennen seksueel overdraagbare aandoeningen voor elk geslacht een verschillende uitwerking en ook bepaalde erfelijke ziektes zijn geslachtsgebonden.¹²¹ De medische risico’s zijn in al deze gevallen voor elk geslacht dus volledig verschillend. Daarnaast moet rekening worden gehouden met het verschil in fysieke kracht dat tussen mannen en vrouwen bestaat. Het mannelijke testosteron-niveau is immers verantwoordelijk voor

¹¹⁹ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.2.2.

¹²⁰ Zie *supra* 6.

¹²¹ XX. (2017). *Atlas of Sexually Transmitted Diseases: Clinical Aspects and Differential Diagnosis* (first edition). Houten, The Netherlands: Springer; D. NAVON. (2019). *Mobilizing Mutations: Human Genetics in the Age of Patient Advocacy* (first edition). Chicago, the United States of America: University of Chicago Press.

een verhoging in spiermassa en spierkracht, die het vrouwelijke lichaam niet zozeer kent.¹²² In realiteit zijn de anatomische verschillen uiteraard nog een stuk uitgebreider, maar het voorgaande schept alvast de context om te begrijpen wat de maatschappelijke relevantie van een anatomische categorisatie is.

80. Er zijn tegenwoordig heel wat mogelijkheden binnen de medische wereld, die de anatomische default-regel uithollen. Denk in dit verband maar aan geslachtsveranderingsoperaties of baarmoedertransplantaties bij mannen. Toch mag niet worden vergeten dat dergelijke medische aanpassingen erg ingrijpend zijn en dat de meerderheidsbevolking tot het einde van zijn of haar leven met dezelfde fysieke eigenschappen als bij de geboorte blijft functioneren. Deze redenering maakt in geen geval een ontkenning uit van iemands genderidentiteit, maar benadrukt wel dat er in sommige gevallen rekening dient te worden gehouden met de anatomische realiteit. Het geslacht als anatomische parameter heeft immers een belangrijke feitelijke impact op de rechtsorde. In het bijzonder voor familierechtelijke, gezondheidsrechtelijke en strafrechtelijke aangelegenheden speelt deze feitelijke werkelijkheid een specifieke rol. Dit specifieke karakter komt later in het onderzoek meer uitgebreid aan bod.

II. Geslacht als element van sociale categorisatie

81. Geslacht maakt deel uit van de ‘toegeschreven sociale status van een individu, die vastgesteld wordt op basis van factoren waar het individu zelf geen vat op heeft en die binnen de samenleving als relevant worden beschouwd.’¹²³ Het is de meest opvallende sociale categorie, die in de sociale waarneming gehanteerd wordt.¹²⁴ Geslacht is dan een ‘maatschappelijk-structurele parameter die impliciet als criterium wordt gebruikt bij het aangaan van sociale interacties.’¹²⁵ Categorisatie op basis van het geslacht vindt reeds plaats op jonge leeftijd en is zowel met biologische als met sociale factoren verbonden.¹²⁶ Het fysieke geslacht dat gekoppeld wordt aan sociale factoren wordt dan gender genoemd.¹²⁷

82. ‘Het betekenisvol ordenen van personen in groepen is een voorbeeld van sociale categorisatie. Sociale categorisatie zorgt voor een grotere efficiëntie in de kennisverwerving en in het functioneren. Hiermee sparen mensen

¹²² Zie *supra* 6.

¹²³ R. LINTON. (1936). *The Study of Men*. New York. Verenigde Staten: Appleton-Century-Crofts Inc. 113-131; P. BRACKE, B. VAN DE PUTTE, M. VAN HOUTTE en H. VERMEERSCH, (2018). *Sociologie. Een hedendaagse inleiding*. Gent, België: Academia Press. 66.

¹²⁴ C.STANGOR, L. LYNCH, D. CHANGMING & B. GLASS. (1992). Categorization of individuals on the basis of multiple social features. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62 (February) 207-218; A.VAN HIEL. (2013). *Sociale Psychologie*, Gent, België: Academia Press. 468.

¹²⁵ P.M. BLAU. (1974). Presidential address: Parameters of social structure. *American Sociological Review*, 39 (October), 615-622; P. BRACKE, B. VAN DE PUTTE, M. VAN HOUTTE en H. VERMEERSCH, (2018). *Sociologie. Een hedendaagse inleiding*. Gent, België: Academia Press. 211-213.

Het principe van geslacht als sociale parameter wordt ook in de hogere rechtspraak van het Hof van Justitie aangehaald: zie daarvoor HvJ 30 april 1996, nr. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, ECR 1996 I-02143, concl. G. TESAURO.

¹²⁶ P. BRACKE, B. VAN DE PUTTE, M. VAN HOUTTE en H. VERMEERSCH, (2018). *Sociologie. Een hedendaagse inleiding*. Gent, België: Academia Press. 104-106 en 235-239; A.VAN HIEL. (2013). *Sociale Psychologie*, Gent, België: Academia Press. 468-469.

¹²⁷ Zie *supra* 8.

tijd en energie uit bij sociale interacties en blijft de menselijke ordening van de realiteit enigszins beheersbaar.¹²⁸ Geslacht vervult daarmee een essentiële rol voor de sociale onderverdeling van de samenleving door het individu. Er bestaat daarbij een belangrijk onderscheid tussen de ordenende categorisering volgens geslacht en de seksistische stereotypen, die daar vaak het gevolg van zijn.

83. Volgens de sociale rollentheorie van EAGLY zijn geslachts- en genderstereotypen gebaseerd op waarheden, waarbij de neiging heerst om de verschillen tussen beide geslachten uit te vergroten.¹²⁹ Denk in dit verband maar aan stereotypen zoals: ‘Vrouwen kunnen minder goed autorijden dan mannen’ of ‘Mannen mogen niet huilen.’ Het is op basis van dergelijke negatieve stereotypering dat vooroordelen en discriminatie ontstaan. Dit is op dezelfde manier van toepassing bij stereotypering met betrekking tot de seksualiteit, de nationaliteit of het ras (..) van bepaalde personen. Categorisatie volgens bepaalde parameters dient echter niet steeds als iets negatiefs te worden beschouwd. De onderlinge verschillen erkennen vormt dan in principe geen probleem, maar is eerder een simplificering van een complexe, maatschappelijke structuur. Als sociale categorisatie negatief en discriminatoir gebruikt wordt, dan is dit een jammer gevolg van een natuurlijk, menselijk denk- en gedragsproces. Dergelijk gedragsproces kent diepe wortels in het sociaalpsychologisch wezen van een individu. Noch de positieve categorisering, noch de negatieve discriminatie kunnen daar dan zomaar uit worden geëlimineerd.

84. Voor het emancipatieproces is het van belang dat overheden adequaat reageren op negatieve genderstereotypering en structurele discriminatie op basis van geslacht en gender.¹³⁰ In het geheel ontkennen dat dergelijke sociale categorieën bestaan, zou hier weinig effectief zijn. Hiermee wordt de sociaalpsychologische realiteit van een samenleving immers sterk ontkend. Er wordt dan abstract toepassing gemaakt van een utopisch beleid waar iedereen gelijk is voor de wet, waar dat nu eenmaal niet het geval kan zijn voor de samenleving.

III. Geslacht als element van wetenschappelijke categorisatie

85. In het voorgaande werd aangetoond dat de samenleving onderverdeeld wordt in sociale groepen. Voor onderzoeksdoeleinden kan het dus van groot belang zijn om dergelijke categorisaties te volgen, of daarentegen nieuwe categorisaties te creëren met het oog op kennis- en data vergaring.

86. Het ‘aantal potentiële onderzoekseenheden’ binnen een onderzoek, wordt in de statistiek *populatie* genoemd. Afhankelijk van het soort onderzoek dat wordt gevoerd, is deze populatie ‘een gerandomiseerde selectie van de bevolking of net een specifieke deelgroep daarvan.’¹³¹ In het kader van onderzoeken bij de bevolking zijn steeds

¹²⁸ J.W. SHERMAN, F.R. CONREY & C.J. GROOM (2004). Encoding flexibility revisited. Evidence for enhanced encoding of stereotype-inconsistent information under cognitive load. *Social Cognition*, 22 (second issue), 214-232; A. VAN HIEL. (2013). *Sociale Psychologie*, Gent, België: Academia Press. 447.

¹²⁹ A. VAN HIEL. (2013). *Sociale Psychologie*, Gent, België: Academia Press. 470.

¹³⁰ A. TIMMER, “Genderstereotypen en het EHRM” in E. BREMS & L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (219) 220.

¹³¹ W. HARDYNS. (2018). *Onderzoeksmethoden: niet gepubliceerde syllabus* (tweede editie). Gent, België: Institute for International Research on Criminal Policy – UGent.

verschillende onderzoeksmethoden mogelijk. Enquêtes, surveys, case-studies (..) zijn allen kwalitatieve mogelijkheden van onderzoek, met eigen mogelijkheden en beperkingen.¹³² Afhankelijk van de gestelde onderzoeksvraag gebruiken onderzoekers dan andere methoden- en populatiegroepen. Een veelgebruikt criterium voor het vormen van een populatiegroep is het geslacht. Categorisatie volgens geslacht maakt enerzijds een bepaalde hoofdcategorisatie binnen de bevolking mogelijk. Anderzijds brengt deze onderverdeling ook de bestaande verschillen in kaart, om daaromtrent een beleid te vormen.

87. De demografische statistieken van de Belgische bevolking zijn bijvoorbeeld onderverdeeld in een mannelijke en een vrouwelijke bevolkingsgroep. De Belgische leeftijds piramide is dan ingevuld in de klassieke blauwe en roze kleuren, respectievelijk voor het mannelijke en het vrouwelijke geslacht. Er zijn zelfs aparte statistieken beschikbaar volgens het geslacht en de leeftijd van de Belgische onderdanen.¹³³ Daarnaast zijn tal van andere onderzoeken in de sociale wetenschappen ook op hetzelfde klassieke onderscheid van geslacht gebaseerd. Er is zelfs een volledig onderzoeksveld genderstudies, dat zich bezighoudt met de plaats van geslacht en gender in de samenleving. Het is dan de invulling van de concepten geslacht en gender die binnen de genderstudies wordt bediscussieerd, maar niet het bestaan van de concepten en het onderscheid *an sich*.¹³⁴

88. Er zijn bijkomend ook verschillende organisaties die onderzoeken hoe geslachts- en gendergelijkheid evolueren. Deze onderzoeken pogen dus het onderscheid vast te leggen, zodat net naar gelijkheid kan worden toegewerkt. In dat verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan onderzoeken als het ‘*Global Gender Gap*’ rapport van het Wereld Economisch Forum of de ‘*Gender Equality Index*’ van het Europees Instituut voor Gendergelijkheid.¹³⁵

89. Een juridisch verband kan hier worden gelegd met de Antidiscriminatie wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (hierna: Genderwet).¹³⁶ In artikel 33 van deze wet, wordt de regelgeving inzake de bewijslast aangehaald.¹³⁷ Het is dan aan de eiser om bepaalde feiten aan te voeren, die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden en aan de verweerder om te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.¹³⁸ Statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer behoort of elementair statistisch materieel waaruit een ongunstigere behandeling blijkt, worden expliciet als wettelijk vermoeden van bewijs opgenomen. De bewijslast is bij dergelijke discriminatiezaken niet steeds een evidentie. Statistisch materiaal dat gebaseerd is op een geslachtelijk onderscheid kan hier dus wel degelijk het verschil maken.

¹³² W. HARDYNS. (2018). *Onderzoeksmethoden: niet gepubliceerde syllabus* (tweede editie). Gent, België: Institute for International Research on Criminal Policy – UGent.

¹³³ Belgische Federale Overheidsdiensten. (2020, 29 maart). *STATBEL: Structuur van de bevolking*.

¹³⁴ F. FONTEYN, “Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet” (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §11.

¹³⁵ World Economic Forum. (2020). *Global Gender Gap Report 2020*; European Institute for Gender Equality. (2019). *Gender Equality Index 2019 in brief: still far from the finish line*.

¹³⁶ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *BS* 30 mei 2007 (hierna: Genderwet).

¹³⁷ Art. 33 Genderwet.

¹³⁸ Art. 33, §1 Genderwet.

Afdeling 3. Conclusie

90. Zolang het geslacht *in abstracto* door middel van wetten of *in concreto* op basis van de feiten deel uitmaakt van de werking der rechtsorde, kent het juridisch belang. Dit betekent dat het mogelijk moet kunnen zijn om het geslacht als realiteit te gaan bewijzen en daarmee rechtszekerheid te waarborgen. Dat geslacht een element uitmaakt van de burgerlijke staat, vereenvoudigt het bewijsmatig stelsel van de Belgische rechtsorde dus aanzienlijk. Als het geen deel kan uitmaken van het registratiesysteem van de burgerlijke staat, is het geslacht op juridisch gebied immers quasi- onbewijsbaar. Dit komt omdat er vooralsnog weinig geschikte alternatieven voorhanden zijn, die het juridische geslacht onafhankelijk, neutraal en laagdrempelig kunnen vaststellen.

91. In dit verband moet een belangrijke nuance worden gemaakt. Sinds de Transgenderwet van 2017 lopen het juridische en het fysieke geslacht niet meer samen. Nu kan op basis van iemands innerlijk beleefde genderidentiteit het juridische geslacht gewijzigd worden. Er bestaat dan een belangrijk onderscheid tussen de bewijsmogelijkheden voor het juridische geslacht en het fysieke geslacht.

92. Dat de wetgever tot doel heeft de Belgische rechtsorde genderneutraal te maken, is een stap in de goede richting van gelijkheid en non-discriminatie. Het beleid moet negatief gedrag jegens bepaalde groepen vermijden en in de kiem smoren. ‘Iedereen gelijk voor de wet’ is dan een geschikt principe. De wisselwerking tussen het maatschappelijk en juridisch belang waarborgt daarnaast ook de balans tussen orde en wanorde, die voor elke samenleving noodzakelijk is. Daarbij is het belangrijk de maatschappelijke realiteit niet te ontkennen in het belang van een juridisch schijngelijke abstractie.¹³⁹ De verschillen in sociale en anatomische categorisatie kunnen immers niet worden geneutraliseerd door het invoeren van een algemene juridische gelijkheid. De mogelijkheid moet bestaan om bepaalde essentiële verschillen te erkennen en mee onder het juridisch vangnet te plaatsen. Gelijkheid is dan niet de realiteit, maar gelijkwaardigheid zou dat wel moeten zijn. Het voorafgaande hoofdstuk wordt door advocaat-generaal bij het Hof van Justitie TESAURO in de kern gevat:

“Het recht mag zich mijns inziens niet losmaken van de maatschappelijke werkelijkheid, maar moet zich zo snel mogelijk eraan aanpassen. Anders loopt het gevaar verouderde opvattingen op te leggen en een statische rol te spelen. Voor zover het recht tracht relaties in de samenleving te regelen, moet het juist meegaan met de sociale verandering en daarom in staat zijn regels te geven voor nieuwe situaties die door sociale verandering en wetenschappelijke vooruitgang aan het licht komen.

Het valt niet te betwisten dat wat het onderhavige probleem betreft, het beginsel van de zogenoemde onveranderlijkheid van de burgerlijke staat door de feiten is achterhaald. Dat is zo, voor zover en zodra de onveranderlijkheid van het geslacht in bureaucratische en administratieve zin niet langer overeenstemt met de werkelijke situatie, al was het maar wegens de wetenschappelijke vooruitgang die op het vlak van geslachtsverandering is geboekt.”¹⁴⁰

¹³⁹ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.6.6; F. FONTEYN, ‘Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet’ (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §25.

¹⁴⁰ HvJ 30 april 1996, nr. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, *ECR* 1996 I-02143, concl. G. TESAURO.

HOOFDSTUK 2. EVOLUTIES VAN GESLACHTSREGISTRATIE

Afdeling 1. Gevolgen van het arrest X: op zoek naar een geschikte herstelmaatregel?

93. Het ontbreken van wetmakende bevoegdheden zorgt ervoor dat het Grondwettelijk Hof de materie van de vernietigde bepalingen inzake geslachtsregistratie diende door te spelen naar het wetgevende kamp van het parlement.¹⁴¹ Het parlement heeft *anno* 2019-2020 vooralsnog geen wettelijk gevolg gegeven aan het arrest X. Hoewel ‘het geslacht X’ een begrip is geworden door het gebruik ervan in krantenartikelen en inschrijvingsformulieren, kent het concept dus nog steeds geen juridische of wettelijke erkenning. De elementen van de Transgenderwet, die door het Hof zijn vernietigd, zijn immers nog niet automatisch uit deze wet verdwenen.

94. Het is zo dat vernietigingsarresten van het Grondwettelijk Hof pas uitwerking en absoluut gezag van gewijsde kennen vanaf de publicatie ervan in het Belgisch Staatsblad.¹⁴² Het is daarna aan de wetgever om desbetreffende bepalingen uit de rechtsorde te verwijderen. Het arrest X is op 21 januari 2020 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd, waardoor de gevolgen van het arrest pas recentelijk in het wetgevende kamp van de Federale Kamer zijn komen te liggen.¹⁴³ De politieke en beleidstendensen *anno* 2020 laten daarnaast ook niet toe dat deze problematiek voorrang krijgt op de parlementaire agenda.¹⁴⁴ Bij dit onderzoek zal het bijgevolg onvermijdelijk zijn om te werken met een hypothetische wettelijke oplossing voor de gevolgen van het grondwettelijke vernietigingsarrest. Het Grondwettelijk Hof stelt in het arrest reeds vrijblijvend een aantal herstelmaatregelen voor.¹⁴⁵ Het vermeldt enerzijds de optie van de volledige schrapping van geslachtsregistratie als element van de burgerlijke staat en anderzijds de creatie van een bijkomende categorie voor geslachtsregistratie.¹⁴⁶ Beide voorstellen zijn van een erg ingrijpende aard en vergen grote juridische en maatschappelijke aanpassingen van het Belgische wettelijke systeem en denken. Het zijn meteen ook deze twee mogelijkheden die als mogelijke hypothesen worden gehanteerd voor dit onderzoek.

95. In het volgende onderdeel wordt verduidelijkt welk voorstel een volwaardige wettelijke oplossing kan vormen ten gevolge van het arrest X en waarom het andere voorstel een minder geschikt alternatief blijkt te zijn. Op basis daarvan wordt een antwoord geformuleerd op de eerste centrale onderzoeksvraag.

¹⁴¹ G. GOEDERTIER, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (e.a.), *Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 179.

¹⁴² Art. 9, §1 Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989.

¹⁴³ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, *BS* 21 januari 2020 (uittreksel).

¹⁴⁴ Anno 2020 is België een staat in coronacrisis zonder meerderheidsregering. Het is vandaag de minderheidsregering Wilmès, die met beperkte bevoegdheden de Belgische uitvoerende macht vormt. De coronacrisis en regeringsvorming zijn op de dag van vandaag dus de belangrijkste hoofdpunten in het parlement. De vernieuwde aanpassing van een geslachtsregistratie hoort daar vooralsnog niet bij.

¹⁴⁵ Er zijn daarnaast ook verschillende andere opties mogelijk. Doctor Pieter Cannoot verwijst in zijn publicatie “Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af” (noot onder GwH 19 juni 2019) o.a. naar: de ontubbeling van geslachts- en genderidentiteitsregistratie, de vrijwillige zelfregistratie en het behoud van de geslachtsregistratie zonder publicatie. Het volledig uitwerken van deze verschillende hypothesen overstijgt de onderzoeksvraag van deze masterproef. De analyse beperkt zich bijgevolg tot de twee voorstellen, die vrijblijvend door het Grondwettelijk Hof werden voorgelegd.

¹⁴⁶ GwH 19 juni 2019, nr. 99/201, overweging B.7.3; F. FONTEYN, “Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet” (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §18.

96. In wat volgt, wordt eerst uitgelegd in welk internationaal kader de Belgische staat kan manoeuvreren bij een aanpassing van de geslachtsregistratie.

Afdeling 2. Internationale context

97. Er bestaat niet steeds een internationale consensus over wat het belang is van de geslachtsregistratie in de rechtsstaat of hoezeer de binariteit ervan dient te worden aangepast in het belang van een non-binaire minderheid. Er is vooralsnog ook geen internationale verplichting om in een derde geslachtsopie te voorzien of het geslacht als element van de juridische persoon af te schaffen. In het arrest *A.P. Garçon en Nicot/Frankrijk* stelt het EHRM dat persoonlijke autonomie een belangrijk onderdeel is van artikel 8 EVRM en dat: ‘het recht op zelfbeschikking inzake seksuele identiteit daarvan een essentieel element is.’¹⁴⁷ In het arrest *Christine Goodwin/UK* stelt het EHRM ook dat: ‘redelijkerwijs van de samenleving kan worden verwacht dat zij bepaalde ongemakken dienen te tolereren, met respect voor het principe van zelfbeschikking inzake de seksuele identiteit.’¹⁴⁸ Binnen de grenzen van de statelijke beoordelingsvrijheid wordt deze rechtspraak dan weer enigszins op verschillende manieren geïnterpreteerd en toegepast.¹⁴⁹

98. Het Belgische Grondwettelijke Hof stelde in het arrest 99/2019 bijvoorbeeld het volgende:

*“Bijkomende noodzakelijke aanpassingen aan het rechtssysteem om rekening te houden met de noden van personen met een niet-binaire genderidentiteit, verantwoord worden bovendien niet dat die personen, in tegenstelling tot personen met een binaire genderidentiteit, verplicht worden een registratie in de akte van de geboorte te aanvaarden die niet overeenstemt met hun genderidentiteit. Zoals het EHRM oordeelde mag van de samenleving redelijkerwijs worden verwacht dat deze bepaalde ongemakken tolereert om toe te laten dat personen een waardig leven kunnen leiden in overeenstemming met de seksuele identiteit die ze zelf hebben gekozen, een keuze die gepaard ging met een groot persoonlijk lijden. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt bovendien dat de verwijzing naar het geslacht wellicht op termijn helemaal uit de wetgeving zou verdwijnen.”*¹⁵⁰

99. Het Belgisch Grondwettelijk Hof hanteert hier ondanks haar beoordelingsvrijheid een zeer restrictieve interpretatie van de rechtspraak van het EHRM. Dat volgens het EHRM bepaalde ongemakken moeten worden getolereerd, gaat voor het Hof zelfs zover dat er een zekere bereidheid is om geslachtsregistratie als element van de burgerlijke staat af te schaffen voor alle individuen.¹⁵¹ Bepaalde ongemakken vertalen zich hier dan in de schrapping van de geslachtsregistratie als element van de burgerlijke staat.

¹⁴⁷ AP Garçon en Nicot/Frankrijk; EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, § 93.

¹⁴⁸ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Christine Goodwin/UK, § 91.

¹⁴⁹ G. ULFSTEIN, “The Human Rights Treaty Bodies and Legitimacy Challenges”, *Pluricourts Research Paper* 16-10, Oslo, Pluricourts, 2016, 7-8, 12-14.

¹⁵⁰ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Christine Goodwin/UK, § 91; GwH 19 juni 2019, nr. 99/201, overweging B.6.6.

¹⁵¹ GwH 19 juni 2019, nr. 99/201, overweging B.7.3.

100. Het Belgisch Grondwettelijk Hof haalt daarnaast ook aan dat de wetgever in de parlementaire voorbereidingen reeds heeft benadrukt dat het concept ‘geslacht’ op termijn uit de wetgeving zou verdwijnen. Dit toont aan dat er ook in het wetgevende kamp een vrij progressieve perceptie bestaat op de mogelijkheid van een rechtsorde waar binariteit of non-binariteit geen rol meer spelen. Het blijft daarbij volgens diezelfde wetgever wel belangrijk om geleidelijke vooruitgang te boeken en de verwijzing naar geslacht in de wetgeving nog niet meteen volledig te schrappen.¹⁵²

101. In Frankrijk stelt het Hof van Cassatie echter net het tegenovergestelde:

*“Et attendu que, si l’identité sexuelle relève de la sphère protégée par l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l’état civil poursuit un but légitime en ce qu’elle est nécessaire à l’organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d’un “sexe neutre” aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination. D’où il suit que le moyen n’est fondé en aucune de ses branches.”*¹⁵³

102. Het Franse Hof van Cassatie onderstreept in dit verband terecht dat er geen internationaalrechtelijke verplichtingen zijn, die staten verplichten om een non-binair geslacht in te voeren. In het aanvullende rapport wordt daarnaast gesteld dat: ‘de mensenrechtelijke grondrechten vooralsnog niet de doodsklok mogen luiden voor het traditionele binaire patroon, zolang de seksuele identiteit een instrument van de burgerpolitie blijft.’¹⁵⁴ De binaire registratie van geslacht en gender wordt door Frankrijk dus nog steeds gezien als een fundamenteel element van de sociale en juridische organisatie.¹⁵⁵

103. Andere Westerse landen zoals Oostenrijk, Duitsland, Denemarken, Malta, Canada, Nieuw-Zeeland en Australië voorzien reeds in bepaalde, variabele uitingen van een derde geslacht in de rechtsorde. Het Verenigd Koninkrijk houdt samen met Frankrijk sterk vast aan een binair geordend systeem, waar de Verenigde Staten dan weer intra-statelijk sterk verdeeld.¹⁵⁶ Dat ook West-Europese staten met vergelijkbare culturen en rechtsordes geen consensus lijken te bereiken over de creatie van een neutraal gender, geeft de maatschappelijke verdeeldheid over de binaire en non-binaire genderidentiteit erg goed weer. Een verschil in rechtsstaatscategorisering zou bijgevolg een aantal onduidelijkheden en discussies op een hoger, geglobaliseerd beleidsniveau mee kunnen brengen.

¹⁵² Verslag Kamercommissie, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/004, 17.

¹⁵³ Cass.(FR) 4 mei 2017, nr. 531, ECLI:FR:CCASS:2017:C100531, www.courdecassation.fr; G. VERSCHELDEN, “Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie?”, *T.Fam.* 2018, (66) 67.

¹⁵⁴ Cass. (FR) 4 mei 2017, nr. 531, ECLI:FR:CCASS:2017:C100531, www.courdecassation.fr; C. SIFFREIN-BLANC, “Homme ou femme, pas de place pour le sexe neutre”, *AJ Famille* 2016, 261.

¹⁵⁵ Cass. (FR) 4 mei 2017, nr. 531, ECLI:FR:CCASS:2017:C100531, www.courdecassation.fr.

¹⁵⁶ P. CANNOOT, “Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af” (noot onder GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019) *T.Fam.* 2020,17-26, §23; P. CANNOOT, “De knuppel in het genderhok: op weg naar M/V/X in de Nederlandse geslachtsregistratie?” (noot onder Rb. Limburg (NL) 28 mei 2018, zittingsplaats Roermond, familie en jeugd) *T.Fam.* 2019, 49-54, §10.

104. Er zijn daarbij heel wat inter- en supranationale verdragen en regelgevingen, die nog steeds impliciet of expliciet gebaseerd zijn op het binair onderscheid.¹⁵⁷ Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan alle grensoverschrijdende samenwerkingen omtrent wederzijdse rechtshulp en opsporingen van personen in het buitenland.¹⁵⁸ Hier kunnen eventueel praktische problemen ontstaan met betrekking tot de verschillen inzake opslag van persoonsgegevens en de identificatie van personen. In dit verband rijzen bijkomend ook vragen met betrekking tot bijkomende rechtsbeschermingen die aan personen worden geboden op basis van hun mannelijke of vrouwelijke geslacht en waarbij potentieel nieuwe categorieën vooralsnog worden uitgesloten.

105. Een aantal internationale instrumenten zien daarentegen de binariteit van het juridische geslacht graag veranderd of staan ten minste open voor een verbreding van de geslachtscategorisatie.¹⁵⁹ Een interessant voorbeeld daarvan zijn de Yogyakarta-beginselen (+10) uit 2017, die werden opgesteld door een uitgebreid panel van mensenrechtelijke experts. Deze beginselen vormen: ‘een aantal bindende principes over de toepassing van de internationale mensenrechten met betrekking tot seksuele oriëntatie en genderidentiteit.’¹⁶⁰

106. In beginsel 31 van de Yogyakarta- beginselen wordt gesteld dat er voor individuen een recht is op juridische erkenning. Dit betekent dus dat het aan staten is om:

- A) Het geslacht als element van registratie uit de rechtsorde te elimineren met betrekking tot de juridische persoon en de identiteitsdocumenten van het individu.*
- B) (..)*
- C) Indien alsnog registratie van geslacht of gender blijft bestaan, dan moet voor individuen:*
 - i. Toegang bestaan tot een systeem, waarbij ieders intrinsiek beleefde genderidentiteit juridisch tot uiting kan worden gebracht.*
 - ii. Toegang bestaan tot een veelvoud aan opties, die geschikt zijn voor de persoonlijke genderidentiteit van ieder individu.*
 - iii. Toegang bestaan tot een systeem, waarbij niet geselecteerd wordt op basis van bepaalde criteria.*¹⁶¹

¹⁵⁷Hier dienen als voorbeeld onder andere: Council of Europe, *The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence* 11 May 2011, available at: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/text-of-the-convention> (hereafter: Istanbul Convention); Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/BZ van de Raad, *Pb.L.* 15 april 2011, afl. 101, 1; UN General Assembly, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13.

¹⁵⁸ Zie G. VERMEULEN, *Basisteksten Internationaal en Europees strafrecht*, Oud-Turnhout, Gompel & Svacina, 2019 voor een relevante opsomming van supranationale instrumenten.

¹⁵⁹Verordening van het Europees Parlement en de Raad (EU) 2019/1157, 20 juni 2019 betreffende de versterking van de beveiliging van identiteitskaarten van burgers van de Unie en van verblijfsdocumenten afgegeven aan burgers van de Unie en hun familieleden die hun recht van vrij verkeer uitoefenen, *Pb.L.* 12 juli 2019, afl. 188, 67; Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 2191 (2017) Promoting the Human Rights of and eliminating discrimination against intersex people, 12 October 2017; Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015) Discrimination against transgender people in Europe, 22 April 2015; International Commission of Jurists (ICJ), Yogyakarta Principles (+ 10). Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles 10 November 2017. (hierna: Yogyakarta Beginselen (+10)).

¹⁶⁰ Yogyakarta Beginselen (+10), 4-5.

¹⁶¹ Beginsel 31, Yogyakarta Beginselen (+10).

107. Beide voorstellen, die door het Grondwettelijk Hof werden voorgelegd, voorzien in een dergelijk recht op juridische erkenning. Uit de bewoordingen en structuur van beginsel 31 blijkt het mensenrechtelijke panel alsnog een duidelijke voorkeur te hebben voor de totale schrapping van de geslachtsregistratie als element van de burgerlijke staat. De creatie van een neutraal, derde geslacht is daaraan dan ondergeschikt.

Afdeling 3. Hypothetische herstel mogelijkheden

108. De herstel mogelijkheden, die ten opzichte van elkaar worden geanalyseerd en vergeleken, zijn:

- **De schrapping van het geslacht als element van de burgerlijke staat**
- **De creatie van een neutraal derde geslacht.**

De focus voor dit onderdeel ligt vooral op het juridische belang van de geslachtsregistratie. Beide hypothesen vertrekken dus vanuit het principe van de geslachtsregistratie, waarop het huidige stelsel nog steeds is gebaseerd. Per hypothese worden enkele voor- en nadelen tegenover elkaar afgewogen. Op basis daarvan wordt bepaald, welke hypothese het meest kans heeft om in de toekomst door de wetgever te worden gekozen. Dit zal meteen ook de herstelmaatregel zijn, die voor dit onderzoek het meest relevantie en doelgerichtheid kent.

I. Volledige schrapping van de geslachtsregistratie als element van de burgerlijke staat

109. Bij een volledige schrapping registreert de burgerlijke stand het geslacht niet meer op de akte van de geboorte.¹⁶² Dit betekent dat nergens nog officieel melding gemaakt wordt van iemands geslacht. De burgerlijke stand is als systeem immers verbonden met het Rijksregister, en zo ook met het bevolkingsregister.¹⁶³ Binariteit of non-binariteit spelen in dit rechtssysteem niet langer een rol, aangezien deze herstelmaatregel het geslacht uit het rechtssysteem verwijdert.

110. Deze herstelmaatregel neutraliseert enigszins de genderstereotypen, die vandaag gangbaar zijn. De burgerlijke stand bevestigt dan niet langer het onderscheid tussen de verschillende geslachten. De focus op de ‘binaire standaard’ en de ‘non- binaire afwijking’ bestaat juridisch dan niet meer. Dit opent in eerste instantie alvast een paar progressieve deuren inzake gender, die totnogtoe gesloten zijn gebleven. Variaties van de genderidentiteit worden dan eindeloos, ongelimiteerd en grensoverschrijdend.¹⁶⁴ De volledige schrapping zou dan gezien kunnen worden als

¹⁶² Art. 6 en art. 44 BW.

¹⁶³ Art. 4bis, wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 21 april 1984; Art. 6, §2 Wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 3 september 1991.

¹⁶⁴ D.COOPER & F. RENZ, “If the State Decertified Gender, What Might Happen to Its Meaning and Value?”, *Journal of Law and Society* 2016, (483) 504-505.

de ultieme wetgevende uiting van een inclusief recht op zelfbeschikking inzake genderidentiteit. Het valt echter nog enigszins af te wachten of het onderscheid tussen binariteit en non-binariteit ook in andermans werkelijkheid ophoudt te bestaan. De sociale categorisatie op basis van het geslacht blijft dan nog steeds een sociologische realiteit.¹⁶⁵

111. Dergelijke ongelimiteerde keuzemogelijkheid vormt bijgevolg een organisatorisch kluwen waarbij doelmatig onderzoek en overheidsbeleid op maat van het individu quasi- onmogelijk worden.¹⁶⁶ Daarbij mag niet worden vergeten dat geslacht en gender (terecht of onterecht) voor een cisnormatieve meerderheid van de Belgische bevolking nog altijd een belangrijk onderdeel van de maatschappelijke onderverdeling vormen. De juridische grondslagen van deze onderverdeling uit de rechtsorde verwijderen, ontkent dan enigszins de maatschappelijke realiteit ervan.

112. De cijfers van Transgender Infopunt geven aan dat bij ongeveer 30.000 Belgen de innerlijk beleefde genderidentiteit niet volledig overeenstemt met het fysieke geboortegeslacht. Daarnaast is 1/3 van de transpersonen non-binair. Er moet hierbij worden aangegeven dat deze cijfers een ruwe schets vormen op basis van een aantal onderzoeken en registraties, maar dat bij transpersonen ook een grote ‘verborgen groep’ leeft, die zich niet in de statistieken laat zien.¹⁶⁷ Daarbij moeten ook de intersekse personen worden opgeteld, die 1,7 % van de Belgische bevolking uitmaken. Dat zijn ongeveer 185.000 Belgen, die geboren worden met de geslachtskenmerken van zowel man als vrouw.¹⁶⁸ Er zijn in totaal dus 11.431.406 Belgen, waarvan er ongeveer 30.000 personen met zekerheid als transpersoon kunnen worden beschouwd. Nog eens 185.000 Belgische inwoners daarvan zijn intersekse personen.¹⁶⁹ Zelfs in de hypothese dat de verborgen groep (waarvoor geen statistisch bewijs bestaat) één miljoen Belgen zou omvatten, zijn er nog steeds 10 miljoen cisnormatieve Belgen waarvoor de binaire categorisatie zowel het fysieke als het psychische geslacht weerspiegelt. De maatschappelijke kost van de volledige schrapping is dan vrij hoog voor de binaire meerderheid van 10 miljoen Belgen ten opzichte van de juridische baten voor de (non-binaire) trans- en interseksegemeenschap als minderheid.

113. Het juridisch erkennen van de innerlijk beleefde genderidentiteit blijft daarbij een belangrijke en legitieme doelstelling. Deze doelstelling kan echter ook op een andere, minder vergaande manier worden nagestreefd. De Transgenderwet van 2017 was al het progressieve resultaat van een moeilijk politiek compromis.¹⁷⁰ De vraag kan dan worden gesteld of er eigenlijk wel een politiek en maatschappelijk draagvlak bestaat voor een volledige schrapping van het binaire systeem.¹⁷¹ Het geslacht blijft dan als feitelijk concept in het ijl bestaan, waar de

¹⁶⁵ Zie *supra* 80-83.

¹⁶⁶ J. CLARKE, “Identity and Form”, *Cal.L.Rev.* 2015, (747) 768-769.

¹⁶⁷ Transgender Infopunt (Informatiecentrum Transpersonen). (2020, 27 februari). Cijfers, Geraadpleegd van <https://transgenderinfo.be/f/pers/cijfers/>.

¹⁶⁸ J. CLARKE, “They, them and theirs”, *Harv. L. Rev.* 2019, (894) 898; Intersekse Vlaanderen. (2020, 7 april). Wat is intersekse? Geraadpleegd van <https://www.interseksevlaanderen.be/>.

¹⁶⁹ Intersekse personen kunnen net als binaire en fluïde personen voordeel halen uit de herstelmaatregel, die door het Grondwettelijk Hof is bevolen. Ook deze groep van personen zweeft immers tussen de binaire categorieën van man en vrouw.

¹⁷⁰ G. VERSCHELDEN, “Nieuwe transgenderwetgeving: knopen doorhakken”, *T. Fam.* 2015, (242) 242.

¹⁷¹ G. VERSCHELDEN, “Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie?”, *T.Fam.* 2018, (66) 68.

juridische tastbaarheid ervan sterk vermindert. De initieel onzekere rechtspositie van een minderheid, ontnemt daarmee rechtszekerheid aan het grotere geheel. Dergelijke gevolgen lijken de ‘bepaalde ongemakken’ die door het EHRM waren bedoeld toch te overstijgen.¹⁷²

114. In wat volgt, worden twee toepassingsgevallen besproken, waarin de gevolgen van bovenvermelde hypothese enigszins wordt aangetoond.

i. Nieuw vernietigingsberoep voor het Grondwettelijk Hof

115. Het is mogelijk dat de meerderheidsbevolking zich gediscrimineerd voelt door de nieuwe herstelmaatregel van de volledige schrapping der geslachtsregistratie. Dan kan in theorie door deze meerderheidsbevolking een nieuw vernietigingsberoep worden ingesteld bij het Grondwettelijk Hof. Ook passieve discriminaties zijn tenslotte verboden onder artikel 10 en 11 van de Gw.¹⁷³ Dit betekent dat ook situaties die verschillend zijn, niet steeds gelijk mogen worden behandeld.¹⁷⁴ Het Grondwettelijk Hof stelt hier het volgende:

“Diezelfde regels verzetten er zich overigens tegen dat categorieën van personen die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in een volledig verschillende situatie bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.”¹⁷⁵

116. De volledige schrapping van de geslachtsregistratie zou voor het Hof aangevochten kunnen worden als disproportioneel en impertinent. Personen met een binaire genderidentiteit worden dan op dezelfde manier behandeld als de non-binaire en fluïde minderheid. De geslachtsregistratie volledig afschaffen heeft als voornaamste doelstelling om aan non-binaire en fluïde personen een gepast alternatief voor juridische erkenning te bieden. Het is de bedoeling daarmee de ongelijkheid, die voorheen bestond, weg te werken.¹⁷⁶

117. Hoewel deze ongelijkheid door een volledige schrapping van het juridische geslacht wel degelijk zou verdwijnen, verdwijnt hiermee ook een belangrijk samenlevingssegment voor de Belgische bevolking in het algemeen. Ook de meerderheidsbevolking heeft het recht om hun seksuele (binaire) identiteit erkend te zien. De volledige schrapping van het geslacht als element van de burgerlijke staat kan dan niet objectief en redelijk worden verantwoord. Er is immers geen redelijk verband van evenredigheid tussen het aangewende middel van de volledige schrapping en het wegwerken van de ongelijkheid als het beoogde doel. Dergelijke disproportionaliteit zou potentieel weer een nieuwe ongrondwettigheid in het leven kunnen roepen.¹⁷⁷

¹⁷² AP Garçon en Nicot/Frankrijk; EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, § 93.

¹⁷³ Art. 10 en 11 Gw.

¹⁷⁴ C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch Staatsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 712.

¹⁷⁵ ArbH, arrest nr. 4/92 van 23 januari 1992, Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid, overweging B.2.3.

¹⁷⁶ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019.

¹⁷⁷ C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch Staatsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 712-713; ArbH 13 oktober 1989 nr. 23/89, Biorim, overweging B.1.3.

ii. Bewijsmoeilijkheden bij de Antidiscriminatiewet

118. Bij een volledige schrapping van de geslachtsregistratie zal het bijzonder moeilijk zijn om juridisch bewijs te leveren dat iemand mannelijk of vrouwelijk is. Dit komt omdat het geslacht niet langer juridisch tegenstelbaar kan worden gemaakt aan derden.¹⁷⁸ Er ontstaat dan één grote bevolkingspoel, waarin iedereen ‘schijnkelijk’ is volgens de wet. Dergelijke schijnbaarheid vloeit voort uit het feit dat mensen de natuurlijke neiging hebben om elkaar te gaan classificeren volgens het onderscheid. Het risico op discriminatie blijft bijgevolg gewoon verder bestaan. Het is dan de loutere aanwezigheid van een andere sociale groep, die discriminatie in de hand werkt.¹⁷⁹ Door een schrapping van de geslachtsregistratie dreigt de juridische bescherming van gediscrimineerde groepen echter enigszins te verdwijnen.

119. Voor de Belgische antidiscriminatiewetgeving zijn twee wetten vooral belangrijk. Enerzijds is er de Antidiscriminatiewet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna: Antidiscriminatiewet).¹⁸⁰ Anderzijds is er ook de voornoemde Genderwet inzake de discriminatie tussen vrouwen en mannen.¹⁸¹ Individuen die direct of indirect worden gediscrimineerd op basis van één van de beschermde criteria uit de antidiscriminatiewetgeving worden wettelijk beschermd en kunnen daartegen juridisch verhaal uitoefenen.¹⁸² Het onderscheid tussen beide wetten wordt gemaakt op basis van de beschermde criteria, die door elke wet afzonderlijk bepaald worden. De algemene Antidiscriminatiewet beschermt individuen gebaseerd op leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap en iemands sociale afkomst.¹⁸³ De Genderwet daarentegen hanteert enkel geslacht als beschermd criterium.¹⁸⁴ Daaronder wordt ook verstaan het onderscheid dat gemaakt wordt op grond van geslachtsverandering, genderidentiteit, genderexpressie of seksekenmerken.¹⁸⁵ Het is deze laatste wet, die van belang zal zijn in het kader van dit onderzoek.

120. De registratie van iemands geslacht is geen noodzakelijke voorwaarde voor het ontwikkelen van een discriminatiebeleid. Er zijn immers andere beschermde criteria zoals ras, religie en seksualiteit, waarvoor ook geen juridische registratie bestaat.¹⁸⁶ Toch wordt de bewijslast onnodig gecompliceerd voor ieder individu in de samenleving dat iets wenst te ondernemen bij geslachtsdiscriminatie. Bij discriminatie is het de eisende partij, die feiten moet aanvoeren die het bestaan van discriminatie doen vermoeden en de verwerende partij, die dient te bewijzen dat er geen discriminatie heeft plaatsgevonden.¹⁸⁷

¹⁷⁸ Zie *supra* 65.

¹⁷⁹ A. VAN HIEL. (2013). *Sociale Psychologie*, Gent, België: Academia Press. 476.

¹⁸⁰ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007 (hierna: Antidiscriminatiewet).

¹⁸¹ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *BS* 30 mei 2007 (hierna: Genderwet).

¹⁸² Art. 15-19 Antidiscriminatiewet; Art. 20- 25 Genderwet.

¹⁸³ Art. 4, 4° Antidiscriminatiewet.

¹⁸⁴ Art. 4 Genderwet.

¹⁸⁵ Art. 4 §2 en 3 Genderwet.

¹⁸⁶ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 108.

¹⁸⁷ Art. 28 Antidiscriminatiewet en art. 33 Genderwet.

121. Artikel 33 van de Genderwet haalt daarbij een aantal mogelijkheden aan, om als eiser feiten van discriminatie te kunnen aantonen. Het gaat hier onder andere over:

“1° Gegevens waaruit het patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen van hetzelfde geslacht of verschillende losstaande meldingen bij belangenverenigingen

2° De situatie van het slachtoffer van ongunstigere behandeling is vergelijkbaar met de situatie van de referentiepersoon

3° Algemene statistieken over de situatie van een groep, waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstiger behandeling blijkt.”¹⁸⁸

122. Al deze mogelijkheden veronderstellen de indeling volgens bepaalde geslachtsgroepen, die bij de volledige schrapping van de geslachtsregistratie juridisch niet meer bestaan. De schrapping maakt een discriminatiebeleid daarmee niet onmogelijk, maar wel heel abstract. Daarbij worden noch het fysieke geslacht, noch de innerlijk beleefde genderidentiteit van een persoon rechtsgeldig vastgesteld. Dit betekent dat in theorie van derden niet kan worden verwacht dat zij het geslacht of de genderidentiteit van deze personen kennen. Ook het bewijs daartoe leveren wordt een moeilijke zaak. Dergelijk bewijs voorleggen is nooit echt eenvoudig. Bij discriminatie op basis van ras, religie of seksualiteit kan in theorie nog enigszins feitelijk bewijs worden voorgelegd. Iemands huidskleur, geboorteplaats, religieuze klederdracht en -gewoonten, samenlevingspartner, getuigenissen (etc.) bieden eventueel nog ondersteuning voor een rechtbank. Bij geslacht, genderidentiteit en genderexpressie ligt dit momenteel iets moeilijker, omdat al deze zaken vandaag de dag door elkaar heen lopen. Ook de wetgever heeft in zijn parlementaire voorbereidingen reeds te kennen gegeven dat de problematiek van de geslachtsdiscriminatie een andere behandeling vereist dan de andere vormen van discriminatie. Dit aparte discriminatiebeleid kwam al enigszins naar voor bij de oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen.¹⁸⁹

123. Gender- en transdiscriminatie zijn reële en vaak zeer ernstige vormen van discriminatie, die tot nog toe steeds een volledig overkoepelend wettelijk beschermingskader misten.¹⁹⁰ De gecompliceerde bewijslast inzake alle vormen van geslachts- en genderdiscriminatie lijkt dan ook contradictoir te zijn met de bedoelingen van de transorganisaties, de wetgever en het Grondwettelijk Hof. Het juridisch bewijs leveren dat iemand gediscrimineerd werd op basis van geslacht of genderidentiteit zou daardoor een juridisch kluwen kunnen worden, waar woord tegen woord- situaties de efficiënte en rechtvaardige rechtsgang sterk zouden belemmeren.

¹⁸⁸ Art. 33 Genderwet.

¹⁸⁹ Wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 11-12; Wet van 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen, *BS* 31 december 2002.

¹⁹⁰ Wetsontwerp van 24 maart 2014 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, 3483/001, 3-4.

124. Het juridische onderscheid volledig wegwerken door middel van een schrapping, toont wel degelijk een positieve welwillendheid om genderdiscriminatie te bestrijden. In werkelijkheid maakt dit overheidsbeleid echter geen einde aan de discriminatie-categorisatie, die eigen is aan een samenleving. Zoals terecht door SWENNEN werd aangehaald, is een registratie geen noodzakelijke voorwaarde voor een discriminatiebeleid.¹⁹¹ Het omgekeerde is helaas ook waar, want registratie is geen noodzakelijke voorwaarde voor discriminatie.

125. Dezelfde bewijsproblematiek is ook van toepassing op internationale instrumenten. Dat het Belgische rechtsstelsel op weg is om genderneutraal te worden, is alvast een stap in de goede richting van een gelijkwaardig rechtssysteem. België is voor bepaalde zaken echter nog steeds gebonden aan de overkoepelende werking van bepaalde supranationale organisaties, zoals de Verenigde Naties, de Europese Unie en de Raad van Europa. Supranationale instrumenten zijn voor sommige rechtstakken dus wel nog steeds binair geworteld of ten minste gebaseerd op een bepaald geslacht.¹⁹² Zolang geen internationale consensus bestaat over de (non)- binariteit van het rechtssysteem, zouden de Belgische onderdanen voor sommige zaken dan in een internationaalrechtelijk niemandsland blijven functioneren, waarbij het bewijs van geslacht juridisch gezien moeilijk te leveren is.

126. Hier kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Istanbul-Conventie van 2011, inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld.¹⁹³ De Conventie is een verdrag van de Raad van Europa dat inzet op de bijkomende bescherming van een specifiek vrouwelijke geslachtsgroep tegen geweldpleging.¹⁹⁴ De Raad van Europa verduidelijkt daarbij dat een beschermend genderperspectief ten opzichte van andere kwetsbare groepen, zoals transgenders of homoseksuelen ook in het overheidsbeleid moet worden opgenomen.¹⁹⁵ Een volledige schrapping van de geslachtsregistratie brengt dan niet alleen bewijsmatig moeilijkheden met zich mee, maar compliceert ook de creatie van dergelijk gendergefocust beleid.

¹⁹¹ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 108.

¹⁹² Hier dienen als voorbeeld onder andere: UN General Assembly, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13; Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/BZ van de Raad, *Pb.L.* 15 april 2011, afl. 101, 1.

¹⁹³ Council of Europe, *The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence* 11 May 2011, *CETS* no. 210. (hierna: Istanbul-Conventie).

¹⁹⁴ Council of Europe. (2020, 7 April). Istanbul Convention-Action against violence against women and domestic violence: The Convention in brief. Available at [https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/the-convention-in-brief#%2211642301%22:\[0\]](https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/the-convention-in-brief#%2211642301%22:[0]).

¹⁹⁵ *Ibid.*

II. De creatie van een derde geslachts categorie (X)

127. Bij deze hypothetische herstelmaatregel wordt het onderscheid tussen mannen (M) en vrouwen (V) niet langer als een binair gegeven erkend. De wetgever voegt dan een derde categorie (X) toe aan het systeem van de burgerlijke staat en dus ook aan het huidige rechtstelsel. Er ontstaat als het ware een juridisch triumviraat, waarbij ruimte is voor mannelijke, vrouwelijke en onzijdige persoonlijkheden. Individuen registreren het geslacht dan in samenhang met het fysieke geslacht of in functie van de innerlijk beleefde genderidentiteit. Bij cisnormatieven vallen beide zaken samen. De derde categorie hanteert hierbij een inclusief juridisch kaderwerk, waarbij intersekse-, non-binaire en fluïde individuen een plaats vinden. Ook wie zichzelf daarentegen niet als intersekse, non-binair of fluïde wenst te categoriseren, kan zich naar eigen believen onder deze open categorie registreren. Beide systemen kunnen elkaar complementeren en de bestaande hiaten kunnen worden opgevuld.

128. De term die gebruikt wordt voor deze categorie varieert per land. Landen als Duitsland en Oostenrijk hanteren voor het derde geslacht bijvoorbeeld tekens als *'inter'*/*'open'*/*'divers'*.¹⁹⁶ Binnen dit onderzoek wordt het geslachtsteken (X) gehanteerd, dat al een bepaalde maatschappelijke herkenbaarheid heeft verkregen in de media.¹⁹⁷ Daarnaast is de letter X taalkundig gezien ook het geslachtsteken dat het minst voor interpretatie vatbaar is en zodus het recht op zelfbeschikking het meest bevestigt. Aan tekens als *'inter'*, *'open'* of *'divers'* kan immers weer een bepaalde definiëring worden gekoppeld, die individuen opnieuw gaat categoriseren volgens een bepaalde verwachting.

129. Duitsland beperkt de toegang tot het neutrale, derde geslacht in de praktijk tot individuen met intersekse-kenmerken.¹⁹⁸ De focus ligt hier opnieuw op een aantal medische vereisten. Dit soort voorwaarden zou ons in een oogopslag terug slingeren naar de tijd van de sterk bekritiseerde Transseksualiteitswet.¹⁹⁹ Dit lijkt geen geschikte herstelmaatregel te zijn voor het Belgische rechtssysteem, dat een inclusief kaderwerk probeert te hanteren.²⁰⁰ Dergelijk inclusief karakter biedt hier een toegankelijke en laagdrempelige manier om de realiteit ook juridisch erkend en genormaliseerd te zien. Het emotionele aspect dat aan de erkenning van dergelijk geslacht wordt gekoppeld, mag bovendien niet worden onderschat.²⁰¹

¹⁹⁶ F. FONTEYN, "Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet" (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §19.

¹⁹⁷ Hier dienen als voorbeeld onder andere: B. BOUTSEN en H. GOEDGEBEUR. (2019, 19 juni). Transgenderwet wordt deels vernietigd: naast M en V, binnenkort ook X op identiteitskaart? *VRT NWS*. Geraadpleegd van <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2019/06/19/transgenderwet-wordt-deels-vernietigd-naast-m-en-v-moet-ook-x/>; XX (2019, 19 juni). Grondwettelijk Hof: geslacht in geboorteakte moet 'X' kunnen zijn. *De Tijd*. Geraadpleegd van <https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/federaal/grondwettelijk-hof-geslacht-in-geboorteakte-moet-x-kunnen-zijn/10138072.html> (..)

¹⁹⁸ Bundesverfassungsgericht (DE) 10 oktober 2017, 2019/16; F. FONTEYN, "Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet" (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §20.

¹⁹⁹ Zie *supra* 24.

²⁰⁰ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 9; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.1; F. FONTEYN, "Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet" (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §19.

²⁰¹ J. CLARKE, "They, them and theirs", *Harv. L. Rev.* 2019, (894) 937.

130. Bij een binaire registratie vormt de overgang naar het andere geslacht voor sommigen een te grote stap, die niet steeds met de realiteit overeenstemt. Bepaalde stigma's rond transgenders worden hier dan net in de verf gezet, waar een derde categorie het recht op zelfbeschikking van deze personen net zoveel mogelijk probeert te erkennen. Dit ligt bijgevolg ook volledig in lijn met het inclusieve toepassingsgebied dat de wetgever met de Transgenderwet heeft willen beogen.²⁰² Het systeem aanpassen en verbreden, is trouwens een stuk beheersbaarder, dan volledig onderuithalen wat al bestaat. De wetgever heeft niet voor niets gesteld dat een geleidelijke vooruitgang diende te worden gemaakt inzake de verwijdering van het geslacht als element van de Belgische wetgeving.²⁰³

131. Vooralsnog zijn veel Belgische wetten niet genderneutraal gemaakt. In de tussentijd kan bij deze hypothetische herstelmaatregel in een overgangsmaatregel worden voorzien. Deze overgangsmaatregel biedt dan aan alle individuen met het geslacht (X) een gelijkaardige bescherming als deze die aan personen van het mannelijke en het vrouwelijke geslacht wordt geboden. Op deze manier krijgt de wetgever voldoende tijd om een kwalitatieve, genderneutrale wetgeving op te stellen, zonder dat voor sommigen aan rechtsbescherming en rechtszekerheid moet worden ingeboet. Dergelijke overgangsbepaling kan er dan bijvoorbeeld als volgt uitzien:

“De individuen, waarvan het geslachtsteken (X) is, ten gevolge van de wet van (...) dienen op dezelfde manier rechten en plichten te worden toegekend als de personen van het mannelijke en het vrouwelijke geslacht met geslachtstekens (M) en (V). Deze overkoepelende regeling kent uitwerking voor zover niet letterlijk in een genderneutrale, wetgevende bepaling is voorzien.”

132. Bij het vinden van een geschikte herstelmaatregel is het volgens CANNOOT ook erg belangrijk om een constructieve en uitgebreide dialoog te gaan voeren met de doelgroep.²⁰⁴ Het is net een gebrek aan dergelijke dialoog waardoor een aantal bepalingen in de Transgenderwet door de transgemeenschap negatief werden onthaald.²⁰⁵ In 2014 liet transgenderorganisatie Cavaria reeds weten dat zij pleiten voor de invoering van een derde geslacht.²⁰⁶ Daarnaast stelde de World Professional Association for Transgender Health in het ‘*Identity Recognition Statement*’ van 2017 dat een derde geslachts optie mogelijk moest zijn.²⁰⁷ Dat de transgemeenschap open staat voor deze herstelkans is van het grootste belang. Het is tenslotte de bedoeling dat dergelijke derde geslachts optie de reële ervaringen van personen, die niet onder (M) of (V) vallen, voldoende reflecteert.²⁰⁸

²⁰² Zie *supra* 38 en 43.

²⁰³ Verslag Kamercommissie, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/004, 17.

²⁰⁴ P. CANNOOT, “Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af” (noot onder GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019) *T.Fam.* 2020,17-26, §25.

²⁰⁵ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019; P. CANNOOT, T. JANS & J. MOTMANS (3 december 2019). *Human Rights @ De Krook: Rechten van trans*personen.*

²⁰⁶ Hier dienen als voorbeeld onder andere: XX. (2014, 14 februari) Cavaria pleit voor de invoering van een derde geslacht voor transgenders. *De Morgen*. Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/nieuws/cavaria-pleit-voor-de-invoering-van-een-derde-geslacht-voor-transgenders~b85d7ad3/>.

²⁰⁷ The World Professional Association for Transgender Health. (2017). *Identity Recognition Statement.*

²⁰⁸ J. CLARKE, “They, them and theirs”, *Harv. L. Rev.* 2019, (894) 937.

133. Aan de andere kant herbevestigt een derde categorie de normalisatie van het binaire onderscheid.²⁰⁹ Wie zich niet kan identificeren met het binaire geslacht, wordt dan alsnog in een afwijkende restcategorie ondergebracht. Een derde geslacht is dan misschien wel een beleidsmatige erkenning van non-binaire en fluïde personen, maar in de praktijk worden deze personen vaak alsnog gestigmatiseerd en gestereotypeerd. De erkenning van hogerhand zorgt dan niet steeds voor een vangnet in de praktijk.²¹⁰

134. In wat volgt, worden opnieuw kort twee toepassingsgevallen besproken, waarin de gevolgen van bovenvermelde hypothese enigszins wordt aangetoond.

i. Nieuw vernietigingsberoep voor het Grondwettelijk Hof

135. Zoals hierboven reeds vermeld, was deze Transgenderwet het resultaat van een vrij moeilijk, politiek compromis.²¹¹ Ook hier kan de vraag worden gesteld of er eigenlijk wel een politiek en maatschappelijk draagvlak bestaat voor de creatie van een derde geslachtscategorie (X).²¹² Het Grondwettelijk Hof zet de wetgever met het arrest (X) hoe dan ook onder druk om een vergaande aanpassing van het binaire systeem in te voeren. Een verandering van het bestaande systeem is dan steeds een kwestie van proportionaliteit en doelmatigheid.

136. Het toevoegen van een derde categorie (X) heeft hier een minder grote invloed op de publieke opinie dan een volledige schrapping van de burgerlijke geslachtsregistratie. De binaire categorisatie van de meerderheid blijft dan bestaan en er wordt slechts bijkomend een derde categorie aan toegevoegd. Er is hier dan geen sprake van actieve of passieve discriminatie, aangezien elk individu zich kan identificeren volgens de eigen genderidentiteit.²¹³ De persoonlijke autonomie, zoals gewaarborgd in artikel 8 EVRM kan dan voor ieder individu afzonderlijk worden gegarandeerd.²¹⁴

ii. Bewijsmoeilijkheden bij de Antidiscriminatiewet

137. Hoewel de registratie van het geslacht geen noodzakelijke voorwaarde is voor een discriminatiebeleid, werkt het wel degelijk faciliterend.²¹⁵ Dit betekent dat de categorisatie volgens geslacht, het discriminatiebeleid een stuk minder abstract maakt. Geslachtsregistratie werkt hier beleidsgeleidend. Het zorgt daarbij voor de nodige krijtlijnen, waarbinnen een antidiscriminatiebeleid kan worden uitgetekend. Het is onvermijdelijk dat de creatie van een derde

²⁰⁹ F. FONTEYN, “Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet” (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031, §19.

²¹⁰ J. CLARKE, “They, them and theirs”, *Harv. L. Rev.* 2019, (894) 937.

²¹¹ G. VERSCHULDEN, “Nieuwe transgenderwetgeving: knopen doorhakken”, *T. Fam.* 2015, (242) 242.

²¹² G. VERSCHULDEN, “Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie?”, *T.Fam.* 2018, (66) 68.

²¹³ C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch Staatsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 712-713; ArbH 13 oktober 1989 nr. 23/89, overweging B.1.3; ArbH, arrest nr. 4/92 van 23 januari 1992, Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid, overweging B.2.3.

²¹⁴ GwH 19 juni 2019, nr. 99/201, overweging B.5.5; EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty/Verenigd Koninkrijk*, § 61; EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, *Van Kück/Duitsland*, §69 en §73; EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06, *Schlumpf/Zwitserland*, §100.

²¹⁵ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 108.

geslachtscategorie opnieuw voor een bepaalde stigmatisering en stereotypering zal zorgen. De erkenning van een derde sociale groep leidt hier evenzeer tot bepaalde vormen van discriminatie. Anders dan bij de volledige schrapping van de geslachtsregistratie, kan de beleidsmaker hier alsnog in een bijkomende bescherming voorzien voor kwetsbare groepen. De afbakening volgens verschillende geslachtscategorieën vereenvoudigt dit beleidsproces. De registratie van het geslacht is als deel van de burgerlijke staat dan een soort schild dat in de rechtsorde kan worden gebruikt.²¹⁶ Niet alleen vormt iemands burgerlijke staat dan een beschermd criterium onder de Antidiscriminatiewet. Iemands juridische geslacht en genderidentiteit, als beschermde criteria van de Genderwet, kunnen daarnaast onmiddellijk en eenvoudig worden bewezen.

138. Bij de creatie van een derde geslachtscategorie (X) kan van derden wel degelijk worden verwacht dat het geslacht als element van iemands rechtspositie gekend is. Ook de bewijsmogelijkheden uit artikel 33 van de Genderwet worden terug realistisch.²¹⁷ Deze bewijsmogelijkheden veronderstellen de indeling van de samenleving volgens bepaalde groepen. De creatie van een derde geslachtscategorie bakent deze sociale groepen zeer duidelijk af en maakt bewijs hierdoor een stuk eenvoudiger.

139. Hetzelfde geldt dan voor de bewijsregeling van rechten en plichten onder internationale instrumenten. Hierbij kunnen op dezelfde manier rechten en plichten worden gewaarborgd voor een derde categorie, als voor mannen en vrouwen reeds het geval is. Dit kan opnieuw via een overgangsregeling, die dezelfde internationale rechten en plichten waarborgt aan mensen van elke geslachtscategorie.

III. Conclusie: Welke herstelmaatregel is het meest geschikt voor de juridische erkenning van non-binaire en fluïde personen?

140. Geslacht is een maatschappelijk element. Dat valt moeilijk te betwisten. Het is een weergave van de maatschappelijke realiteit van de Belgische meerderheidsbevolking en een belangrijk voorbeeld van efficiënte categorisatie in ons sociaal verkeer. De juridische verankering van het geslacht reflecteert tot op heden dus de maatschappelijke onderverdeling, die eigen is aan een samenleving.

141. Het schrappen van een geslachtregistratie is dan wat een *juridische fictie a contrario* kan worden genoemd. Bij een juridische fictie wordt een denkbeeldige situatie gesimuleerd om de rechtsgang te simplificeren. Bij een *juridische fictie a contrario* gebeurt net het omgekeerde.²¹⁸ Iets wat in de maatschappij bestaat en belang kent, wordt uit het juridisch landschap weggefilterd. Het is daarbij van groot belang om te beseffen dat een wijziging in het juridisch landschap niet *per se* een wijziging van de maatschappelijke perceptie omtrent geslacht zal teweegbrengen. Er ontstaat hiermee een soort juridische schijngeleekheid, die ervoor moet zorgen dat het onderscheid op basis van geslacht niet meer juridisch wordt vertaald. Het recht op zelfbeschikking inzake de seksuele identiteit wordt hier op

²¹⁶ J. CLARKE, "They, them and theirs", *Harv. L. Rev.* 2019, (894) 937.

²¹⁷ Art. 33 Genderwet.

²¹⁸ Deze term is eigen aan de auteur van dit onderzoek en kent geen gekende grond in de rechtsdoctrine.

absolute wijze ingevuld, waardoor personen oprechte erkenning krijgen voor het eigen individu, dat losstaat van het geslacht. De creatie van een variatie aan verschillende genderidentiteiten wordt dan mogelijk, zonder dat hiervoor een wettelijk kader noodzakelijk is.²¹⁹ Het doel hiervan is om discriminatie en uitsluiting op basis van geslacht tegen te gaan. In realiteit is discriminatie echter vooral het sociologische gevolg van de indeling in verschillende, sociale groepen. Het is bijgevolg onvermijdelijk. Gelijkheid is hier dan opnieuw een onwettelijk streven, waar gelijkwaardigheid de realiteit zou moeten zijn.

142. Het is hier van het grootste belang dat de verschillen tussen individuen erkend worden. Dit is voor hen niet alleen emotioneel waardevol, maar voor de overheid ook organisatorisch effectief. Met rechtszekerheid, een kwalitatieve bewijsregeling en het recht op zelfbeschikking als legitieme doelstellingen in het achterhoofd, lijkt de creatie van een derde geslachtscategorie dan ook de meest geschikte herstelmaatregel te zijn. Voor categorisatie ter organisatie zijn hokjes en afbakeningen bovendien gewoonweg een noodzakelijk kwaad. Deze afbakeningen maken het onder andere mogelijk om kwetsbare groepen in kaart te brengen en een gepast discriminatiebeleid uit te tekenen. Ook de bewijsregeling in dat verband wordt enigszins vereenvoudigd, als op voorhand (voor derden) vaststaat welk juridisch geslacht iemand heeft. Zolang het juridische geslacht grond kent in de Belgische wetgeving, moet er per slot van rekening een juridische mogelijkheid zijn om dat geslacht te gaan bewijzen. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met de feitelijke rechtsgevolgen van iemands geslacht in rechtstakken als het strafrecht, het familierecht en het gezondheidsrecht. Met de creatie van een derde geslachtscategorie wordt het recht op zelfbeschikking voor alle partijen enigszins gerespecteerd. Het maatschappelijk en politiek draagvlak is hiervoor dan ook het grootst. Daarnaast houdt het huidige, organisatorische kader beleidsmatig nog stand en kan een genderneutrale wetgeving de wetsbepalingen wegwerken, die alsnog een onnodig onderscheid maken tussen personen van een verschillend geslacht.

143. De eerste centrale onderzoeksvraag wordt dan als volgt beantwoord: De creatie van een derde geslachtscategorie (X) is het meest geschikt voor de juridische erkenning van non-binaire en fluïde personen zoals deze door het Grondwettelijk Hof werd bevolen.

²¹⁹ D.COOPER & F. RENZ, "If the State Decertified Gender, What Might Happen to Its Meaning and Value?", *Journal of Law and Society* 2016, (483) 504-505.

DEEL III. STRAFRECHT ALS ONDERZOEKSDOMEIN

144. Strafrecht als rechtstak is een erg omvangrijk gegeven. De implicaties van een derde geslachtscategorie (X) op de gehele rechtstak onderzoeken overstijgt dan ook de mogelijkheden en de bedoelingen van dit onderzoek. Daarom worden in dit onderzoeksdeel de relevante aspecten van het strafrecht aangeduid en uiteengezet.

HOOFDSTUK 1. ALGEMEEN

145. Volgens VAN DEN WYNGAERT is het strafrecht: ‘een tak van het publiekrecht die de handhaving van wetten poogt na te streven, onder bedreiging van strafsancities of straffen.’²²⁰ Het strafrecht kan worden onderverdeeld in het *materieel strafrecht* enerzijds en het *strafprocesrecht* anderzijds. Het materieel strafrecht wordt gedefinieerd als: ‘het geheel der rechtsregels waardoor bepaalde gedragingen strafbaar worden gesteld en gesanctioneerd.’ Het strafprocesrecht wordt anderzijds gedefinieerd als: ‘het geheel van de procedurele spelregels volgens welke het materieel strafrecht wordt toegepast.’ Het materieel strafrecht focust zich dan meer op de inhoudelijke regelgeving van bepaalde gedragingen als misdrijven, waar het strafprocesrecht de toepasselijke procedures regelt, wanneer iemand van dergelijk misdrijf wordt verdacht.²²¹ Dit onderzoek focust in eerste instantie op de gevolgen van een derde geslachtscategorie (X) op het geldende materieel strafrecht. Bijgevolg heeft dit ook een aantal impliciete implicaties op het strafprocesrecht, met name in de bewijsregeling.

146. De wettelijke bronnen voor dit onderzoek zijn voornamelijk het Belgische Strafwetboek met daaraan gekoppeld een aantal complementaire en bijzondere strafwetten. Daarnaast is ook de interpretatie van deze wettelijke bronnen in rechtsleer en rechtspraak van groot belang.

147. Het Belgische Strafwetboek is opgesplitst in twee onderdelen. Boek I bevat het algemene onderdeel voor de principes, die op alle misdrijven van toepassing kunnen zijn.²²² Dit boekdeel verduidelijkt dan bijvoorbeeld wanneer iemand medeplichtig (deelneming) is of wat er gebeurt als iemand na een eerdere veroordeling opnieuw een misdrijf pleegt (herhaling).²²³ Boek II van het Strafwetboek bevat dan het bijzonder strafrecht. Dit boekdeel kan als het ware gezien worden als een soort punitieve prijslijst. Deze prijslijst omschrijft dan telkens nauwkeurig de verboden gedraging en koppelt deze vervolgens aan een toepasselijke strafmaat volgens een bepaald niveau. Een aantal voorbeelden zijn de gevangenisstraf als vrijheidsbenemende maatregel en de geldboete als vermogensstraf. Daarnaast bestaan ook nog straffen als de werkstraf, het elektronisch toezicht en de ontzetting van bepaalde politieke en

²²⁰ A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 2.

²²¹ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 4.

²²² A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 6.

²²³ Art. 54- 57bis Sw. *juncto* art. 61 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw. en art. 67-69 Sw. *juncto* art. 20 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

burgerlijke rechten.²²⁴ Het straffen van een dader heeft dan als gevolg dat: ‘er een bepaald leed wordt toegevoegd aan de situatie van de dader, omdat deze door de straf getroffen werd in zijn vrijheid, vermogen of eer.’²²⁵

148. De strafmaat biedt in het geval van vrijheidsstraffen of geldboetes steeds een zekere beoordelingsruimte aan de rechter, om binnen te bewegen. Deze beoordelingsruimte situeert zich tussen de minimum- en de maximumstraf en wordt ook wel *de strafvork* genoemd. Afhankelijk van bepaalde verzwarende of verzachtende omstandigheden kan de strafvork enerzijds verhoogd of verlaagd worden ten aanzien van de minimum- of maximumstraf. Verzwarende omstandigheden verhogen de minimum- en/of maximumstraf, waar verzachtende omstandigheden de strafvork daarentegen verlagen ten aanzien van de minimumstraf.²²⁶

VOORBEELD: *De verkrachting van een meerderjarige persoon wordt bestraft met een gevangenisstraf van minimum vijf jaar en maximum tien jaar.²²⁷ Het is dan aan de rechter om te beoordelen op welke periode, binnen deze marge van vijf jaar, hij of zij de straf zal bepalen. Afhankelijk van hoe zwaar de feiten worden beoordeeld, kan de dader dan bijvoorbeeld een gevangenisstraf krijgen van vijf jaar, maar ook van bijvoorbeeld zeven of tien jaar.*

Indien de verkrachting werd gepleegd met de drijfveer van discriminatie tegen een persoon vanwege diens geslacht, dan kan het minimum van de straf met twee jaar worden opgetrokken. Dit is wat men noemt de verzwarende omstandigheid inzake discriminatie.²²⁸ Deze persoon wordt vooralsnog dan strenger bestraft binnen de strafvork van zeven tot tien jaar.²²⁹

Indien de verkrachting werd gepleegd door een minderjarige, dan wordt de strafvork naar beneden getrokken tot aan een gevangenisstraf van ten minste één maand en van ten hoogste vijf jaar.²³⁰ Dit is wat de verzachtende omstandigheid van de minderjarigheid wordt genoemd. Dit betekent dat de straf voor een minderjarige lager ligt dan voor een meerderjarige. De rechter oordeelt hier dan binnen een strafvork van één maand tot vijf jaar.²³¹

149. Anno 2020 bevindt het Strafwetboek uit 1867 zich te midden van een belangrijke hervorming.²³² Minister van Justitie GEENS richtte daartoe in 2015 de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht op.²³³ Het was de taak

²²⁴ Art. 7 Sw. *juncto* art. 36-62 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²²⁵ A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 5.

²²⁶ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 283-285; art. 8 en art. 235 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw. *juncto* art. 9, art. 30 en art. 36-37 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²²⁷ Art. 375 Sw. *juncto* art. 134 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²²⁸ Art. 377bis Sw. *juncto* art. 235 en art. 141 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²²⁹ Het Commissievoorstel bepaalt dat verkrachting op basis van discriminatie bestraft zal kunnen worden binnen een strafvork van tien tot vijftien jaar.

²³⁰ Art. 80, zesde lid Sw; art. 30 en art. 35 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²³¹ Het Commissievoorstel bepaalt dat verkrachting door een minderjarige bestraft zal kunnen worden binnen een strafvork van drie tot vijf jaar.

²³² Het is hier belangrijk om te nuanceren dat de oorsprong van het Strafwetboek zich dan wel in 1867 bevindt, maar dat er sindsdien erg veel actuele wijzigingen in zijn doorgevoerd. Sommige bepalingen zijn dan erg oud, waar andere bepalingen eerder recent zijn.

²³³ MB 30 oktober 2015 houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en het strafprocesrecht, BS 29 december 2015.

van deze Commissie om een voorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek voor te bereiden en het huidige strafrecht zo op eenduidige wijze te moderniseren.

150. De tekst die voor dit onderzoek wordt gebruikt is het voorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek dat door de Commissie in boekvorm werd gegoten (hierna: Commissievoorstel).²³⁴ Het voorstel heeft als voornaamste doelstellingen om de strafwetgeving te hervormen op een wijze die accuraat, coherent en eenvoudig is.²³⁵ Op 13 maart 2019 werd op basis van dit commissievoorstel een wetsvoorstel voorgelegd aan het parlement.²³⁶ Het wetsvoorstel verschilt daarin op een aantal (politieke) punten van het commissievoorstel. Aangezien de creatie van een derde geslacht (X) opnieuw een aantal belangrijke politieke compromissen vooronderstelt, is binnen dit onderzoek gekozen voor het originele commissievoorstel. Het arrest (X) vooronderstelt een grondige wijziging van het Belgische rechtsstelsel in zijn geheel. Politieke compromissen over elkaar heen stapelen zou voor een minder kwalitatieve strafwetgeving kunnen zorgen. In het licht van een dubbele hervorming lijkt het dan ook beter om het gehele commissievoorstel met een schone lei te heroverwegen.²³⁷

151. In wat volgt, wordt eerst kort duiding gegeven bij een aantal relevante basisprincipes van het Belgische strafrecht. Dit is belangrijk om bepaalde mogelijkheden of obstakels van een derde geslachts categorie (X) voldoende uit te kunnen vouwen. Dit onderzoeksdeel beperkt zich onder meer tot het materieel en het moreel element van een misdrijf, het legaliteitsbeginsel, en de strikte interpretatie daarvan in het strafrecht.

HOOFDSTUK 2. STRAFWET IN TIJD EN RUIMTE

Afdeling 1. Toepassing van de strafwet in de tijd

152. De strafwetgeving kent een beperkte toepassing in de tijd. Een feit dat gepleegd werd zonder dat er op dat moment een strafbaarstelling voor bestond, kan nadien niet meer voor de rechtbank worden gebracht.²³⁸ Dit komt omdat iedereen vanaf de invoering van een nieuwe wetsbepaling geacht wordt om de wet te kennen (“*Nemo censetur ignorare legem*”) en zijn handelen daaraan aan te passen. Individuen kunnen hun gedragingen uiteraard niet hebben aangepast aan iets dat op het moment van de feiten niet wettelijk verboden was. Dit is wat de *niet-retroactieve*

²³⁴ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019.

²³⁵ *Ibid.*, 151.

²³⁶ Wetsvoorstel (R. TERWINGEN & S. BECQ) tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-2019, nr. 3651/001.

²³⁷ Intussen werden ook een aantal andere wetsvoorstellen voorgelegd in het parlement, die allen sterk voortbouwen op het originele voorstel. Hier wordt zoveel als mogelijk rekening mee gehouden in de loop van dit onderzoek.

²³⁸ Art. 2 §1 Sw; Art. 2 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw; A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 5.

toepassing van de strafwet in de tijd wordt genoemd.²³⁹ Dit principe houdt nauw verband met het legaliteitsbeginsel.²⁴⁰

VOORBEELD: *Het misdrijf voyeurisme is in België pas strafbaar gesteld in 2016. Als Marco in 2015 een aantal naakte studenten bespied heeft in de kleedhokjes van een zwembad, dan kan hij daar strikt genomen niet meer voor worden veroordeeld of bestraft. Als Marco daarentegen in 2018 een aantal studenten bespied heeft in de kleedhokjes van een zwembad, dan kan hij daar ondertussen wel voor worden veroordeeld en bestraft. Het is nu onder een bepaalde wetsbepaling inzake voyeurisme immers verboden om: 'rechtstreeks personen te observeren zonder de toestemming van die persoon of buiten diens medeweten, terwijl hij ontbloot is en terwijl hij zich in omstandigheden bevindt, waar hij in redelijkheid kan verwachten dat zijn persoonlijke levenssfeer niet zal worden geschonden.'²⁴¹ Marco wordt geacht dit wettelijke verbod op voyeurisme te kennen. Daardoor heeft de rechterlijke macht hier de nodige bewegingsruimte om Marco te gaan vervolgen en veroordelen, op basis van wat in het Strafwetboek geschreven staat.*

Afdeling 2. Toepassing van de strafwet in de ruimte

153. In beginsel is de strafwetgeving territoriaal van toepassing op het Belgische grondgebied.²⁴² Het maakt daarbij niet uit of het strafbare feit werd gepleegd door een Belgische onderdaan of door een vreemdeling.²⁴³ Misdrijven gepleegd buiten het Belgische grondgebied, worden enkel vervolgd in de bij de wet bepaalde gevallen.²⁴⁴

HOOFDSTUK 3. HET MISDRIJF

154. Misdrijven worden gedefinieerd als: 'de gedragingen, die door de wet zijn omschreven en waarop een straf is gesteld.'²⁴⁵ Er zijn vooralsnog drie soorten misdrijven: misdaden, wanbedrijven en overtredingen.²⁴⁶ Het Commissievoorstel voor een nieuw Strafwetboek stelt een tweeledige indeling voor zonder overtredingen.²⁴⁷ Naargelang van de ernst van de gedragingen worden misdaden dan zwaarder bestraft met een criminele straf, waar wanbedrijven bestraft worden met een correctionele straf.²⁴⁸ De onderverdeling is van een technische aard en dient in hoofdzaak om bepaalde strafrechtelijke concepten strenger of minder streng toe te passen, rechterlijke bevoegdheden vast te stellen of termijnen te bepalen.²⁴⁹

²³⁹ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 10; C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 99.

²⁴⁰ Zie *supra* 157.

²⁴¹ Art. 371/1 Sw. *juncto* art. 133 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁴² Art. 3 Sw; art. 3 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁴³ Art. 3 Sw; art. 3 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁴⁴ Art. 4 Sw; art. 3 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁴⁵ A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 5; C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 178.

²⁴⁶ Art. 1 Sw.

²⁴⁷ Art. 9 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁴⁸ Art. 1 Sw. *juncto* art. 9, art. 36-37 en art. 39-40 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁴⁹ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 187.

155. Daders zijn de actieve subjecten van een misdrijf. Slachtoffers zijn de passieve subjecten van een misdrijf. Daders voeren actief een handeling uit, die volgens de strafwet is verboden. Slachtoffers zijn dan onderworpen aan de gedragingen, die actief door deze dader worden gesteld.²⁵⁰

156. Misdrijven worden telkens opgesplitst in een uiterlijk materieel, en een innerlijk moreel bestanddeel.²⁵¹ Het materieel bestanddeel van een misdrijf veruiterlijkt zich in de: ‘uiterlijk waarneembare verschijningsvorm van een gedraging, zoals hij (voor elk specifiek misdrijf) door de strafwet wordt verboden.’²⁵² Het moreel bestanddeel van een misdrijf is daarentegen: ‘de schuldvorm waarmee de verboden gedraging wordt gesteld.’²⁵³ Er kan dan geen misdrijf plaatsvinden, zonder dat er een schuldcomponent in de vorm van opzet of onachtzaamheid aanwezig is (“*Nullum crimen, sine culpa*”). In de bredere betekenis van het woord wordt schuld bijkomend gekoppeld aan verwijtbaarheid. Hierdoor moet een strafbare gedraging aan de dader kunnen worden verweten, vooraleer deze schuld kan treffen.²⁵⁴

VOORBEELD: *Lea werkt als drukker bij de Nationale Bank van België, waar de Belgische bankbiljetten worden gedrukt. De Nationale Bank van België wordt op een dag overvallen. De overvallers richten Lea een pistool op het hoofd en dwingen haar om 1 miljoen euro bij te drukken. Lea is op dat moment niet gemachtigd door de bevoegde overheid om geld bij te drukken en veruiterlijkt daarmee een gedraging die volgens de strafwet is verboden. ‘Het zonder machtiging van de bevoegde overheid uitgeven van geldtekens als betaalmiddel’ is immers strafbaar.²⁵⁵ Het materieel element van dit misdrijf komt hiermee tot stand. De verboden handeling kan hier echter niet aan Lea worden verweten. Ze heeft het geld immers enkel bijgedrukt, omdat ze vreesde voor haar eigen leven. Aan de morele schuldcomponent is dan niet voldaan. Hier is bijgevolg nog geen sprake van een misdrijf.*

De overval sleept enkele dagen aan en Lea krijgt een relatie met één van de mannelijke overvallers. Ze beslist om met hem een nieuw leven te beginnen op de Caraïben. Om die reden drukt ze nog eens 1 miljoen euro bij. Lea is nog steeds niet gemachtigd door de bevoegde overheid om geld bij te drukken en veruiterlijkt nog steeds een gedraging die door de strafwet is verboden. Aan het materieel element van het ‘uitgeven van geldtekens’ is hier dan nog steeds voldaan. Ondertussen kan de handeling wel aan Lea worden verweten, omdat ze niet langer vreest voor haar eigen leven. Daarbij voert ze wetens en willens het misdrijf uit om er zelf voordeel uit te halen. Aan de morele schuldcomponent is hier nu wel degelijk voldaan.

157. Het materieel en het moreel element vormen de essentiële bestaansvoorwaarden van een misdrijf. Het is aan het openbaar ministerie, dat verantwoordelijk is voor de vervolging van een misdrijf, om deze elementen te bewijzen.²⁵⁶ Zonder het bewijs van deze elementen zijn vervolging en berechting uit den boze. Er zijn een aantal

²⁵⁰ A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 36.

²⁵¹ Art. 5- 7 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw; Cass. 21 februari 2018, RG P.16. 1199.F, *Pas.* 2018, II, 370, (371); Cass.17 september 2013, P.12.1162.N; A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 36;

²⁵² C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 182.

²⁵³ *Ibid.*, 183.

²⁵⁴ Cass. 21 februari 2018, RG P.16. 1199.F, *Pas.* 2018, II, 370, (371); Cass.17 september 2013, P.12.1162.N; A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 36; C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 182-189.

²⁵⁵ Art. 178bis Sw juncto art. 404 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁵⁶ Art. 28bis, §1 Sv; art. 56, §1 Sv; A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 37.

vaste gronden op basis waarvan het bestaan van een misdrijf kan worden uitgesloten. Dit zijn de rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden.²⁵⁷ Deze gronden zijn echter niet van belang voor dit specifieke onderzoek en worden daarom niet verder besproken.²⁵⁸

HOOFDSTUK 4. HET LEGALITEITSBEGINSEL EN DE STRIKTE INTERPRETATIE VAN DE STRAFWET

158. Het legaliteitsbeginsel (“*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”) is een zeer belangrijk fundament van de strafrechtelijke orde en is nauw verbonden met het materieel element van een misdrijf.²⁵⁹ Het betekent dat: ‘Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.’²⁶⁰ Straffen kunnen daardoor ook: ‘niet worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet.’²⁶¹ Het dient om te vermijden dat de overheid haar macht zou misbruiken door willekeurig individuen te veroordelen en te bestraffen.²⁶²

159. De rechterlijke macht is daardoor bij de vervolging en berechting van individuen onlosmakelijk gebonden aan een vast kader. Dit kader moet op voorhand door de wetgever of beleidsmaker zijn uitgetekend. Op die manier is de rechterlijke macht gehouden aan de strikte interpretatie van de strafwet, opdat het legaliteitsbeginsel zeker zou worden gerespecteerd. Dit impliceert dat een rechter de strafwetgeving zo letterlijk als mogelijk dient te interpreteren. Hierbij is een *teleologische interpretatie* van de bewoordingen toegelaten, waar een *analogische interpretatie* ter uitbreiding van de strafwet dan weer verboden is. De teleologische interpretatie vertaalt de wetsbepaling naar de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever, wanneer de tekst niet duidelijk is. Daarbij ‘moet de gedraging onder de wettelijke definitie kunnen worden gebracht en moet er zekerheid bestaan over de wil van de wetgever.’²⁶³ De analogische interpretatie situeert anderzijds vergelijkbare gedragingen onder dezelfde strafwet, waar dat niet de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever was. Er moet een uitdrukkelijk wettelijk verbod bestaan, vooraleer iets als een misdrijf wordt beschouwd. De immoraliteit van een gedraging volstaat dan niet. Beide interpretatiemogelijkheden zijn vaak erg moeilijk van elkaar te onderscheiden.²⁶⁴

²⁵⁷ Art. 70-78 Sw. *juncto* art. 11-16 en art. 22-27 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁵⁸ Duiding hieromtrent kan worden gevonden in: C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 231-268 (rechtvaardigingsgronden) en 328-344 (schulduitsluitingsgronden).

²⁵⁹ Art. 2 Sw. en art. 1 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁶⁰ Art. 12, tweede lid Gw. *juncto* art. 15 BUPO *juncto* art. 7 EVRM.

²⁶¹ Art. 14 Gw. *juncto* art. 15 BUPO *juncto* art. 7 EVRM

²⁶² A. DE NAUW, F. DERUYCK & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 2.

²⁶³ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 85.

²⁶⁴ F. EGGERMONT, S. SMIS, P. PAEPE & W. SCHREURS, *Praktijkboek Rechtsmethodologie*, Brugge, Die Keure, 2019, 129; C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 83-90.

VOORBEELD: *Jakob merkt al enkele maanden dat de elektriciteitsrekening van zijn restaurant een stuk hoger ligt dan normaal. Op een dag komt hij te weten dat zijn buurvrouw Cato een cannabisplantage in haar achtertuin heeft liggen en daarvoor zijn elektriciteit aftapt. Jakob dient een klacht in, wegens diefstal van zijn elektriciteit.*

De wettelijke bepaling van diefstal stelt: ‘Diefstal is het bedrieglijk wegnemen, zelfs kortstondig, van een zaak die aan een ander toebehoort.’²⁶⁵ De advocaat van Cato stelt in zijn verweer dat elektriciteit geen zaak is en dat Cato volgens de strikte interpretatie van de strafwet dus niet strafbaar kan worden gesteld voor diefstal van elektriciteit. Het Openbaar Ministerie stelt daarentegen dat in dit geval de evolutieve interpretatie van de strafwet kan worden toegepast. Aangezien elektriciteit nog geen gangbaar gebruik kende ten tijde van 1867 (zijnde het geboortjaar van het Belgische Strafwetboek) kan redelijkerwijs worden aangenomen dat met ‘zaak’ ook ‘electriciteit’ werd bedoeld. De belangrijkste bedoeling van de wetgever was hier immers om individuen te beschermen tegen het bedrieglijk wegnemen van hun roerende eigendom; de vaste vorm van dat eigendom was daarbij minder belangrijk. Het Openbaar Ministerie haalt hiermee zijn slag binnen en Cato wordt veroordeeld voor diefstal van elektriciteit.’²⁶⁶

Een aantal maanden later komt er een man eten in het restaurant van Jakob. De man trakteert zichzelf op een uitgebreid gastronomisch menu, vergezeld van de beste en duurste wijnen. De man blijft de hele avond zitten en laat zich verder rijkelijk bedienen. Nadat Jakob zich even in de wijnkelder heeft begeven om een nieuwe fles te halen, is de man verdwenen. Zijn rekening bleef onbetaald. Jakob beslist om opnieuw klacht in te dienen wegens diefstal.²⁶⁷ De man is een gekend figuur binnen het politiesysteem en wordt binnen de kortste keren opgespoord. Het Openbaar Ministerie informeert Jakob echter dat diefstal in dit geval niet aan de orde is. Het eten en drinken van de zaken, die door het restaurant werden geserveerd vallen immers niet onder de strikte interpretatie van ‘het bedrieglijk wegnemen van een zaak, die aan een ander toebehoort.’ De spijzen en dranken werden door het restaurant aan de klant gegeven en dus niet door de klant weggenomen.

Diefstal gaan toepassen op dergelijke casus zou een toepassing zijn van de analogische interpretatie van de strafwet en is strikt verboden onder het legaliteitsbeginsel. Het Openbaar Ministerie kan de man dus niet vervolgen voor diefstal, maar kan hem intussen wel vervolgen voor het specifiek toepasselijke misdrijf van afzetterij. Afzetterij van dranken en voeding is het zich wetens en willens in een daartoe bestemde inrichting laten opdienen van dranken of voeding, die men daar geheel of gedeeltelijk verbruikt.²⁶⁸ Ook hier beslist de rechter tot vervolging.

160. De strikte interpretatie van de strafwet moet echter enigszins worden genuanceerd.²⁶⁹ Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof hebben hieromtrent geoordeeld dat: ‘het voor de persoon op wie de strafbepaling toepasselijk is, mogelijk moet zijn om op grond van de strafbepaling de handelingen en verzuimen te kennen die strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich mee brengen. Er moet daarbij rekening gehouden worden met de doelstellingen van de wetgever, de wetgeschiedenis en de interpretatie die door de rechtspraak werd ingegeven.’²⁷⁰

161. De vraag stelt zich dan wel wanneer van de betrokkene redelijkerwijze kan worden verwacht dat hij op de hoogte is van dergelijke interpretaties door rechtscolleges of bedoelingen van wetgevende voorbereidingen. Dergelijke balans van ‘wat hij redelijkerwijs zou moeten weten’ en ‘wat effectief in de wettekst omschreven staat’ zorgt soms voor discussies en onzekerheden, die de rechtszekerheid van daders en van slachtoffers danig in het gedrang kunnen brengen. Ongeacht de rechtszekerheid van daders en slachtoffers wordt door het EHRM echter wel

²⁶⁵ Art. 461 Sw. *juncto* art. 429 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁶⁶ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 86.

²⁶⁷ *Ibid.*, 88.

²⁶⁸ Art. 508bis Sw. *juncto* art. 466 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁶⁹ S. VAN OVERBEKE, “Gsm’en achter het stuur: de geest van de letter van de wet”, (noot onder Cass. 14 januari 2020), *RW* 2019-20, 1082.

²⁷⁰ GwH 16 januari 2020, nr. 2020/1, *NJW* 2020, (116) 117; Cass. 16 januari 2018, P.17.0281.N.

gesteld dat een te starre interpretatie van de strafwetgeving de efficiënte rechtsgang sterk zou kunnen belemmeren. Een element van rechtelijke interpretatie is daarbij onvermijdelijk, om bepaalde evoluties flexibel te benaderen en op te vangen.²⁷¹

162. Advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie TIMPERMAN vat deze balansoefening op volgende wijze coherent samen:

“De legaliteit van een strafbepaling vereist dat ze voldoende toegankelijk is en op zichzelf of in context met andere bepalingen gelezen op voldoende precieze wijze de als strafbaar gestelde gedraging omschrijft, zodat de draagwijdte ervan redelijk voorzienbaar is.

Het gegeven dat de rechter over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt, is op zich niet strijdig met die vereiste van redelijke voorzienbaarheid. Er moet immers rekening worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen, die zij bestraffen. (..) De beoordelingsvrijheid van de rechter wordt mede bepaald door de complexiteit van de te regelen materie en het fundamenteel karakter van het te beschermen rechtsgoed, die een grotere marge voor de rechter kunnen verantwoorden.”²⁷²

163. De expliciete of impliciete vermelding van iemands geslacht kan dan wel degelijk een verschil uitmaken volgens de interpretatie van de strafwet en de toepassing van het legaliteitsbeginsel. Het zal daardoor wenselijk zijn, om het geslacht als element van een wetsbepaling te elimineren waar het eigenlijk geen relevante rol meer speelt. Daarnaast moet ook worden onderzocht voor welke bepalingen het geslacht alsnog een rol speelt.

²⁷¹ EHRM 3 december 2019, nr. 22429/07- nr. 25195/07, Parmak and Bakir/Turkije, §59; EHRM 21 oktober 2013, nr. 42750/09, Del Rio Prada/Spain, §92; EHRM 12 februari 2008, nr. 21906/04, Kafkaris/Cyprus, §141. ; P. POPELIER, “Rechtspraak Europees Hof voor de Rechten van de Mens: Periode oktober-december 2019”, *TVW* 2020, 38-42.

²⁷² Cass. 16 mei 2017, AR P.14.1799. N, *Arr. Cass.* 2017, 1200-1207, concl. M. TIMPERMAN.

DEEL IV. RELEVANTE PROBLEEMSTELLINGEN INZAKE GENDER EN STRAFRECHT

HOOFDSTUK 1. ALGEMEEN

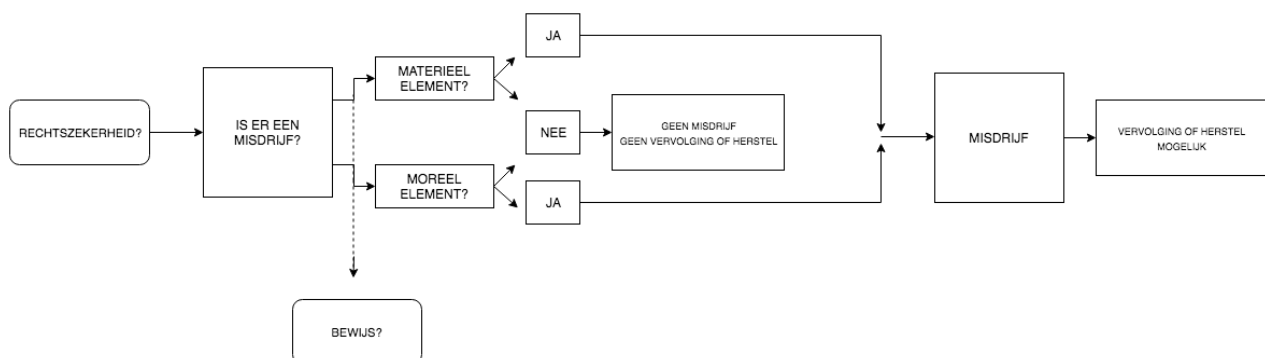
164. Nu een aantal algemene principes zijn afgebakend en toegelicht, kan worden overgegaan naar het volgende onderdeel. De juridische en maatschappelijke rol van het geslacht (X) wordt hier gekoppeld aan het bijzonder strafrecht om antwoord te kunnen bieden op de tweede centrale onderzoeksvraag:

Wat zijn de mogelijke implicaties van een herstelmaatregel (X) op het bijzonder strafrecht?

165. Hier wordt dus onderzocht welke positieve of negatieve gevolgen een derde geslachtscategorie X met zich kan meebrengen in het bijzonder strafrecht. De focus van dit onderzoek ligt hier dan niet op de strafmaat van de misdrijven, maar wel op de rol van het geslacht (X) in de misdrijfomschrijving.

166. Het vorige onderdeel van dit onderzoek spitst zich voornamelijk toe op het belang van het juridische en het maatschappelijke geslacht. De argumentatie uit dit onderzoeksdeel wordt in grote lijnen toegepast op de strafrechtelijke principes uit de vorige afdeling. Dit betekent dat deze strafrechtelijke principes enerzijds worden gekoppeld aan de rechtszekerheid van individuen en anderzijds aan het bewijs dat door het openbaar ministerie wordt voorgelegd. Er wordt hierbij telkens gewerkt aan de hand van een schema in combinatie met een casus, om het denkproces visueel te maken. Elk onderdeel dat wordt onderzocht zoomt dan als het ware in op het relevante stuk van het schema. Het gemaakte onderscheid, dient om de problematiek helder weer te geven. Dit theoretische onderscheid betekent niet dat de verschillende onderzoeks-elementen in de praktijk niet interageren.

Aan de hand van volgend schema worden de verschillende stappen en argumentatielijnen in dit denkproces aangegeven:



Figuur 2: Rechtszekerheid en bewijs in het strafrecht?

167. Het laatste hoofdstuk van dit onderdeel haalt een aantal bijzondere toepassingsgevallen omtrent discriminatie aan. Deze toepassingsgevallen werden te specifiek bevonden, om onder de algemene noemers van rechtszekerheid en bewijs te worden geplaatst. Dit hoofdstuk werkt dan niet met een gelijkaardig schema, maar met aparte casusvoorbeelden.

HOOFDSTUK 2. RECHTSZEKERHEID

168. Het principe van rechtszekerheid vooronderstelt dat: ‘de rechtsonderhorigen de juridische gevolgen van hun gedrag kunnen voorzien, zodat ze dat gedrag kunnen afstemmen op het recht. Het recht moet daarvoor duidelijk, toegankelijk, uitvoerbaar en voorzienbaar zijn.’²⁷³ Het is daarnaast vaste rechtspraak van het EHRM dat een gebrek aan rechtszekerheid een schending kan uitmaken van artikel 6, §1 EVRM: het recht op een eerlijk proces.²⁷⁴ Het belang van rechtszekerheid in het strafrecht situeert zich voornamelijk in de voorzienbaarheid van vervolging en (nadien) berechting van een misdrijf. Voor daders is rechtszekerheid dus belangrijk voor de voorzienbaarheid van een bepaalde straf, waar de rechtszekerheid voor het slachtoffer is gebaseerd op mogelijkheden tot herstel voor geleden schade.²⁷⁵ Om een bepaalde immorele gedraging te kunnen vervolgen, moet deze gedraging dus eerst als misdrijf worden gekwalificeerd.

169. Een misdrijf kan niet bestaan zonder een materieel en een moreel element. Het materieel element van het misdrijf is de veruiterlijking van een door de wet verboden gedraging.²⁷⁶ Dit materieel element wordt geïnterpreteerd volgens het legaliteitsbeginsel en de strikte interpretatie van de strafwet.²⁷⁷ Deze elementen zijn dan ook nauw met elkaar verweven. Het legaliteitsbeginsel en de strikte interpretatie van de strafwet stellen immers dat er geen misdrijf kan bestaan zonder wet en dat deze wet zo strikt mogelijk dient te worden geïnterpreteerd. Bondig gesteld, betekent dit dat een bepaalde gedraging geen misdrijf kan zijn, als deze gedraging niet uitdrukkelijk in de strafwetgeving staat omschreven. Binnen het hoofdstuk rechtszekerheid is het enkel het materieel element van het misdrijf waarop dieper wordt ingegaan. Het is immers de toegankelijkheid tot het materieel element als element van de wetsbepaling, die er in theorie voor zorgt dat aan daders en slachtoffers rechtszekerheid wordt geboden.

170. In het huidige Strafwetboek wordt als aanzet van de wetsbepaling vaak ‘*hij die*’ (in het enkelvoud) of ‘*zij die*’ (in het meervoud) gebruikt. Dit betekent echter niet dat de enkelvoudige strafbaarstelling enkel betrekking heeft op mannen. De strafbepalingen zijn van toepassing op mannen én op vrouwen. In de praktijk levert dit geen

²⁷³ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 865.

²⁷⁴ Art. 6, §1 EVRM; EHRM 29 november 2016, nr. 76943/11, Griekse Katholieke Partij Lupeni e.a./Roemenië, §87-88.

²⁷⁵ Er bestaan uiteraard ook een aantal buitengerechtelijke afhandelingen, die het onderzoeksdomein van deze masterproef sterk overstijgen. Er wordt hier dan ook niet verder op ingegaan.

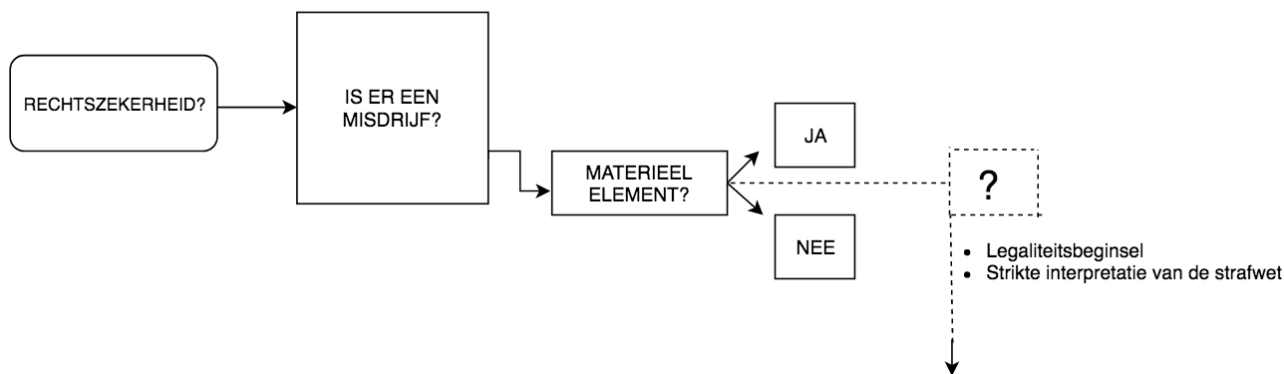
²⁷⁶ Zie *supra*. 155.

²⁷⁷ Zie *supra*. 157-162.

problemen met de rechtszekerheid op. Daarom bouwt het onderzoek hier niet uitgebreid op verder. In het licht van een genderneutrale strafwetgeving, is een neutrale aanzet voor alle wetsbepalingen echter wel aangewezen.²⁷⁸

171. Het commissievoorstel heeft het gehele Strafwetboek in deze zin geherformuleerd. “*Hij die opzettelijk verwondingen of slagen toebrengt, wordt gestraft met*” werd in het voorstel bijvoorbeeld vervangen door “*Gewelddaden worden bestraft met (...)*”²⁷⁹ Dergelijke formulering is alvast een stap in de goede richting voor een genderneutraal recht en dient in elk geval ook voor de toekomst te worden aangespoord.

Afdeling 1. Materieel element van het misdrijf, legaliteitsbeginsel en strikte interpretatie van de strafwet



Figuur 3: Materieel element van het misdrijf als element van rechtszekerheid?

172. Deze afdeling is gericht op de juridische effecten, die iemands geslacht kan hebben op het materieel element van een misdrijf. Dit gebeurt aan de hand van een aantal misdrijven uit het Strafwetboek, namelijk de aanranding van de eerbaarheid, de genitale verminking en de verkrachting. Elk van deze misdrijven geeft het geslacht op een bepaalde manier in de wetgeving weer:

- A. Een expliciete weergave van het geslacht zonder legitieme reden (bij aanranding van de eerbaarheid)
- B. Een expliciete vermelding van het geslacht met legitieme reden (bij genitale verminking)
- C. Een impliciete vermelding van het geslacht zonder legitieme reden (bij verkrachting)

²⁷⁸ J. ROZIE, “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 401.

²⁷⁹ Art. 398 Sw. *juncto* art. 181-189 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek.

I. Aanranding van de eerbaarheid

173. Artikel 372 en 373 van het huidige Strafwetboek definiëren aanranding van de eerbaarheid als: ‘*de aanranding van de eerbaarheid gepleegd op personen of met behulp van personen van het mannelijke of het vrouwelijke geslacht.*’ Dit kan gebeuren zonder geweld of bedreiging, maar dit kan ook gebeuren met geweld, dwang, bedreiging, verrassing, list of een andere onvolwaardigheid of lichamelijk of geestelijk gebrek van het slachtoffer.²⁸⁰

174. Bij aanranding van de eerbaarheid wordt het binaire onderscheid tussen man en vrouw expliciet in de wettekst opgenomen, zonder dat hier een relevante reden voor schijnt te zijn.²⁸¹ Het is daarnaast niet zeker of de wetgever hiermee het fysieke of het juridische geslacht heeft bedoeld. Het onderscheid tussen beiden werd tot 2017 immers niet gemaakt. Dit is wat een expliciete vermelding van het geslacht zonder legitieme reden kan worden genoemd. De zinsnede ‘*van het mannelijke of het vrouwelijke geslacht*’ kent hier geen enkele meerwaarde voor de reikwijdte van de strafbaarstelling en kan zonder gevolgen uit de wettekst worden weggelaten.²⁸²

175. Strikt taalkundig genomen betekent dit dat individuen met het geslacht X, geen slachtoffer kunnen zijn van een aanranding van de eerbaarheid. De strikte interpretatie van de strafwet stelt tenslotte dat niet zomaar naar analogie mag worden geïnterpreteerd en toegepast.²⁸³ Bij onduidelijkheid moet worden gekeken naar de bedoeling van de wetgever en de invulling van de wetgevende bepaling door de rechtspraak.²⁸⁴ Zoals hierboven reeds aangehaald, brengt dergelijke interpretatie soms rechtsonzekerheid mee. Het vraagteken dat in het schema van figuur 3 is opgenomen, verwijst naar deze rechtsonzekerheid.

CASUS: *Dominique is non-binair en staat bij de burgerlijke stand geregistreerd met het geslacht X. Dominique gaat op een avond wandelen door het park. Op een bepaald moment wordt Dominique door ene Herman in de bosjes gesleurd en betast in de borst- en schaamstreek. Dominique kan Herman van zich af slaan en rent naar het dichtstbijzijnde politiebureau. Daar wordt Herman uit een reeks robotfoto's herkend en dient Dominique een klacht tegen hem in bij de politie. Het dossier inzake aanranding van de eerbaarheid wordt voorgelegd aan een magistraat van het openbaar ministerie.*

De magistraat zit met de handen in het haar. Dergelijke situatie is nog nooit voorgevallen. Volgens de letterlijke interpretatie van de strafwet kan Dominique immers niet als slachtoffer van een aanranding van de eerbaarheid worden gezien. Wat kan de magistraat hier doen binnen de krijtlijnen van de huidige strafwetgeving?

176. Indien geen onduidelijkheden over de wetsbepaling bestaan, moet de magistraat deze bepaling interpreteren volgens de gewone taalkundige betekenis. Tot aan het arrest X leverde dergelijke wetsbepaling geen moeilijkheden.

²⁸⁰ Art. 372-373 Sw.

²⁸¹ Dit is ook het geval voor het misdrijf inzake het *bederf van de jeugd en prostitutie* uit artikel 379 Sw.

²⁸² MvT, Wetsvoorstel (Ö. ÖZEN e.a.) tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr.1011/001, 319; MvT, Wetsvoorstel (R. TERWINGEN & S. BECQ) tot invoering van een nieuw Strafwetboek - Boek 1 en Boek 2, MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-2019, nr. 3651/001, 377; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 251.

²⁸³ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 83-90.

²⁸⁴ GwH 16 januari 2020, nr. 2020/1, *NJW* 2020, (116) 117; Cass. 16 januari 2018, P.17.0281.N; EHRM 3 december 2019, nr. 22429/07-nr. 25195/07, *Parmak and Bakir/Turkey*, §59; EHRM 21 oktober 2013, nr. 42750/09, *Del Rio Prada/Spain*; EHRM 12 februari 2008, nr. 21906/04, *Kafkaris/Cyprus*.

Iedereen viel dan onder het binaire toepassingsgebied van deze wetsbepaling, ongeacht of daarmee het juridische of het fysieke geslacht werd bedoeld. Met de invoering van een herstelmaatregel (X) brengt dergelijke wetsbepaling echter wel een aantal interpretatieproblemen met zich mee. De bepaling omtrent aanranding van de eerbaarheid dateert van 1867, maar werd nadien in 2000 en in 2016 aangepast.²⁸⁵ De zinssnede ‘*personen van het mannelijke en het vrouwelijke geslacht*’ werd in beide gevallen bewaard, maar niet verder verduidelijkt. Het is daarom niet zeker of de wetgever hiermee het fysieke of het juridische geslacht heeft bedoeld. Bij de creatie van een derde geslacht scheidt dit onduidelijkheid. Een teleologische interpretatie van de strafwet dringt zich hier op.

177. Bij een teleologische interpretatie van de strafwet kan niet met zekerheid worden gesteld dat een derde geslachtsategorisatie onder de oorspronkelijke bedoeling van de strafwetgever valt. Met het arrest X wordt dan ook een volledig nieuw tijdperk ingezet, dat de wetgever op voorhand niet heeft kunnen voorzien. Strikt genomen maakt een uitbreiding van deze bepaling naar een derde geslacht bijgevolg een schending uit van het legaliteitsbeginsel en de strikte interpretatie van de strafwet. *In casu* kan Dominique dan geen rechtsherstel krijgen als slachtoffer en Herman wordt dan niet vervolgd als dader.

178. De recente nuances op de strikte interpretatie van de strafwet maken herstel en vervolging echter alsnog mogelijk. De magistraat zou hier bijvoorbeeld kunnen argumenteren dat het voor de persoon, die een ander aanrandt ‘redelijk voorzienbaar was, dat de specifieke handeling van de aanranding strafrechtelijke verantwoordelijkheid met zich zou meebrengen.’ Deze bepaling beschermt dan het rechtsgoed van de menselijke integriteit als grondrecht.²⁸⁶ Dit zorgt ervoor dat de rechter een ruimere beoordelingsvrijheid heeft, wat de strikte interpretatie van de strafwet betreft.²⁸⁷

179. Voor het misdrijf aanranding van de eerbaarheid wordt bijkomend aangegeven dat de wetgever het veel te vaag heeft omschreven en dat de nadere invulling ervan afhankelijk is van rechtspraak.²⁸⁸ Het Hof van Cassatie heeft aanranding van de eerbaarheid dan als volgt omschreven:

*“Zij vereist dat handelingen van een bepaalde ernst worden gesteld, die afbreuk doen aan de seksuele integriteit van een persoon, zoals die door het collectieve bewustzijn van een bepaalde samenleving op een bepaald tijdstip wordt ervaren.”*²⁸⁹

²⁸⁵ Wet van 31 mei 2016 tot verdere uitvoering van de Europese verplichtingen op het vlak van seksuele uitbuiting van kinderen, kinderpornografie, mensenhandel en hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *BS* 8 juni 2016; Wet van 1 februari 2016 tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, *BS* 19 februari 2016.

²⁸⁶ Art. 22bis Gw; Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation (2002) 5 on the protection of women against violence*, 30 April 2002, §34; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 240; Dit recht ligt o.a. verankerd in art. 22bis Gw. en in art. 3 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.L.* 26 oktober 2012. Het vindt daarnaast ook grond in tal van andere nationale en internationale regelgevingen.

²⁸⁷ Cass. 16 mei 2017, AR P.14.1799. N, *Arr. Cass.* 2017, 1200-1207, concl. M. TIMPERMAN.

²⁸⁸ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 249; L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit: de misdrijven inzake aanranding van de eerbaarheid, verkrachting, ontucht, prostitutie, seksreclame, zedenschennis en overspel*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 29.

²⁸⁹ Cass. 4 januari 2017, AR P.16.0871. F; Cass. 31 maart 2015, AR P14 0293.

180. Het Hof van Cassatie maakt hier ten eerste geen onderscheid tussen verschillende categorieën van personen. Vervolgens moet de aantasting van de seksuele integriteit van een persoon volgens het Hof bepaald worden in het licht van het bewustzijn van een bepaalde samenleving op een bepaald tijdstip. In alle redelijkheid kan de magistraat ervanuit gaan dat ook personen met het geslacht X volgens de definitie van het Hof van Cassatie onder de wettelijke strafbaarstelling van aanranding van de eerbaarheid kunnen vallen. In het licht van deze recente nuances wordt Herman *in casu* dan vervolgd voor aanranding van de eerbaarheid en riskeert hij daarvoor veroordeeld en gestraft te worden. Dominique kan dan op basis van de veroordeling herstel krijgen voor geleden schade.

181. Dat voor dit feit dergelijke denkoefening moet worden gemaakt, bewijst de onduidelijkheden en discussies, die een binaire bepaling (in de toekomst) met zich kan meebrengen. Met het oog op een heldere en inclusieve strafwettekst is het dus van groot belang om deze binaire strafwetsbepalingen te herwerken. Dit geldt in zoverre zij expliciet het geslacht als element van een misdrijf vermelden, maar wanneer daar geen legitieme reden voor bestaat. Dergelijke bepalingen creëren immers grote rechtsonzekerheid voor zowel daders, als slachtoffers.

CASUS: *Wat kan de magistraat doen, als er een nieuw Strafwetboek wordt ingevoerd naar het model van het Commissievoorstel?*

182. Het Commissievoorstel wijzigt het misdrijf aanranding van de eerbaarheid naar *aantasting van de seksuele integriteit*. Het artikel 132 van dit commissievoorstel definieert aantasting van de seksuele integriteit als volgt: *‘Aantasting van de seksuele integriteit is het wetens en willens stellen van een seksuele handeling op of met behulp van een persoon, dan wel het laten stellen van een seksuele handeling door een persoon die daar niet in toestemt.’*²⁹⁰

183. Het Commissievoorstel schakelt hiermee terecht het binaire onderscheid en de daarmee gepaarde rechtsonzekerheid uit. Een onderscheid dat in de praktijk niet relevant is, hoeft niet juridisch te worden vertaald. De wettekst van de ‘aantasting van de seksuele integriteit’ is een goed voorbeeld van een genderneutrale bepaling, waarbij het individuele seksuele zelfbeschikkingsrecht en de seksuele integriteit voorop worden gesteld.²⁹¹ Deze bepaling focust dan gewoonweg op de persoon van het individu en niet op diens fysieke geslacht of innerlijke genderbeleving.²⁹² Het belang hiervan voor de transgemeenschap wordt zelfs uitdrukkelijk in het commissievoorstel vermeld.²⁹³ *In casu* kan de magistraat Herman dan zonder interpretatieproblemen vervolgen. Herman kan dan veroordeeld worden als dader van een aantasting van de seksuele integriteit, waar Dominique het slachtoffer van is.

²⁹⁰ Art. 132 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

²⁹¹ *Ibid.*, 249.

²⁹² J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 249- 250.

Dezelfde aanpassing gebeurt voor het misdrijf van bederf van de jeugd en prostitutie.

²⁹³ *Ibid.*, 251.

II. Genitale verminking

184. Artikel 409 van het huidig Strafwetboek omschrijft genitale verminking als: ‘*de uitvoering, vergemakkelijking, of bevordering van eender welke vorm van verminking van de genitaliën van een persoon van het vrouwelijk geslacht met of zonder haar toestemming.*’²⁹⁴ De vrouwelijke genitale verminking is een traditioneel-culturele praktijk, oorspronkelijk afkomstig uit Afrikaanse en Aziatische gemeenschappen. Dit ritueel is erop gericht om ‘de seksuele verlangens van vrouwen te onderdrukken door genotsontneming en de kuisheid van vrouwen te bewaren tot aan het huwelijk.’²⁹⁵ Esthetische ingrepen en geslachtsoperaties behoren niet tot het toepassingsgebied van deze bepaling.²⁹⁶

185. Er bestaan daarbij drie categorieën van vrouwenbesnijdenis.

- A.** De vrouwenbesnijdenis, waarbij het uiteinde van de clitoris wordt verwijderd. Dit is de minst zware vorm van genitale verminking.
- B.** De vrouwenbesnijdenis, waarbij de gehele clitoris samen met het gedeelte rond de kleine schaamlippen en de uitwendige geslachtsorganen weggenomen wordt.
- C.** De vrouwenbesnijdenis, waarbij de gehele clitoris samen met de schaamlippen wordt weggenomen. Het gedeelte van de grote schaamlippen dat nog overblijft wordt dan met doornen of taai chirurgisch dichtingsmateriaal over de vagina heen dichtgenaaid. Er wordt daarna een kleine opening gemaakt om urine en menstruatiebloed door te laten. Dit is de zwaarste vorm van genitale verminking.²⁹⁷

186. Traditionele genezers voeren deze besnijdenissen uit met scheermessen. Nadien treden daardoor vaak ernstige fysiologische complicaties en letsels op, zoals:

- Bloedingen, infecties, shock en bloedvergiftiging (door het gebruik van onreine werktuigen).
- Beschadigingen van de omliggende organen en onvruchtbaarheid.
- Gruwelijke pijnen bij seksuele contacten en bij bevallingen door een verharding van de omliggende weefsels.
- Overlijden ten gevolge van bloedverlies.²⁹⁸

Hier zijn dan geen medische voordelen aan verbonden, waardoor deze besnijdenis voor de vrouw steeds nadelig is.

²⁹⁴ Art. 409 Sw.

²⁹⁵ MvT, Wetsvoorstel (J. HERZET) houdende bestraffing van bepaalde gewelddaden gepleegd op minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1995-1996, nr.463/1, 2-3.

²⁹⁶ Verslag namens de Commissie voor Justitie (R. LANDUYT) o.a. over het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming voor meerderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr.1907/7, 32-33; J. ROZIE, “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 408.

²⁹⁷ MvT, Wetsvoorstel (J. HERZET) houdende bestraffing van bepaalde gewelddaden gepleegd op minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1995-1996, nr.463/1, 3-4.

²⁹⁸ *Ibid.*, 5.

187. De wetbepaling, die de vrouwenbesnijdenis strafbaar stelt, bevat hier een expliciete vermelding van het fysieke, vrouwelijke geslacht met een legitieme reden. De wetgever probeert hier dan om de lichamelijke integriteit van jonge vrouwen te beschermen en zo een einde te maken aan flagrante mensenrechtenschendingen ten aanzien van vrouwen.²⁹⁹ De wetgever heeft daarbij duidelijk gemaakt dat het deze ernstige fysiologische letsels van het vrouwelijke lichaam niet langer met de traditioneel-culturele mantel der liefde wilde bedekken.³⁰⁰

CASUS: *Noa is de dochter van een Belgische vrouw en een Malinese man, met een progressieve visie op de opvoeding van hun kinderen. Noa voelt zich al sinds haar zestiende non-binair en besluit om zich op haar 19^e verjaardag als X te laten registreren bij de burgerlijke stand.³⁰¹ Voor de gelegenheid komen de tante en grootmoeder uit Mali op bezoek. Zij zijn beiden van mening dat het hoog tijd is om de seksuele behoeften van Noa te onderdrukken en Noa eindelijk te onderwerpen aan een vrouwenbesnijdenis. Zonder medeweten van de vader van Noa nemen ze Noa mee naar een hotel, waar deze aan het bed wordt vastgebonden. Daarna wordt het ritueel uitgevoerd.*

*Noa is nadien in alle staten en gaat meteen naar de politie om klacht in te dienen. Dit dossier komt terecht bij een magistraat. Deze weet opnieuw geen blijf met deze uitzonderlijke situatie. **Wat kan de magistraat hier doen binnen de krijtlijnen van de huidige strafwetgeving?***

188. Volgens de strikte taalkundige interpretatie van de strafwet, gaat het over *de genitaliën van een persoon van het vrouwelijk geslacht*. Sinds de Transgenderwet vallen het juridische en het fysieke geslacht van een persoon niet steeds meer samen. Bij de wetbepaling inzake genitale verminking kan opnieuw onduidelijkheid bestaan over de taalkundige betekenis van het woord geslacht. Personen met vrouwelijke geslachtsorganen, maar met het juridische geslacht (M) of (X) lopen hier het risico om niet langer door de wetbepaling te worden beschermd. Het gaat hier bijvoorbeeld om transmannen zonder geslachtsoperatie of non-binaire personen met vrouwelijke geslachtsorganen. Aan de andere kant werpt zich de vraag op of personen met mannelijke geslachtsorganen, maar met het juridische geslacht (V) door de bepaling ook bijkomend worden beschermd. Dit geeft opnieuw een aantal problemen met rechtszekerheid.³⁰²

189. Bij onduidelijkheid omtrent de taalkundige interpretatie van de strafwet, kan dan naar de bedoeling van de wetgever worden gekeken.³⁰³ De wetgever van 2000 wilde met de strafbaarstelling voor vrouwelijke genitale verminking dus vooral de lichamelijke integriteit van jonge vrouwen beschermen.³⁰⁴ Deze legitieme doelstelling had als bedoeling om een symbolisch signaal te geven en daarmee het toenemende geweld tegen vrouwen in te dammen.³⁰⁵ De wetbepaling inzake vrouwelijke genitale verminking is dan een soort van juridische publiciteitsstunt

²⁹⁹ MvT, Wetsvoorstel (J. HERZET) houdende bestraffing van bepaalde gewelddaden gepleegd op minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1995-1996, nr.463/1, 5.

³⁰⁰ *Ibid.*, 4.

³⁰¹ Noa heeft de voorafgaande procedures op dat moment reeds doorlopen.

³⁰² Er zou hier beargumenteerd kunnen worden dat er in realiteit weinig raakvlak bestaat tussen beide werelden. Dit komt omdat traditionele omgevingen en genderprogressieve omgevingen eigenlijk niet zo nauw met elkaar verbonden zijn. Juridisch is dit dan weer van geen enkel belang, aangezien de staat steeds moet voorzien in een overkoepelende beschermingsmogelijkheid voor alle belanghebbenden met een relevant fysiek (vrouwelijk) geslacht.

³⁰³ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 83.

³⁰⁴ MvT, Wetsvoorstel (J. HERZET) houdende bestraffing van bepaalde gewelddaden gepleegd op minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1995-1996, nr.463/1, 5.

³⁰⁵ J. ROZIE, "Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?" in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 409.

tegen het stellen van de specifieke gedraging. De verminking van vrouwelijke én mannelijke genitaliën kon immers al strafbaar worden gesteld onder het misdrijf ‘opzettelijke slagen en verwondingen’ uit artikel 398-410^{ter} van het Strafwetboek. Ook de misdrijven foltering en onmenselijke behandeling konden reeds als misdrijfkwificatie worden gebruikt.³⁰⁶ Onder invloed van een toenemende internationale druk voerde de Belgische wetgever echter alsnog een aparte strafbaarstelling in.³⁰⁷ De bepaling van artikel 409 van het Strafwetboek werd later in 2014 en in 2016 uitgebreid, zonder daarbij de genitale verminking als materieel element van het misdrijf te wijzigen. De beschermende bedoeling van de wetgever houdt daarmee tot op heden dus stand.³⁰⁸

190. De wetsbepaling poogt hier verminkingen van de vrouwelijke genitaliën te bestraffen. Het zijn dan de vrouwelijke vagina, clitoris en schaamlippen, die tijdens de besnijdenis worden beschadigd. Vanuit deze bekommernis kan worden afgeleid welk geslacht de wetgever hiermee heeft beoogd, namelijk het fysieke vrouwelijke geslacht. De zinsnede zoals die vandaag in het Strafwetboek staat omschreven, lijkt dus eerder een ongelukkige bewoording te zijn in het licht van een (toen nog) binaire samenleving, dan echt tot bedoeling te hebben non-binair als slachtoffer te willen uitsluiten. Binnen de legitieme bezorgdheden van de wetgever kent het juridische geslacht hier bijgevolg weinig belang. *In casu* kan Noa onder de teleologische interpretatie van de strafwet alsnog als slachtoffer onder het toepassingsgebied van deze bepaling vallen. De magistraat kan hier dan tot vervolging van de familieleden overgaan.

191. Wat rechtszekerheid betreft, kan wel wat aan de wettekst worden gesleuteld. Dergelijke taalkundige bewoordingen zijn in een non-binaire wereld niet langer overduidelijk. Verwijzingen naar ‘het geslacht’ in een wettekst zijn dan verwarrend, wanneer niet verduidelijkt. Dit zorgt voor rechtsonzekerheid bij bepaalde groepen van transpersonen. Indien *per se* een onderscheid moet worden gemaakt op basis van iemands anatomische kenmerken, dan moeten deze kenmerken specifiek in de wetsbepaling worden opgenomen. Dit gebeurt dan zonder te verwijzen naar een bepaalde geslachtscategorie. Binnen een non-binair stelsel is het essentieel dat de juridische geslachtscategorieën (M), (V) en (X) heel duidelijk worden onderscheiden van het fysieke geslacht man, vrouw of intersekse.

³⁰⁶ Art. 398- 410^{ter} Sw.

³⁰⁷ J. ROZIE, “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 409. Hier dienen als voorbeeld onder andere: de Conferentie van Nairobi in 1985; art. 3 en art. 19 UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child 20 November 1989. United Nations, Treaty Series, vol. 1577; UN General Assembly, Declaration on the Elimination of Violence against Women 20 December 1993, A/RES/48/104 en de vierde Wereldvrouwenconferentie in Peking in 1995.

³⁰⁸ Art. 24, wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, BS 19 februari 2016; art. 1, wet 5 mei 2014 tot wijziging van artikel 409 van het Strafwetboek, houdende de strafbaarstelling van het aanzetten tot genitale verminking bij vrouwen, BS 2 juli 2014.

CASUS: Wat kan de magistraat doen, als er een nieuw Strafwetboek wordt ingevoerd naar het model van het Commissievoorstel?

192. Het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek, wijzigt het misdrijf genitale verminking naar *vrouwelijke genitale verminking*. Artikel 192 van het Commissievoorstel definieert vrouwelijke genitale verminking dan als volgt: ‘*Vrouwelijke genitale verminking is het wetens en willens op eender welke wijze verminken van de vrouwelijke genitaliën, met of zonder toestemming van het slachtoffer, alsook het vergemakkelijken of bevorderen hiervan.*’³⁰⁹

193. Onder invloed van het sterk actuele belang en de (inter)nationale verplichtingen tot strafbaarstelling voelt de wetgever zich ook *anno* 2020 blijvend verplicht om dit geslachtsspecifieke misdrijf verder strafbaar te stellen.³¹⁰ Deze vernieuwde bepaling focust taalkundig meer op het anatomische aspect van *de vrouwelijke genitaliën* en niet zozeer op het geslacht van het slachtoffer. Deze taalkundige bewoording ligt in lijn met de internationale omschrijving van het misdrijf door de Wereldgezondheidsorganisatie, zijnde *female genital mutilation* of *FGM*.³¹¹ De memorie van toelichting van het Commissievoorstel vermeldt daarnaast zelfs specifiek dat een aanpassing in deze zin nodig is, om in lijn te liggen met de Transgenderwet van 2017. Er wordt letterlijk gesteld dat: ‘door de wijziging duidelijk wordt dat het de verminking is van de vrouwelijke genitaliën, die wordt gevisieerd, *ongeacht het juridische geslacht van het slachtoffer.*’³¹² Met het oog op rechtszekerheid scoort deze bepaling dan ook een stuk beter dan deze uit het huidige Strafwetboek. *In casu* kan de magistraat zonder discussie vervolgen en komt Noa zonder problemen tot rechtsherstel na berechting.

194. Het Wetsvoorstel zou in principe nog een stuk verder kunnen gaan en de bepaling inzake genitale verminking genderneutraal maken. Meer en meer stemmen gaan immers op voor een expliciete strafbaarstelling van de jongensbesnijdenis. Bij de jongensbesnijdenis wordt de voorhuid van de penis van de (fysieke) man weggesneden. Dit gebeurt omwille van religieuze, hygiënische of medische redenen.³¹³

195. Voorstanders van een genderneutrale strafbaarstelling beargumenteren dan dat de jongensbesnijdenis, net als de vrouwenbesnijdenis, een aantal schadelijke gevolgen met zich kan meebrengen. Deze gevolgen nemen meestal de vorm aan van medische complicaties en problemen met de seksualiteit op latere leeftijd. Het gebrek aan een

³⁰⁹ Art. 192 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

³¹⁰ Hier dienen als voorbeeld onder andere: Art. 38 (a) *juncto* art. 44-45, Istanbul Conventie art. 3 en art. 19 UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child 20 November 1989. United Nations, Treaty Series, vol. 1577; art. 5(a) UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249; United Nations. (2020, 6 February) en art. 22bis- 23 Gw; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 281.

³¹¹ World Health Organization. (2019). *Female Genital Mutilation – Evidence Brief*; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 282.

³¹² J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 282.

³¹³ S. RUTTEN, “Familie en culturele praktijken” in S. RUTTEN, E. RAMAKERS & M. LENAERTS (eds.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (283) 302.

medische vereiste bij religieuze besnijdenissen wordt door sommigen dan sterk bekritiseerd.³¹⁴ Zij stellen dat er geen legitieme redenen zijn om bepaalde letsels te verantwoorden, waardoor een parallel wordt getrokken met de vrouwenbesnijdenis. Het uitsluiten van een expliciete strafbaarstelling voor de jongensbesnijdenis zou dan een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel uitmaken.³¹⁵ VAN DEN WYNGAERT stelt in dit verband enigszins terecht dat:

“Het ontbreken van een bepaalde strafbaarstelling een grondwettelijke lacune is, wanneer er een verwante strafbepaling bestaat, die vergelijkbare daden strafbaar stelt.”³¹⁶

196. Tegenstanders van een expliciete strafbaarstelling van de jongensbesnijdenis beargumenteren hier echter dat de jongensbesnijdenis in principe al strafbaar kan worden gesteld onder het misdrijf ‘opzettelijke slagen en verwondingen’ uit artikel 398-410*ter* van het huidige Strafwetboek.³¹⁷ Ook foltering of onmenselijke behandeling kunnen als misdrijfkwificatie voor deze besnijdenis worden gebruikt.³¹⁸ Het is dus niet zo dat de jongensbesnijdenis volledig buiten de strafbaarstelling van de Belgische strafwet valt. Deze kan vandaag in principe zelfs strenger worden bestraft dan de vrouwelijke genitale verminking.³¹⁹ Onder het Commissievoorstel kan de jongensbesnijdenis in lijn met het huidige Strafwetboek worden bestraft onder gewelddaden, foltering of onmenselijke behandeling.³²⁰

197. Een tweede argument van tegenstanders situeert zich in het gedetermineerd lijden. Bij een vrouw is het lijden na de besnijdenis absoluut zeker. Het ontnemen van het vrouwelijke genot maakt daarbij deel uit van het traditionele kader, dat aan de basis van dergelijke vrouwenbesnijdenis ligt. Er zijn dan geen voordelen aan de besnijdenis verbonden, waar de nadelen steeds zeker en ernstig zijn. Het lijden bij een jongensbesnijdenis is daarentegen steeds onzeker en varieert van ‘geen klachten’ tot ‘ernstig’. Het recht benadert jongensbesnijdenissen dan ook anders dan vrouwenbesnijdenissen.³²¹

198. In veel gevallen is de jongensbesnijdenis een legitieme ingreep, die door medisch personeel wordt uitgevoerd. De medische en hygiënische redenen voor de jongensbesnijdenis brengen *in se* ook verschillende voordelen mee voor mannen. Vooral op het vlak van seksueel overdraagbare aandoeningen (zoals HIV) scoren

³¹⁴ S. RUTTEN, “Familie en culturele praktijken” in S. RUTTEN, E. RAMAKERS & M. LENAERTS (eds.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (283) 303-306; Landesgericht Köln 7 mei 2012, 151 Ns 169/11; Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst. (2010). *Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens*; MvT, Wetsvoorstel (G. LIEKENS & R. DE CALUWE) tot wijziging van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkering gecoördineerd op 14 juli 1994 met betrekking tot de besnijdenis van jongens zonder medische noodzaak, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, 1055/001.

³¹⁵ Art. 10 en art. 11 Gw; J. ROZIE, “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 409.

³¹⁶ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 94.

³¹⁷ Art. 398- 410*ter* Sw.

³¹⁸ Art. 417*bis* – 417*quater* Sw.

³¹⁹ J. ROZIE, “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 409 en 411.

³²⁰ Art. 181-185 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw *juncto* art. 112-125 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

³²¹ S. RUTTEN, “Familie en culturele praktijken” in S. RUTTEN, E. RAMAKERS & M. LENAERTS (eds.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (283) 302.

besneden mannen in de statistieken een stuk beter, dan zij die niet besneden zijn.³²² De Wereldgezondheidsorganisatie erkent de jongensbesnijdenis daarnaast als een legitieme, medische of culturele ingreep. Er dient daarbij wel steeds rekening te worden gehouden met een aantal risicofactoren, zoals leeftijd, om complicaties te vermijden.³²³ In tegenstelling tot de vrouwelijke genitale verminking wordt de jongensbesnijdenis vooralsnog dus niet aan de internationale schandpaal genageld.

199. Vervolgens is de jongensbesnijdenis een essentieel element van de joodse en islamitische religie.³²⁴ Een inperking daarvan zou wel eens als een schending van de vrijheid van religie kunnen worden beschouwd, als de redenen daartoe niet absoluut legitiem zijn.³²⁵ De balans dient hier te worden opgemaakt in hoeverre de hygiënische, religieuze en medische voordelen opwegen tegen de ernst van eventuele complicaties op latere leeftijd. Dat is een denkoefening, die de afbakening van dit onderzoek sterk overstijgt.

200. De kans bestaat hier dat de discussie omtrent jongensbesnijdenissen de poorten opent voor ‘*principeprocessen*.’ Dit zijn processen waarbij het belang van de verzoekende partijen zich *in se* situeert in het benadrukken van bepaalde principes inzake ethiek, moraliteit en religie.³²⁶ Het eigenlijke belang van individuele partijen is daaraan ondergeschikt. Het recht op zelfbeschikking dat de Belgische wetgever hier vaak selectief schijnt toe te passen, wordt hiermee steeds door één van de partijen naar de achtergrond beargumenteerd. Voorbeelden van dergelijke processen zijn het euthanasieproces voor het Hof van Assisen en het proces inzake onverdoofd slachten voor het Grondwettelijk Hof in 2019, en de hangende procedures inzake de boerkini-verboden in Vlaamse zwembaden.³²⁷

201. Met een nieuw Strafwetboek in het vooruitzicht kan het dus interessant zijn om de jongensbesnijdenis op objectieve wijze te gaan evalueren. Een dialoog tussen medische en religieuze experts kan dan voor twee redenen van groot belang zijn. Enerzijds worden de argumenten van beide partijen constructief samengebracht. Eventuele bijsturingen van miscommunicaties worden dan mogelijk. Anderzijds kan dan op eenduidige wijze worden bepaald of een strafbaarstelling om dezelfde redenen noodzakelijk zou moeten zijn voor de jongensbesnijdenis en de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Vooralsnog zijn de meningen hierover te sterk verdeeld, om in dit onderzoek meteen een bijkomende strafbaarstelling aan te moedigen. Eerst moet dan op basis van een constructieve dialoog

³²² World Health Organization. (2007). *Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability*; World Health Organization & UNAIDS. (2010). *Neonatal and child male circumcision: a global review*.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ S. RUTTEN, “Familie en culturele praktijken” in S. RUTTEN, E. RAMAKERS & M. LENAERTS (eds.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (283) 303; O. EL HAMMOUCHI. (2020, 4 maart). Besnijdenis van jongens is van onschatbaar belang voor moslims en joden: hopelijk hebben Kamerleden daar respect voor. *Knack*. Geraadpleegd van <https://www.knack.be/nieuws/belgie/besnijdenis-van-jongens-is-van-onschatbaar-belang-voor-moslims-en-joden-hopelijk-hebben-kamerleden-daar-respect-voor/article-opinion-1570239.html>.

³²⁵ Art. 9 EVRM *juncto* art. 19 Gw.

³²⁶ Deze term is eigen aan de auteur van dit onderzoek en kent geen grond in de wetenschap, literatuur of rechtsdoctrine.

³²⁷ GwH 4 april 2019, nr. 53/2019; Rb. Antwerpen 18 december 2018, nr. 17/4789/A; Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8812; Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8813; N. VANHECKE (2020, 31 januari), Euthanasieproces: de echte betekenis van het proces en het arrest. *De Standaard*, Geraadpleegd van https://www.standaard.be/cnt/dmf20200131_04829664.

worden nagegaan op welke manier een genderneutrale strafbaarstelling kan worden geformuleerd. DE BONDT stelt daarin het volgende voor:

“Eerder dan een discussie over de mate waarin een onderscheid gemaakt moet worden op basis van het gender van het slachtoffer, moet de discussie gaan over de manier waarop mogelijke gradatie in ernst van de besnijdenis in het strafrecht vertaald moeten worden en op welke manier die gradaties zich verhouden tot de mogelijkheid om geldig met een besnijdenis in te stemmen.”³²⁸

202. Dergelijke gradaties van ernst kunnen dan bijvoorbeeld worden bepaald op basis van de ernst van de verminkingen of de ernst van de concrete gevolgen voor het slachtoffer. Bij een strafbaarstelling van de jongensbesnijdenis kan de bepaling inzake genitale verminking dus genderneutraal worden gemaakt. Dit betekent dat er geen bijkomende moeilijkheden zullen ontstaan voor personen met het geslacht (X).

203. Het is dan aan de wetgever om uitdrukkelijk vast te leggen of intersekse kinderen door de wetsbepaling inzake genitale verminking worden beschermd of niet. Intersekse-kinderen hebben een lichaam dat zowel mannelijke als vrouwelijke geslachtskenmerken heeft. Zij ondergaan op jonge leeftijd vaak *normaliserende behandelingen*. Bij een normaliserende behandeling worden de geslachtskenmerken van één van beide geslachten verwijderd, zonder inspraak van het kind. Dit kan leiden tot ‘ernstige psychologische problemen, trauma’s, problemen met de seksualiteitsbeleving (etc.)’ en kan beschouwd worden als een ernstige inbreuk van het recht op zelfbeschikking.³²⁹ Ook hier worden de genitaliën van het kind ernstig aangetast (lees: volledig verwijderd) met seksuele en psychologische problemen tot gevolg. Deze situatie verschilt dan niet zoveel van de traditionele besnijdenissen. Ook daar worden keuzes gemaakt door de omgeving, die een grote invloed kunnen hebben op de zelfontplooiing van het kind. Hier kan dan de vraag worden gesteld of dergelijke normaliserende behandelingen ook niet onder de wetsbepaling omtrent genitale verminking kunnen vallen. Onder de huidige wetgeving is dat voorsnog niet het geval, omdat dergelijke ingrepen niet door de wetgever werden beoogd.³³⁰ Een bijkomende toelichting omtrent het toepassingsgebied van de strafbaarstelling dringt zich op in het licht van de huidige kritieken omtrent deze normaliserende behandelingen.

³²⁸ W. DE BONDT, *Huiselijk geweld en gender in het strafrecht*. (2020). Bijzonder Strafrecht, Universiteit Gent.

³²⁹ P. CANNOOT, “Let it be: Het recht op een persoonlijke autonomie van personen met intersekse/DSD”, *TvS* 2017, 41-2; P. HUYGHEBAERT. (2020, 26 februari). Voorlopig geen verbod op behandelingen intersekse kinderen zonder inspraak, wel een infocampagne. *VRT NWS*. Geraadpleegd van <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2020/02/21/minister-van-gelijke-kansen-muyllle-veel-onwetendheid-over-inte/>.

³³⁰ Verslag namens de Commissie voor Justitie bij het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1998-1999, nr. 1907/7, 32-33.

III. Verkrachting

204. Artikel 375 van het huidig Strafwetboek definieert verkrachting als: ‘*elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt.*’³³¹ Het gaat hier om de impliciete vermelding van het fysieke geslacht zonder legitieme reden. Het fysieke geslacht wordt in deze wetsbepaling impliciet onderstreept, door de klassieke perceptie op *penetratie* en *toestemming*. De taalkundige interpretatie van *penetratie gepleegd op een persoon* levert dan enerzijds een aantal hiaten in de wetgeving op. Anderzijds moeten ook een aantal zaken worden rechtgezet, wat de fysieke toestemming van het mannelijke en het vrouwelijke slachtoffer betreft.

205. Strikt taalkundig genomen vooronderstelt de huidige wetsbepaling inzake verkrachting een actieve penetratie van het slachtoffer door een dader. Ook wanneer: ‘deze dader het slachtoffer ertoe brengt om op zichzelf een seksuele penetratie te plegen, wordt van verkrachting gesproken.’³³² *Penetreren* betekent: ‘het door- of binnendringen van iets.’³³³ Bij actieve penetratie handelt de dader actief penetrerend *op een persoon*, die passief gepenetreerd wordt en de handeling dus ondergaat. Er dient daarbij een seksueel karakter aan de penetratie verbonden te zijn, wat vooronderstelt dat steeds een geslachtsdeel (actief of passief) bij de handeling is betrokken. De seksuele penetratie kan oraal, anaal of vaginaal zijn. Het middel waarmee gepenetreerd wordt is daarbij van geen belang. Zowel de penis, als andere objecten kunnen dan de mond, de anus of de vagina van het slachtoffer binnendringen.³³⁴

206. Dit betekent dat penetratie als verkrachtingselement in drie gevallen mogelijk is volgens de huidige wetsbepaling in het Strafwetboek:

- A. Actieve (penale) penetratie van het slachtoffer met de penis van de dader in mond, anus of vagina.
- B. Actieve penetratie van het slachtoffer met een object door de dader in mond, anus of vagina.
- C. Actieve penetratie van het slachtoffer met een object door het gedwongen slachtoffer in mond, anus of vagina.

Dit betekent dat mannen dader kunnen zijn van een verkrachting in gevallen (A), (B) en (C), waar vrouwen volgens de wet enkel dader kunnen zijn van gevallen (B) en (C). Dit komt, omdat het anatomische verschil tussen mannen en vrouwen een actieve penale penetratie door vrouwen onmogelijk maakt. Deze juridische gang van zaken zorgt voor een aantal hiaten in de praktijk.

³³¹ Art. 375 Sw.

³³² L. STEVENS, “Van opgedrongen tongzoen tot penetrerend slachtoffer” in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (73) 78.

³³³ Penetreren. (2020). In Van Dale (2020).

³³⁴ L. STEVENS, “Van opgedrongen tongzoen tot penetrerend slachtoffer” in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (73) 76 en 78.

207. Een vrouwelijke dader, die passief penaal geïnterpreteerd wordt door haar slachtoffer, valt dan niet onder de hedendaagse omschrijving van verkrachting. Zij wordt in dit geval vervolgd en berecht voor het misdrijf aanranding van de eerbaarheid, dat een stuk minder streng wordt bestraft.³³⁵ Het is hier een verschil in anatomie dat zorgt voor een verschil in bestrafning. Dergelijk onderscheid is dan een belangrijk obstakel voor rechtvaardig recht en is geënt op de maatschappelijke denkfout die vooronderstelt dat vrouwen nooit dader kunnen zijn van seksueel misbruik.

208. Gelijkaardige denkfouten worden gemaakt bij het materieel element van *de toestemming tot seksuele penetratie*. Hier wordt nog te weinig een onderscheid gemaakt tussen de toestemming van het slachtoffer en de reactie van het menselijk lichaam bij het vooruitzicht van een mogelijke penetratie. Deze lichamelijke reactie wordt op zijn beurt weer onterecht gelijkgetrokken met ‘seksuele opwinding of excitatie als deel van het seksueel proces.’ Seksuele excitatie is ‘de mate van seksuele activering of opwindbaarheid, die mensen ervaren als reactie op een bepaalde prikkel.’³³⁶ Fysieke signalen van opwinding en toestemming worden dan soms verkeerd geïnterpreteerd, verkeerd begrepen of met elkaar omgewisseld. De fysiologische veruiterlijking van de seksuele opwinding veruiterlijkt zich enerzijds door het vochtig worden van de vagina (*lubricatie*) bij vrouwen en anderzijds door het stijf worden van de penis (*erectie*) bij mannen.³³⁷ Dergelijke fysiologische reacties geven echter niet steeds de psychologische welwillendheid weer, om tot seksuele penetratie over te gaan. De impliciete instemming van het menselijk lichaam is dan verschillend van de expliciete, persoonlijke toestemming van het slachtoffer.³³⁸

209. Het is een feit dat de penale penetratie moeilijk kan plaatsvinden als de penis niet in erectie is. Dit zorgt ervoor dat de man een actieve rol lijkt te hebben bij de penetratie. Daardoor wordt er bij dergelijke penetratie vaak verkeerdelijk van uitgegaan dat de man seksueel opgewonden is. Het hebben van een erectie staat echter niet steeds gelijk aan seksuele opwinding. Deze denkfout wordt bijkomend versterkt door de perceptie dat mannen door een verhoogd testosterongehalte een meer dwingende seksualiteitsbeleving zouden hebben dan vrouwen.³³⁹ Ten onrechte zorgt dit ervoor dat mannen steeds als seksuele roofdieren worden gezien met een onbeheersbare, seksuele drift.³⁴⁰ Dergelijke drift zou enkel ingeperkt kunnen worden door het stellen van seksuele handelingen. Bruut gesteld wordt de verkrachte man volgens het heersende genderstereotype steeds voldaan in zijn natuurlijke driften. De verkrachte vrouw is daar volgens hetzelfde stereotype echter steeds een prooi van. Deze maatschappelijke perceptie is inherent verkeerd.

³³⁵ Art. 372-373 Sw; I. DELBROUCK, *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, Brugge, Die Keure, 2015, 52.

³³⁶ A. BUYSSE, P. ENZLIN, J. LIEVENS, G. T'SJOEN, M. VAN HOUTTE & H. VERMEERSCH. (2014). *Sexpert: Seksuele gezondheid in Vlaanderen – Valoriseringsrapport*. Gent, Academia Press, 169; G. HEYLENS. *Seksuologie voor psychologen en psychiaters*. (2018), Forensische psychiatrie, Universiteit Gent.

³³⁷ W.W. ISHAK. (2017). *The Textbook of Clinical Sexual Medicine* (first edition). Cham, Switzerland: Springer International Publishing AG; G. HEYLENS. *Seksuologie voor psychologen en psychiaters*. (2018), Forensische psychiatrie, Universiteit Gent.

³³⁸ S. WEARE, “Oh you’re a guy, how could you be raped by a woman that makes no sense: towards a case for legally recognising and labelling ‘forced- to-penetrate’ cases as rape”, *International Journal of Law in Context* 2018, 110-131.

³³⁹ S. MELMED, R.J. AUCHUS, A.B. GOLDFINE, R.J. KOENIG and C.J. ROSEN. (2019). *Williams Textbook of Endocrinology* (14th edition). Amsterdam, The Netherlands: Elsevier; L. STEVENS, “Van opgedrongen tongzoen tot penetrerend slachtoffer” in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (73) 83.

³⁴⁰ L. STEVENS, *Hoe legaal te flirten? Een gids voor vrouwen en mannen over seksueel geweld en #metoo*, Gent, Borgerhoff & Lamberigts, 2019, 99-104.

210. Bij traumatische ervaringen zoals verkrachting is het niet ongevoel dat het lichaam van het slachtoffer zich in een bijzondere staat van verlamming ('*rape induced paralysis*') bevindt.³⁴¹ Uit angst verzet het lichaam zich dan niet tegen de handelingen van de dader. Het lichaam beschermt zich op deze manier tegen bepaalde verwondingen, die door de verkrachting kunnen worden teweeggebracht.³⁴² Dergelijke bevroerings- of verlamingsreacties zijn zelfs een stuk meer voorkomend dan de klassieke vecht- of vluchtreacties, die vaak door niet-slachtoffers worden aangemoedigd. Het is niet ongevoel dat het mannelijke lichaam tijdens dergelijke verlamingsfase ook een erectie krijgt. Deze erectie ligt dan volledig buiten de controle van de man en kan bijkomend een gevoel van schaamte en machteloosheid bieden.³⁴³

211. Ook vrouwen kunnen dader zijn van penaal seksueel misbruik. Dergelijk misbruik situeert zich hier meer in een psychologische machtsverhouding, dan in een verhouding van fysiek geweld.³⁴⁴ Het is de seksuele handeling *an sich*, die als wapen wordt gebruikt bij de destabilisering van het slachtoffer.³⁴⁵ Het gebrek aan verzet en de mannelijke erectie wordt daardoor onrechtmatig als een vorm van expliciete, visueel zichtbare toestemming gezien. Een gebrek aan weerstand kan hier immers nog steeds een gebrek aan toestemming uitmaken.³⁴⁶

CASUS: *Kris en Pascal zijn een koppel. Kris is geboren als vrouw en Pascal is geboren als man. Beiden hebben zichzelf als (X) geregistreerd bij de burgerlijke stand, maar behouden de fysieke kenmerken van hun geboortegeslacht. Op een dag gaat het koppel uit elkaar. Na maanden van afzondering, besluit Kris in het midden van de nacht om nog een aantal oude spullen te gaan ophalen op het appartement van Pascal. De sleutel van zijn woning hangt nog aan haar sleutelbos.*

Eenmaal op het appartement aangekomen, vindt Kris Pascal in het bed. Deze ligt rustig te slapen en heeft geen weet van de aanwezigheid van Kris in de woning. Kris beslist om zichzelf uit te kleden en van de situatie gebruik te maken. Kris klimt bij Pascal in bed en penetreert zichzelf met de penis van Pascal. Pascal is ondertussen wakker geworden, maar kan zichzelf niet verroeren bij het zien van dit ongewone tafereel. Pascal heeft deze seksuele handeling niet gewild en voelt zich beschaamd en vernederd. Kris verlaat de woning en gaat terug naar huis.

*Pascal weet in eerste instantie niet wat te doen. Na een tweetal weken kan Pascal er zichzelf toe brengen om naar de politie te stappen. Het dossier komt terecht op het bureau van een magistraat. De magistraat zit opnieuw met de handen in het haar. Dergelijke situatie heeft zich nog nooit voorgedaan. **Wat kan de magistraat hier doen binnen de krijtlijnen van de huidige strafwetgeving?***

³⁴¹ I. KEYGNAERT & I. VAN MELKEBEKE (2018). *Care for victims of sexual assault - Guide for significant others*. ICRH-Universiteit Gent, Gent, België; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 244.

³⁴² S. WEARE, "Oh you're a guy, how could you be raped by a woman that makes no sense: towards a case for legally recognising and labelling 'forced- to-penetrate' cases as rape", *International Journal of Law in Context* 2018, 110-131; I. DELBROUCK, *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, Brugge, Die Keure, 2015, 57.

³⁴³ J. DEPRAETERE & C. VANDEVIVER. (2019). "#MenToo- De gevolgen en indicaties voor een goede behandeling van mannelijke slachtoffers van seksueel grensoverschrijdend gedrag." *Neuron* 24, (6). 40-44.

³⁴⁴ Hier dienen als voorbeeld onder andere: P. VANTYGHM. (2019, 2 Maart). Battered Men: partnergeweld door de vrouw. *De Standaard Weekblad*, 11-14; P. VANTYGHM. (2018, 22 September). Seksueel misbruik door vrouwen. *De Standaard Weekblad*, 17-21; M. EFTING & A. STOFFELEN (2018, 11 September). Vrouw misbruikt jongen: een slachtoffer getuigt. *Humo*, 42-45.

³⁴⁵ I. DELBROUCK, *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, Brugge, Die Keure, 2015, 55.

³⁴⁶ EHRM 4 December 2003, nr. 39272/98, M.C./Bulgarije, §166 en § 181; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 245.

212. De wetgever van 1989 had als bedoeling om ‘elke penetratie met een penis, ongeacht de aard (oraal, anaal, vaginaal) en elke vaginale of anale penetratie ongeacht het middel’ strafbaar te stellen. Op deze manier werden beide fysieke geslachten op gelijkwaardige manier tegen een aantasting van hun fysieke integriteit beschermd. De wetgever erkent daarmee enigszins zowel mannelijke, als vrouwelijke daders.³⁴⁷ Of het daarbij om een actieve of een passieve penetratie moest gaan, werd in de parlementaire voorbereidingen echter niet expliciet vermeld. Volgens STEVENS werd penetratie steeds impliciet beschouwd als ‘een op het lichaam van het slachtoffer gepleegde handeling.’ Dit impliceert dat de wetgever passieve penale penetratie niet heeft voorzien.³⁴⁸

213. Ook in de rechtspraak wordt deze strikte taalkundige, en wetgevende interpretatie sterk opgevolgd. Het Brusselse Hof van Beroep besliste reeds in 1999 dat: ‘het de dader moet zijn die het lichaam van het slachtoffer penetreert, doordringt of binnendringt’.³⁴⁹ Daarnaast bestaat ook een bekend voorbeeld uit 2010 van een vrouw, die een man met een verstandelijke beperking heeft misbruikt door middel van een passieve, penale penetratie. Zij werd vrijgesproken van het misdrijf verkrachting, omdat dergelijke penale penetratie niet onder het toepassingsgebied van artikel 375 van de Strafwet valt.³⁵⁰

214. Dergelijke lacune in de wetgeving zorgt voor een grote rechtsonzekerheid bij individuen met het mannelijk geslachtsdeel. Het is niet dat zij op geen enkele manier herstel kunnen krijgen bij de rechtbank, want een (fysiek) vrouwelijke dader kan alsnog voor aanranding van de eerbaarheid worden veroordeeld.³⁵¹ Het probleem ligt er hier vooral in dat de slachtofferpositie van de fysieke man hierdoor enigszins wordt ontkend. Aanranding van de eerbaarheid is een misdrijf dat door het Strafwetboek als minder zwaarwichtig wordt omschreven en bestraft. Het is net het element penetratie dat beide misdrijven dan van elkaar gaat onderscheiden.³⁵² Dat een taalkundige lacune zorgt voor een uitsluiting van de passieve penale penetratie is dan ook een slag in het gezicht van alle mannelijke slachtoffers. De wetgever echoot op deze manier de oerkeren van de hedendaagse machoman-cultuur na. De drempel om klacht in te dienen, is voor slachtoffers van seksueel misbruik altijd al hoog.³⁵³ Voor mannen wordt deze drempel hierdoor nog een stuk hoger gelegd. Diezelfde oerkeren zorgen er immers voor dat het voor mannen quasi-onmogelijk wordt om te bekennen dat zij in ‘hun masculiniteit’ werden aangetast.³⁵⁴

³⁴⁷ L. STEVENS, “Van opgedrongen tongzoen tot penetrerend slachtoffer” in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (73) 76 en 78.

³⁴⁸ *Ibid.*, 76.

³⁴⁹ Brussel 23 juni 1999, *RW* 1999-2000, 1138; L. STEVENS, “Van opgedrongen tongzoen tot penetrerend slachtoffer” in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (73) 79.

³⁵⁰ Antwerpen 13 oktober 2011, nr. 2011 CO 510; Corr. Antwerpen 8 april 2010.

³⁵¹ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 87; L. STEVENS, “Van opgedrongen tongzoen tot penetrerend slachtoffer” in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (73) 83.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ L. STEVENS, Hoe legaal te flirten? Een gids voor vrouwen en mannen over seksueel geweld en #metoo, Gent, Borgerhoff & Lamberigts, 2019, 146-148; I. KEYGNAERT & I. VAN MELKEBEKE (2018). Care for victims of sexual assault - Guide for significant others. ICRH- Universiteit Gent, Gent, België.

³⁵⁴ L. STEVENS, *Hoe legaal te flirten? Een gids voor vrouwen en mannen over seksueel geweld en #metoo*, Gent, Borgerhoff & Lamberigts, 2019, 91-96.

215. Aan de andere kant worden vrouwen bevestigd in het idee dat hun gedrag minder ernstig zou zijn. Het vastgrijpen van iemands borsten zonder diens toestemming wordt dan binnen dezelfde strafvork bestraft, als wanneer een vrouw zich laat penetreren door het daartoe gedwongen slachtoffer. De stigma's rond de mannelijke dader en het vrouwelijke slachtoffer worden daarmee onterecht bevestigd.

216. *In casu* is het volgens de strikte taalkundige interpretatie van de strafwet voor Pascal onmogelijk om het slachtoffer te zijn van een verkrachting in de vorm van een passieve penale penetratie door Kris. Het moet immers gaan om een seksuele *penetratie gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt*. Omdat het fysieke geslacht hier op een impliciete manier wordt weergegeven, is het juridisch geslacht voor verkrachting van geen belang. Het maakt bijgevolg niet uit of Kris en Pascal als (M), (V) of (X) staan geregistreerd. Het is vooral het fysieke geslacht dat belangrijk is voor de bepaling van dit misdrijf. Problematisch zal eerder zijn hoe dit fysieke geslacht met zekerheid wordt bepaald en bewezen. De magistraat zal Kris dan eventueel succesvol kunnen vervolgen voor aanranding van de eerbaarheid, maar niet voor verkrachting. Pascal vindt hierdoor slechts gedeeltelijk herstel, aangezien hij niet ten volle als slachtoffer wordt erkend.³⁵⁵

CASUS: *Wat kan de magistraat doen, als er een nieuw Strafwetboek wordt ingevoerd naar het model van het Commissievoorstel?*

217. Het artikel 134 van het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek definieert verkrachting als 'elke wetens en willens gestelde daad, die bestaat of mede bestaat uit een seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon of met behulp van een persoon, die daar niet in toestemt.'³⁵⁶

218. In dit Commissievoorstel wordt door middel van de zinssnede '*gepleegd met behulp van een persoon, die daar niet in toestemt*' ook voorzien in een mogelijkheid om passieve, penale penetratie als verkrachting strafbaar te gaan stellen. Het slachtoffer wordt dan als het ware 'als instrument' door de dader gebruikt.³⁵⁷ Verschillende Wetsvoorstellen omtrent deze lacune werden reeds ingediend, maar geen daarvan kende vooralsnog succes. Bij de invoering van een nieuw Strafwetboek kent het invoeren van deze zinssnede dan ook de hoogste prioriteit. Het Commissievoorstel benadrukt daarnaast dat ook chirurgisch geconstrueerde lichaamsdelen onder het toepassingsgebied van de verkrachting zullen vallen.³⁵⁸ Transgenders, die een geslachtsoperatie hebben ondergaan, vallen nu dus met absolute zekerheid onder het toepassingsgebied van de wet. Dergelijke bevestiging onderstreept het belang van transpersonen in de gemeenschap en de wettelijke erkenning van hun positie in het strafrecht.

³⁵⁵ L. STEVENS, Hoe legaal te flirten? Een gids voor vrouwen en mannen over seksueel geweld en #metoo, Gent, Borgerhoff & Lamberigts, 2019, 146-148; I. KEYGNAERT & I. VAN MELKEBEKE (2018). Care for victims of sexual assault - Guide for significant others. ICRH- Universiteit Gent, Gent, België.

³⁵⁶ Art. 134 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

³⁵⁷ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 251.

³⁵⁸ *Ibid.*, 253.

219. *In casu* zou Kris onder het nieuwe Commissievoorstel vervolgd en berecht kunnen worden voor het misdrijf verkrachting. Pascal kan dan volledig herstel vinden en ten volle als slachtoffer van ernstig seksueel misbruik worden erkend.

Afdeling 2. Conclusie: Rechtszekerheid in strafzaken?

220. Vooralsnog bevat het huidige Strafwetboek in zijn wetsbepalingen verschillende impliciete en expliciete verwijzingen naar het geslacht van een individu. Sommige daarvan hebben geen enkele legitieme grondslag en kunnen eenvoudig uit de strafwetgeving worden geëlimineerd. Denk in dit verband maar aan de verwijzingen met betrekking tot aanranding van de eerbaarheid en verkrachting. Andere daarvan hebben *in se* wel een legitieme grondslag, waarbij het specifiek de bedoeling is om een bepaalde geslachtsgroep bijkomend te beschermen. Genitale verminking is daar een voorbeeld van.

221. Bij expliciete verwijzingen naar ‘personen van het (...) geslacht’ is het onduidelijk of de wetgever hiermee het fysieke of het juridische geslacht heeft bedoeld. Het juridische geslacht is het geslacht waarmee een individu in de burgerlijke stand geregistreerd staat. Het maakt deel uit van de burgerlijke staat van een persoon.³⁵⁹ Het fysieke geslacht is het geslacht waarvan iemand ‘de biologische, chromosomale en fysieke kenmerken vertoont.’³⁶⁰ Tot aan de Transgenderwet van 2017 liep het juridisch geslacht steeds gelijk met het fysieke geslacht. Het geslacht kon dan enkel worden geregistreerd op basis van de biologische, chromosomale of fysieke kenmerken van een persoon. Deze kenmerken waren aanwezig van bij de geboorte of door een geslachtsoperatie.³⁶¹ Dezelfde Transgenderwet maakt het mogelijk, om het geslacht te gaan wijzigen volgens de innerlijk beleefde genderidentiteit.³⁶² Het fysieke en het juridische geslacht vallen voor sommigen dan niet langer samen. Het binaire man-vrouw-systeem bleef tot op heden hoe dan ook standhouden.

222. De creatie van een derde geslachtscategorie (X) zet het binaire systeem op zijn kop. Daardoor ontstaan problemen met het legaliteitsbeginsel en de strikte interpretatie van de strafwet. Bepalingen, waarvan het materieel element niet expliciet genderneutraal is omschreven, zorgen dan voor een sterke rechtsonzekerheid bij personen met het geslacht (X). Taalkundige onzekerheden met betrekking tot het woord ‘geslacht’ sluiten de genderneutrale categorie (X) dan uit van het strikte toepassingsgebied van de wetsbepaling. Dit is het geval bij aanranding van de eerbaarheid. De strikte interpretatie van de strafwet laat immers geen toepassingen naar analogie toe. De verbredende interpretatie van de strafwet moet met zekerheid door de wetgever zijn voorzien. De wetsbepaling verkeerdelijk uitbreiden zou een schending zijn van het legaliteitsbeginsel, als basisprincipe van het strafrecht.

³⁵⁹ Art. 6 BW *juncto* art. 14 BW, art. 23 BW, art. 41 BW en art. 44 BW.

³⁶⁰ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging B.2.2.

³⁶¹ De wet van 10 mei 2007 betreffende de transseksualiteit, *BS* 11/07/2007; MvT, Wetsvoorstel betreffende de transseksualiteit (H. VAUTMANS e.a.), *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 0903/001, 3.

³⁶² Art. 135/1 BW; Art. 3 Transgenderwet.

223. Bij onduidelijkheden met een wetsbepaling kan de bedoeling van de wetgever steeds worden opgezocht in de parlementaire voorbereidingen. Een derde geslachtscategorie opent hier echter de poort naar een nieuwe wereld. Wat voorheen als een paal boven water stond, zinkt nu tot op de bodem. De bedoeling van de wetgever in een vroeger tijdperk, kan daardoor niet meer zo eenvoudig geïnterpreteerd worden. Het is daarbij onzeker of de wetgever een derde geslachtscategorie bijkomend heeft willen beschermen of bestraffen. Daarnaast zijn de parlementaire voorbereidingen van een wet meestal een juridisch kluwen dat voor de meeste rechtsonderhorigen weinig toegankelijk is. Van rechtszekerheid is hier dan weinig sprake.

224. Het Grondwettelijk Hof dwingt de wetgever met het arrest X om haast te maken in het geleidelijke proces van genderneutralisering.³⁶³ Tijdens dit proces moet nu ook rekening worden gehouden met een erg bijzondere tussencategorie (X), waarvan vooralsnog geen sprake was. Dergelijk genderneutraliserend proces biedt hier dan een aantal nieuwe opportuniteiten voor een strafrecht dat rekening houdt met alle dader- en slachtoffercategorieën. De wetgever is hier verplicht om na te gaan hoe ieder individu door een bepaalde strafbepaling gelijkwaardig kan worden behandeld. Zowel bij de impliciete verwijzingen naar het geslacht als bij de genderspecifieke bepalingen is dit van groot belang.

225. Waar nodig, moet er in principe een onderscheid kunnen worden gemaakt op basis van de fysieke verschillen tussen man, vrouw en intersekse. Deze fysieke verschillen moeten dan expliciet als anatomisch element in de wetsbepaling worden weergegeven. De vraag dringt zich echter op waar dergelijk fysiek onderscheid vandaag nog helemaal legitiem kan worden verantwoord. Dit werd aangetoond met het voorbeeld van genitale verminking. Het ontbreken van een legitiem onderscheid brengt in dit geval een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel teweeg. Opwellende kritieken op de jongensbesnijdenis en de normaliserende behandeling van intersekse vragen van de wetgever opnieuw een heel nieuw wetgevend perspectief. De creatie van een derde geslachtscategorie versnelt deze tendens nog enigszins. Met het arrest X begeleidt het Grondwettelijk Hof onze rechtsstaat dus enigszins onverwacht en enigszins weerhoudend naar een volledig nieuw, non-binair tijdperk.

³⁶³ Verslag Kamercommissie, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/004, 17.

HOOFDSTUK 3. BEWIJS IN STRAFZAKEN

226. Het belang van bewijs in het strafrecht is eigenlijk een element uit het strafprocesrecht dat erg nauw verbonden is met het materieel strafrecht. Aantonen dat een bepaald misdrijf op een bepaalde manier heeft plaatsgevonden, vooronderstelt dan het bewijs van een moreel en een materieel element. Indirect heeft de mogelijkheid tot bewijsvoering dus een belangrijke impact op de rechtszekerheid van daders en slachtoffers. Het al dan niet kunnen leveren van bewijs zorgt immers voor de effectieve vervolging of niet-vervolging van een bepaalde gedraging. Wat niet kan worden bewezen, kan dan niet worden vervolgd of berecht.

227. Een misdrijf kan vervolgens niet bestaan zonder een materieel en een moreel element. Het materieel element van het misdrijf is de veruiterlijking van een door de wet verboden gedraging.³⁶⁴ Deze veruiterlijking wordt geïnterpreteerd volgens het legaliteitsbeginsel en de strikte interpretatie van de strafwet.³⁶⁵ Het moreel element is dan de schuldcomponent of het element van verwijtbaarheid dat tot de verboden gedraging heeft geleid.³⁶⁶ Voor wat betreft de obstakels en mogelijkheden van een geslacht (X) op de bewijsmogelijkheden in het strafrecht zijn beide elementen van belang.

228. Het Belgische bewijsstelsel in strafzaken is in principe vrij. Dit betekent dat het bewijs van feiten met *alle middelen van recht* door het Openbaar Ministerie kan worden geleverd. Het is nadien aan de rechter om hierover onaantastbaar te oordelen.³⁶⁷ Zoals eerder in het onderzoek vermeld, is het echter niet altijd simpel om zomaar het bewijs van iemands geslacht te gaan leveren. Daarnaast moet recentelijk ook rekening worden gehouden met het onderscheid tussen het juridische en het fysieke geslacht. In geval van twijfel wordt ten gunste van de verdachte beslist, die dan niet zomaar mag worden veroordeeld. Dit algemeen rechtsbeginsel wordt ‘*in dubio pro reo*’ genoemd.³⁶⁸ Dit principe is een rechtstreeks gevolg van het vermoeden van onschuld dat de basis vormt voor een eerlijk strafproces.³⁶⁹ Het is vervolgens aan het Openbaar Ministerie om de schuld van de verdachte te bewijzen en aan te tonen dat zijn verweer niet met de waarheid overeenstemt.³⁷⁰

³⁶⁴ Zie *supra*. 155.

³⁶⁵ Zie *supra*. 157-162

³⁶⁶ Zie *supra*. 155.

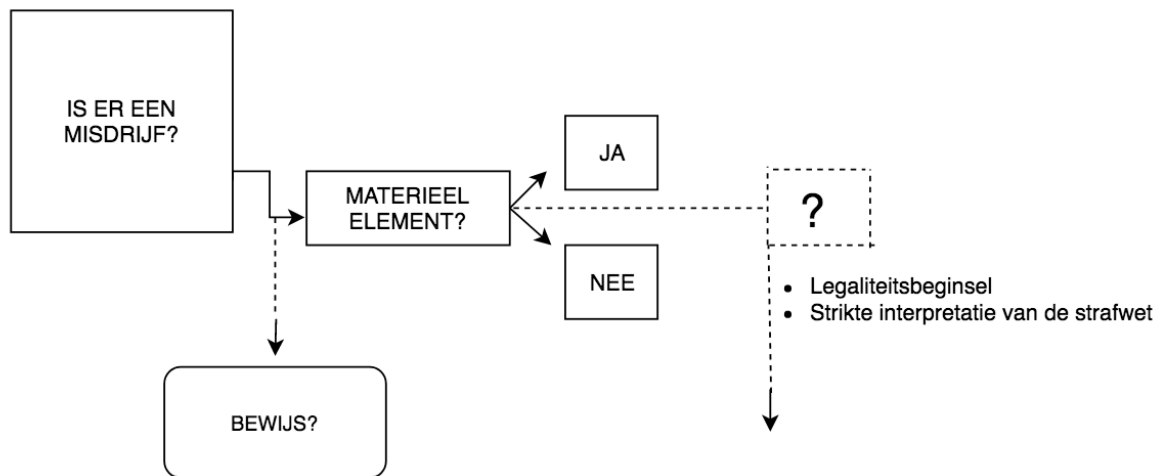
³⁶⁷ Cass. 7 september 2016, P.16.0362.F; Cass. 20 mei 2008, *Pas.* 2008, 1245; Cass. 5 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002; J. MEESE, “Het bewijs in strafzaken” in P. Taelman (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (511) 513; TRAEST, P., “Actualia bewijs in strafzaken” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, (129) 132.

³⁶⁸ Cass. 11 december 2018, AR P.18.0896.N, *VAV-CRA* 2019, 70-72; V. VEREECKE, “Schuldig verzuim door de veroorzaker van het gevaar”, *RABG* 2020, (19) 21; C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek I inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 89-90.

³⁶⁹ Art. 6, §1 EVRM; P. DUINSLAEGER, “Het vermoeden van onschuld (deel 1), *RW* 2017-18, 643-663.

³⁷⁰ J. MEESE, “Het bewijs in strafzaken” in P. Taelman (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (511) 513; TRAEST, P., “Actualia bewijs in strafzaken” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, (129) 132.

Afdeling 1. Materieel element van het misdrijf, legaliteitsbeginsel en strikte interpretatie van de strafwet



Figuur 4: Materieel element van het misdrijf als element van bewijs?

229. In wat volgt, wordt opnieuw uitgelegd welke juridische effecten iemands geslacht heeft op het materieel element van een misdrijf. Deze keer wordt gefocust op de gevolgen voor het bewijsmatig element van het geslacht. Dit gebeurt opnieuw aan de hand van een aantal misdrijven uit het Strafwetboek.

I. Verkrachting

230. Artikel 375 van het huidig Strafwetboek definieert verkrachting als: *‘elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt.’*³⁷¹ Het artikel 134 van het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek definieert verkrachting als *‘elke wetens en willens gestelde daad, die bestaat of mede bestaat uit een seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon of met behulp van een persoon, die daar niet in toestemt.’*³⁷²

231. Voor verkrachting zijn voor beide bepalingen twee materiële elementen van belang:

- A. Seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook.
- B. Een persoon die daar niet in toestemt.

³⁷¹ Art. 375 Sw.

³⁷² Art. 134 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

CASUS: Voor deze afdeling wordt dezelfde casus inzake verkrachting gebruikt als bij het vorige hoofdstuk. Het betreft hier het geval waarin Kris zichzelf passief penetreert met de penis van Pascal.
Hoe kan het bewijs daartoe hier rechtsgeldig worden geleverd?

232. Zowel voor de toestemming, als voor de seksuele penetratie zal het bewijs van het fysieke geslacht een rol spelen. Om het volledige relaas van de feiten waarheidsgetrouw te kunnen onderbouwen, moet het fysieke geslacht van beide partijen gekend zijn. Abstract genomen kan verkrachting als een anatomische puzzel worden beschouwd. Het is dan aan de politiediensten en magistratuur om vast te stellen hoe de anatomische stukjes in elkaar werden gepast.

i. Seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook

233. Voor het element van penetratie bij verkrachting moet bijvoorbeeld een gedetailleerde omschrijving worden gegeven van de manier waarop deze penetratie heeft plaatsgevonden. Dit komt omdat het penetratie-element essentieel is voor de kwalificatie van de gedraging als een verkrachting.³⁷³ Dit betekent dat moet worden bewezen dat Kris *in casu* de penis van Pascal heeft gebruikt om er de eigen vagina mee te penetreren. *Hoe kan dit rechtsgeldig worden bewezen?* Er bestaat immers geen juridisch basismechanisme waardoor met zekerheid kan worden gesteld over welke anatomische eigenschappen iemands lichaam beschikt. Hoewel het strafrechtelijk bewijs naar alle middelen van recht kan worden bewezen, stelt dit bewijsmatig toch een aantal problemen.

234. Magistraten kunnen er enerzijds niet zomaar op zicht van uitgaan dat iemand bepaalde geslachtsorganen heeft. Dergelijke stereotype interpretaties van hoe iemands lichaam er moet uitzien om tot een bepaalde geslachtscategorie te behoren, zijn juridisch van geen waarde.³⁷⁴ Dergelijke vermoedens kunnen niet als juridisch sluitend bewijsmateriaal worden gebruikt. Bewijs op basis van vermoedens die niet bij de wet zijn ingesteld vooronderstelt immers gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens.³⁷⁵ Iemands geslacht gaan bewijzen aan de hand van stereotypering en stigmatisering hanteert dan geen inclusief toepassingsgebied, zoals het door de wetgever werd bedoeld met de Transgenderwet.³⁷⁶

235. Voor 2017 was deze beoordeling anders, want het element van de burgerlijke staat was steeds gekoppeld aan de fysieke eigenschappen van een persoon. Vandaag zou dus eerst moeten worden vastgesteld of iemand wel over bepaalde geslachtseigenschappen beschikt. Na de creatie van een derde geslacht (X) wordt dergelijke noodzaak enkel nog versterkt. Iets dat voor kort een simpele aanname was, is nu nagenoeg geëvolueerd tot de tantaluskwelling van het geslachtsbewijs. Het vraagteken in figuur 4 symboliseert deze problematiek. Het rechtsgeldig vaststellen van iemands fysieke geslacht lijkt zich dan iedere keer net buiten het handbereik van de rechterlijke macht te bevinden.

³⁷³ Art. 375 Sw. en art. 134 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

³⁷⁴ EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, Van Kück/Duitsland, §81.

³⁷⁵ Art. 1353 BW.

³⁷⁶ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 9; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.4.1.

Twee (vooralsnog hypothetische) voorbeelden kunnen dit staven: de verklaring van de partijen en het medisch onderzoek.

a. De verklaring van partijen

236. Verklaringen van partijen zijn niet echt een onafhankelijke of onpartijdige manier van bewijsvoering. Dergelijke verklaringen zijn dan vooral van belang voor de aanzet van het onderzoek. Specifieke elementen van de verklaringen worden nadien door de politiediensten nagetrokken en vastgesteld. De verklaring als enig middel om de geslachtelijke anatomie van een persoon na te gaan, zou vatbaar kunnen zijn voor discussie. In dergelijk geval lijkt erg veel vertrouwen te worden gelegd in de medewerking en goeder trouw van de partijen van een politieel of gerechtelijk onderzoek. In dit verband kunnen opnieuw een aantal vragen worden gesteld.

- *Wat gebeurt er bijvoorbeeld als de verdachte een verklaring aflegt, die afwijkt van die van het slachtoffer?*
- *Wat gebeurt er als één van de partijen zich schaamt over het fysieke geslacht en erover zwijgt of gaat liegen?*
- *Wat gebeurt er als één van de partijen weigert om verklaringen over het fysieke geslacht af te leggen?*

De verklaring kan dus als basis dienen voor verder onderzoek, maar lijkt bewijsmatig een wankel en onzeker element te zijn.

b. Medisch onderzoek

237. Een medisch onderzoek moet ‘op onafhankelijke wijze uitgevoerd worden door medisch gekwalificeerd personeel.’³⁷⁷ Door middel van de verklaring van een geneesheer worden anatomische feiten onaantastbaar vastgesteld door een oordeelkundige. In de praktijk zouden personen van wie het fysieke geslacht dient te worden vastgesteld, zich moeten ontkleden tot op de genitaliën. Het nemen van DNA-stalen is in dergelijke onderzoeken niet voldoende, aangezien geslachtsoperaties voor een chirurgisch geconstrueerde anatomie zorgen, die niet in het DNA wordt vertaald. Bij het medische onderzoek kan door een geneesheer met zekerheid worden vastgesteld tot welk fysiek geslacht een persoon behoort. Dergelijke handeling is *an sich* echter sterk vergelijkbaar met de naaktfouilles, die in de gevangenis worden uitgevoerd.

³⁷⁷ D. DE WOLF, “Recente ontwikkelingen in het bewijsrecht (2013-2019)” in F. DERUYCK, H. BERKMOES, F. DE WAEL, D. DE WOLF, B. HUYLEBROECK, M. ROZIE & A. WINANTS, *Strafrecht in/uit balans* (*schrappen wat niet past)*, Brugge, Die Keure, 2020, (1) 12.

238. Artikel 108, §2 van de Basiswet betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden definieert een naaktfouille immers als volgt:

“De fouillering op het lichaam laat toe te verplichten om zich uit te kleden tot op het lichaam en de openingen en de holten van het lichaam uitwendig te schouwen.”³⁷⁸

Het grootste verschil met de naaktfouilles in gevangeniszen zit hier dan in de uitvoering van dergelijk onderzoek door een daartoe bevoegde geneesheer. Dit onderzoek kan zeer oppervlakkig gebeuren, waardoor van machtsverhoudingen of veiligheidscontroles geen sprake is.

239. Met het akkoord van de betrokken partij gebeurt het medisch onderzoek door de eigen huisdokter of specialist (gynaecoloog of uroloog). Betrokkene dient hiervan een bewijs of attest af te leveren aan de bevoegde instanties. Deze mogelijkheid is het meest laagdrempelig. Dit vooronderstelt een bestaande vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. Een afgeleverd attest kan dan als bewijsmiddel in het onderzoek worden gebruikt. Dat echter van betrokkenen wordt gevraagd om dergelijk attest af te leveren kan enigszins gezien worden als een inbreuk op de patiëntenrechten:

240. Artikel 10 van de Patiëntenrechtenwet bepaalt het volgende:

“Patiënten hebben recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij iedere tussenkomst van de beroepsbeoefenaar en inzonderheid betreffende de informatie, die verband houdt met zijn gezondheid. De patiënt heeft recht op respect voor zijn intimiteit (...) Geen inmenging is toegestaan dan voor zover het bij de wet is voorzien en nodig is voor de bescherming van de volksgezondheid of voor de bescherming van de rechten of vrijheden van anderen.”³⁷⁹

Er zou hier een wettelijke verplichting moeten bestaan, die aan artsen toestaat om dergelijke medische gegevens bekend te maken. Vooralsnog valt het fysieke geslacht immers onder de toepassing van het beroepsgeheim.³⁸⁰ Daarnaast bestaat veel discussie in de medische rechtsleer omtrent de toestemming van de patiënt als opheffing van het beroepsgeheim. Meer en meer stelt de rechtsleer dat de patiënt zelf over bepaalde informatie mag beschikken. Het opvragen van een attest ligt in lijn met deze moderne opvattingen.³⁸¹ Het gaat hier in de praktijk eigenlijk om een versluierde dwangmaatregel. De patiënt heeft dan keuzevrijheid met betrekking tot de behandelend arts, maar niet met betrekking tot het medisch onderzoek *an sich*.

³⁷⁸ Art. 108, §2 Basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van gedetineerden, *BS* 1 februari 2005.

³⁷⁹ Art. 10 wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 22 september 2002 (hierna: Patiëntenrechtenwet); T. BALTHAZAR. *De krachtlijnen van de Patiëntenrechtenwet*. (2018). Gezondheidsrecht, Universiteit Gent.

³⁸⁰ Art. 458 Sw; T. BALTHAZAR. *Beroepsgeheim en privacybescherming*. (2018). Gezondheidsrecht, Universiteit Gent.

³⁸¹ T. VANSWEEVELT & F. DEWALLENS, *Handboek Gezondheidsrecht (Volume II)*, Antwerpen, Intersentia 2014, 583-592; T. BALTHAZAR. *Beroepsgeheim en privacybescherming*. (2018). Gezondheidsrecht, Universiteit Gent.

241. Zonder het akkoord van de betrokken partij gebeurt het medisch onderzoek door een gerechtsdeskundige. Het wetboek van Strafvordering stelt in dat verband het volgende:

*“Behoudens de wettelijke uitzonderingen mogen de opsporingshandelingen geen enkele dwangmaatregel inhouden noch schending inhouden van individuele rechten en vrijheden.”*³⁸²

Indien er voor het onderzoek alsnog een dwangmaatregel of een schending van individuele rechten en vrijheden nodig is, dan moet het onderzoek (tijdelijk) worden verdergezet door een onderzoeksrechter.³⁸³ Dit zou kunnen betekenen dat de onderzoeksrechter systematisch dergelijke aanvragen tot onderzoek aan het lichaam binnenkrijgt. Dit lijkt niet echt in lijn te liggen met het mandaat dat hier aan de onderzoeksrechter is gegeven. Het wetsontwerp poogt hiermee immers net de efficiëntie van de procedure te verbeteren.³⁸⁴

242. Het medisch onderzoek als dwangmaatregel kan dan eigenlijk als vergaande inmenging van de privacy worden beschouwd. In het kader van naaktfouilles in gevangenis heeft de Raad van State geoordeeld dat de wetgever de ontkleding tot op het naakte lichaam als: ‘een ernstige aantasting van de persoonlijke waardigheid beschouwd.’ Dit werd door het Grondwettelijk Hof bevestigd in 2013 en in 2014.³⁸⁵ Het ging daarbij om arresten inzake de disproportionaliteit van de dwangmaatregel ten opzichte van het beoogde doel. Een verplicht medisch onderzoek door een gerechtsdeskundige lijkt ook hier niet echt proportioneel te zijn, indien het om de loutere fysieke vaststelling van iemands geslacht gaat. Dergelijke vaststelling is enigszins banaal te noemen, in verhouding met de inperking van een belangrijk grondrecht als de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit.³⁸⁶

243. In dit verband is het belangrijk dat voor de toekomst een balans wordt gevonden tussen waarheid en integriteit. Daarbij is het nodig om een vast systeem te hebben waarmee het fysieke geslacht van het juridische geslacht kan worden onderscheiden. Een attest van de eigen geneesheer lijkt in dit verband dan het meest geschikt te zijn, maar roept nog steeds een aantal vragen op met betrekking tot privacy, lichamelijke integriteit en de bescherming van patiëntenrechten.³⁸⁷

³⁸² Art. 28bis, § 3 Sv.

³⁸³ Art. 90bis Sv. *juncto* art. 28septies Sv; J. TIMMERMAN, “Aanstelling van de gerechtsdeskundige, verloop van het onderzoek en verslag in strafzaken, wettelijke vergoeding en tarifiering” in T. LYSSENS, D. DE BUYST, J. BEKE, J. BOON, R. DE LATHOUWER, J. DREESEN (e.a.), *Gerechtsdeskundigen. Handboek juridische opleiding*, Brugge, Die Keure, 2019, 249.

³⁸⁴ Art. 90bis Sv; MvT, Wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 857/1, 55.

³⁸⁵ GwH 29 januari 2014, nr. 20/2014, overweging B.9; GwH 30 oktober 2013, nr. 143/2014, overweging B.6.

³⁸⁶ Art. 8 EVRM; Het recht op integriteit ligt o.a. verankerd in art. 22bis Gw. en art. 3 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.L.* 26 oktober 2012. Het vindt daarnaast ook grond in tal van andere nationale en internationale regelgevingen; Art. 10 Patiëntenrechtenwet.

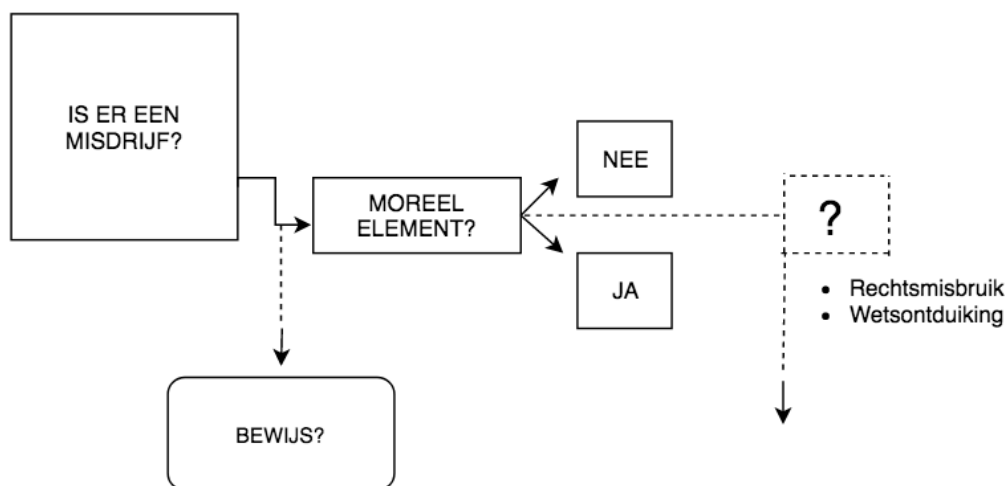
³⁸⁷ *Ibid.*

ii. Een persoon die daar niet in toestemt

244. Een afwezigheid in de toestemming bewijzen is steeds een bewijsmatige moeilijkheid.³⁸⁸ Het verschil tussen de lichamelijke en de psychologische opwinding zorgt ervoor dat de bewijsdrempel voor mannen nog een stuk hoger gaat liggen. De (fysiek) mannelijke erectie is zichtbaar en wordt dan verkeerdelijk gepercipieerd als toestemming om tot de seksuele penetratie over te gaan. Een gebrek aan toestemming is in dit geval heel moeilijk te bewijzen.

245. Op dezelfde manier als bij de penetratie dient de magistraat *in casu* vast te stellen hoe de toestemming van Pascal (al dan niet) heeft plaatsgevonden. Kris kan dan een verweer voeren, waarin gesteld wordt dat Kris de erectie en het gebrek aan verzet van Pascal begrepen had als een impliciete toestemming om tot de seksuele penetratie over te gaan. Dergelijk verweer bevestigt de bijkomende bewijsmoeilikheden voor personen met mannelijke geslachtskenmerken. De toestemming bij verkrachting is steeds een bewijsmatig moeilijk element. Bij mannen wordt de bewijsmatige geloofwaardigheid dus sterk verstoord door de maatschappelijke perceptie op de mannelijke seksualiteitsbeleving en fysieke kracht.³⁸⁹ Dergelijke stereotyperende vermoedens moeten dus dringend uit het maatschappelijk- en rechtssysteem verdwijnen.

Afdeling 2. Moreel element van het misdrijf, poort naar wetsontduiking en rechtsmisbruik



Figuur 5: Moreel element van het misdrijf als element van bewijs

³⁸⁸ EHRM 4 December 2003, nr. 39272/98, M.C./Bulgarije, §166 en § 181.

³⁸⁹ Zie *supra* 108.

246. Het morele element van het misdrijf is de schuldcomponent of het element van verwijtbaarheid. Vooraleer van een misdrijf kan worden gesproken, moet dan steeds een element van opzet of onachtzaamheid aanwezig zijn.³⁹⁰ Opzet wordt gedefinieerd als ‘de doelgerichte wil, om de gedraging te stellen, die de wet verbiedt.’³⁹¹

- Het algemeen opzet veruiterlijkt zich in het ‘wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag.’
- Het bijzonder opzet veruiterlijkt zich in het ‘wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag, specifiek rekening houdend met de negatieve gevolgen.’³⁹²

247. Er is sprake van onachtzaamheid wanneer de dader de strafwet overtreedt, niet met de doelbewuste wil een strafbaar feit te plegen.³⁹³ Onachtzaamheid manifesteert zich als: ‘een ernstig gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid.’³⁹⁴

248. In wat volgt, wordt uitgelegd welke juridische effecten iemands geslacht heeft op het moreel element van een misdrijf. Er moet zekerheid bestaan over het moreel element van het misdrijf, vooraleer tot vervolging en berechting kan worden overgegaan. Zonder moreel element is er immers geen misdrijf.

249. Indien personen beslissen om het geslacht te laten wijzigen naar (M), (V) of (X) dan is dat een uiting van het recht op zelfbeschikking als subjectief recht.³⁹⁵ Een subjectief recht geeft bepaalde autonomie aan een persoon.³⁹⁶ Het recht op zelfbeschikking vooronderstelt een uiting van die persoonlijke autonomie in een aantal private beslissingen.³⁹⁷ Persoonlijke keuzes worden dan boven maatschappelijke normen gesteld. Hoewel het recht op zelfbeschikking een legitieme grondslag kent, is het niet uitgesloten dat het ook als gereedschap kan dienen voor misbruik. Zeker in de context van de gewijzigde geslachtsregistratie is deze mogelijkheid problematisch. Het vraagteken uit figuur 5 weerkaatst dit probleem. Het zijn meer bepaald de rechterlijke concepten van identiteitsfraude, rechtsmisbruik en wetsontduiking die hier mee aan het oppervlak komen drijven.

³⁹⁰ Zie *supra* 155.

³⁹¹ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 313.

³⁹² Art. 7 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw; F. VERBRUGGEN & J. VANHEUL, “Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: Daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek I van het Strafwetboek” in A. BAILLEUX, B. SPRIET, R. VAN HERPE, J. VANHEUL, F. VERBRUGGEN & R. VERSTRAETEN (eds.), *Themis 110-Straf en strafprocesrecht*, Brugge, Die Keure/La Charte, 2019, 12.

In het huidige Strafwetboek kan dit opzet bijvoorbeeld worden gevonden in art. 375, 461 en 193 Sw.

³⁹³ C. VAN DEN WYNGAERT & S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 325.

³⁹⁴ Art. 7 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw; F. VERBRUGGEN & J. VANHEUL, “Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: Daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek I van het Strafwetboek” in A. BAILLEUX, B. SPRIET, R. VAN HERPE, J. VANHEUL, F. VERBRUGGEN & R. VERSTRAETEN (eds.), *Themis 110-Straf en strafprocesrecht*, Brugge, Die Keure/La Charte, 2019, 12.

In het huidige Strafwetboek kan deze onachtzaamheid bijvoorbeeld worden gevonden in art. 418 en 519 Sw.

³⁹⁵ G. VERSCHULDEN, “Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie?”, *T.Fam.* 2018, (66) 68.

³⁹⁶ P. TAELEMAN en G. VERSCHULDEN, *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 92.

³⁹⁷ Zie *supra* 26-27.

I. Identiteitsfraude

250. Identiteitsfraude kent naar Belgisch recht vooralsnog geen specifieke strafbaarstelling. Binnen de rechterlijke macht wordt het als volgt gedefinieerd:

*“Identiteitsfraude betreft het onrechtmatig gebruik van een bestaande, gedeeltelijk of totaal fictieve administratieve identiteit door of zonder middel van een echt of een vals document waaruit de identiteit blijkt.”*³⁹⁸

251. Met de wijziging van de geslachtsregistratie werd het sinds 2017 al in theorie mogelijk om de eigen identiteit te gaan vervalsen met verzonden gegevens. Onder artikelen 196 tot 198 van het huidige Strafwetboek is het immers verboden om valse of onjuiste gegevens in de identiteitskaart of reispas te laten opnemen en deze documenten nadien te gaan gebruiken.³⁹⁹ Ook het Commissievoorstel stelt deze gedragingen strafbaar.⁴⁰⁰ Dergelijke identiteitsfraude is dan meestal dus het opstapmisdrijf naar andere zelfstandige misdrijven zoals terrorisme of financiële fraude.⁴⁰¹

i. Identiteitsfraude en rechtsmisbruik

252. Rechtsmisbruik vindt volgens het Hof van Cassatie plaats: ‘wanneer de titularis zijn recht uitoefent op een wijze, die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een redelijke persoon.’⁴⁰² Dit betekent dat een persoon zijn recht op zelfbeschikking zou kunnen gebruiken, op een wijze die niet door de wetgever is bedoeld. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren wanneer een persoon gebruik maakt van art. 135/1 BW met de loutere bedoeling hiermee een andere identiteit aan te nemen en bijvoorbeeld aan opsporing of vervolging te ontsnappen in de vorm van identiteitsfraude. Indien rechtsmisbruik wordt vastgesteld kent de uitoefening van het subjectief recht geen geldige rechtsgevolgen en kan de betrokken persoon veroordeeld worden tot schade.⁴⁰³

253. Reeds in de parlementaire voorbereidingen werd duidelijk gemaakt dat een aantal waarborgen moesten worden ingebouwd, om fraude te voorkomen.⁴⁰⁴ Eén van de waarborgen, die in de Transgenderwet wordt voorzien, is dat de ambtenaar van de burgerlijke stand melding maakt van bepaalde verklaringen aan de Procureur des Konings.⁴⁰⁵ Dit dient bijvoorbeeld tot bescherming tegen ‘identiteitsfraude of problematische verklaringen van personen die worden gezocht door het gerecht.’⁴⁰⁶ De Procureur des Konings kan op voorhand een negatief advies

³⁹⁸ Gem. Omz. nr. COL 08/2019 van 27 februari 2020 betreffende identiteitsfraude, 5.

³⁹⁹ Art. 196-198 Sw; Gem. Omz. nr. COL 08/2019 van 27 februari 2020 betreffende identiteitsfraude, 8.

⁴⁰⁰ Art. 418- 419, 2° Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

⁴⁰¹ Gem. Omz. nr. COL 08/2019 van 27 februari 2020 betreffende identiteitsfraude, 3.

⁴⁰² Cass. 10 september 1971, *RW* 1971-1972, 322; P. TAELEMAN en G. VERSCHELDEN, *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 94.

⁴⁰³ P. TAELEMAN en G. VERSCHELDEN, *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 95.

⁴⁰⁴ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 3-4, 8-9, 18 en 28.

⁴⁰⁵ Art. 3, § 3-4 Transgenderwet.

⁴⁰⁶ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 18 en 28.

verlenen of nadien de akte tot aanpassing van het geslacht nietig verklaren, indien deze van het idee is dat deze in strijd is met de openbare orde.⁴⁰⁷

254. De vraag is hoe met zekerheid door de Procureur des Konings en de rechter kan worden bepaald dat de persoon wetens en willens het geslacht heeft aangepast om tot fraude over te gaan. Volgende vragen moeten worden gesteld:

- A. Heeft deze persoon kennelijk misbruik willen maken van zijn recht op zelfbeschikking?**
- B. Had deze persoon hiermee de doelgerichte wil om identiteitsfraude te gaan plegen?**
- C. Had deze persoon hiermee de doelgerichte wil om een andere verboden gedraging te gaan stellen?**

CASUS: *Sammy heeft Egyptische ouders. Hij is geboren als man en opgevoed volgens de islamitische waarden. Reeds op jonge leeftijd raakt Sammy bevriend met de verkeerde mensen uit een extremistisch netwerk. Op zijn sociale netwerk post hij een dreigement, waarbij hij stelt dat hij een bom wil plaatsen in het nabijgelegen park. Hij wordt opgepakt wegens de bedreiging tot het plegen van een terroristisch feit.⁴⁰⁸ Daarna wordt hij door de bevoegde instanties op de zwarte lijst gezet voor het afreizen naar bepaalde gebieden. De politie neemt zijn vinger- en handpalmafdrucken af. Daarnaast worden ook foto's van Sammy genomen.⁴⁰⁹ Sammy blijft ondertussen betrokken bij het extremistisch terreurnetwerk. Hij krijgt de opdracht om naar Syrië af te reizen, om daar getraind te worden in het vervaardigen van een bepaalde soort bom.⁴¹⁰ Door het afreisverbod wordt dit enigszins moeilijk. Sammy beslist dat hij de identiteitscontroles wil omzeilen door het voortijdig wijzigen van zijn geslacht (M) naar het geslacht (X).*

Het dossier van Sammy wordt door de procureur des Konings met argusogen bekeken. Deze vermoedt dat Sammy naar Syrië heeft willen afreizen met een terroristisch oogmerk.⁴¹¹ Deze vermoedt ook dat hij door het wijzigen van zijn geslacht identiteitsfraude heeft willen plegen. Kan deze magistraat met zekerheid vaststellen dat het moreel element voor identiteitsfraude aanwezig was? Deze dient hiervoor twee vragen positief te kunnen beantwoorden.

- A. Heeft Sammy kennelijk misbruik willen maken van zijn recht op zelfbeschikking?**
- B. Had Sammy hiermee de doelgerichte wil om identiteitsfraude te gaan plegen?**

255. Bij het kennelijk misbruik van een subjectief recht, dient steeds de balans te worden opgemaakt tussen twee normen. Enerzijds is de titularis van het subjectieve recht op zelfbeschikking vrij om dit recht uit te oefenen, zoals hij zelf wil. Anderzijds moet deze titularis rekening houden met de algemene zorgvuldigheidsnorm in het belang van anderen. Indien er kennelijk geen balans tussen beide normen kan worden gevonden, is er waarschijnlijk sprake van rechtsmisbruik.⁴¹²

⁴⁰⁷ Art. 3, §3-4 en § 9; Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 21 en 28.

⁴⁰⁸ Art. 137, §1 Sw *juncto* art. 345, §1 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw *juncto* art. 137, §3, °6 Sw *juncto* art. 345, §3, °6 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw - *De bedreiging met het plegen van één van de strafbare terroristische feiten uit § 1 wordt ook bestraft.*

⁴⁰⁹ Gem. Omz. nr. COL 08/2019 van 27 februari 2020 betreffende identiteitsfraude, 18; Omz. nr. COL 20/2010, 4 oktober 2010 betreffende de drieledige gerechtelijke identificatie.

⁴¹⁰ 140sexies, §1 Sw. – *Iedere persoon die het nationaal grondgebied verlaat met het oog op het plegen, in België of in het buitenland van een terroristisch misdrijf (..)*

⁴¹¹ Art. 140sexies, §1 Sw.

⁴¹² P. Taelman en G. Verschelden, *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 94.

256. Het EHRM stelt dat het recht op zelfbeschikking inzake seksuele identiteit een essentieel element is van de persoonlijke autonomie van een persoon.⁴¹³ De samenleving dient bepaalde ongemakken te tolereren met respect voor dit principe.⁴¹⁴ Transorganisaties stellen in dit verband dat genderidentiteit een erg persoonlijke aangelegenheid is, die bovendien evolutief kan zijn.⁴¹⁵ De wetgever heeft expliciet gesteld dat: ‘niemand daarbij een diagnose hoeft te stellen omtrent de genderidentiteit van de betrokkene, omdat die zelf beslist hoe hij zich voelt.’⁴¹⁶ Dit betekent dat het subjectieve recht van de titularis erg ruim dient te worden geïnterpreteerd. Het gaat immers om de persoonlijke autonomie van een individu, toegepast op diens innerlijk beleefde genderidentiteit. Het gaat daarbij om een innerlijke beleving, waarvan het niet aan derden is om de balans op te maken. Bewijzen dat er rechtsmisbruik heeft plaatsgevonden, met betrekking tot een subjectief recht als zelfbeschikking, zal in de realiteit dan ook quasi-onmogelijk zijn. De magistratuur kan niet met zekerheid aantonen dat Sammy *in casu* zijn recht op zelfbeschikking heeft misbruikt om identiteitsfraude te gaan plegen. Binnen de grenzen van zijn recht op zelfbeschikking moet Sammy zijn geslacht dan ook zonder represailles kunnen wijzigen.

257. *In casu* zou Sammy volgens de politiediensten onjuiste gegevens hebben laten opnemen in zijn identiteitskaart en reispas.⁴¹⁷ Hij zou deze documenten nadien kunnen gebruiken om naar Syrië af te reizen.⁴¹⁸ Sammy verkeerde hiermee in de hoop dat de identiteitscontroles zijn positie op de zwarte lijst niet zouden opsporen, nu hij over een nieuwe, genderneutrale identiteit kon beschikken. Als de vermoedens van de politiediensten kloppen, dan zou de identiteitsfraude een opstapmisdrijf zijn voor het plegen van een terroristisch misdrijf. Het opstapmisdrijf is hier identiteitsfraude in de vorm van valsheid in geschrifte uit artikelen 196-198 Sw van het huidige Strafwetboek.⁴¹⁹ Het zelfstandig misdrijf is dan het afreizen met een terroristisch oogmerk uit artikel 140*sexies*, §1 van het huidige Strafwetboek. Ook de poging daartoe is vooralsnog strafbaar.⁴²⁰ De poging tot het afreismisdrijf kan hier eenvoudigweg worden vervolgd. *In casu* kunnen de politiediensten hiervoor bijvoorbeeld de computer en telefoon van Sammy grondig doorzoeken, om zijn communicatie met de extremistische groepering terug te vinden. De doelgerichte wil om uit terroristische overwegingen naar Syrië af te reizen, blijkt zeer duidelijk uit deze communicatie. Het bewijs daartoe kan vrij eenvoudig worden geleverd.

258. De vervolging van de identiteitsfraude als opstapmisdrijf verloopt hier echter een stuk moeilijker. Het subjectieve recht op zelfbeschikking wordt immers ruim ingevuld. Het is daarbij erg moeilijk om rechtsmisbruik te bewijzen, zonder daarmee het recht op zelfbeschikking als hoger rechtsgoed te gaan ondergraven. Bij het bewijs van valsheid in geschrifte (als vorm van identiteitsfraude) is het eigenlijk onmogelijk om *in casu* juridisch te bewijzen

⁴¹³ EHRM 6 april 2017, AP Garçon en Nicot/Frankrijk, §93.

⁴¹⁴ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Christine Goodwin/UK, § 91.

⁴¹⁵ GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, overweging A.1.

⁴¹⁶ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001, 8.

⁴¹⁷ Art. 196-198 Sw *juncto* art. 418- 419, 2° Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw; Gem. Omz. nr. COL 08/2019 van 27 februari 2020 betreffende identiteitsfraude, 8.

⁴¹⁸ Art. 140*sexies*, §1 Sw *juncto* art. 355 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

⁴¹⁹ Art. 196-198 Sw *juncto* art. 418- 419, 2° Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

⁴²⁰ Art. 140*sexies* Sw.

dat het geslacht dat Sammy heeft opgegeven een onjuist gegeven is. De doelgerichte wil van Sammy om identiteitsfraude te gaan plegen, valt hier eigenlijk niet met zekerheid uit af te leiden. Dit komt omdat de wijziging der geslachtsregistratie voortvloeit uit het hoogstpersoonlijk aanvoelen van het individu. Het is dan erg moeilijk om te bewijzen dat dit aanvoelen strijdig is met de openbare orde.⁴²¹

ii. Identiteitsfraude en wetsontduiking

259. Wetsontduiking wordt in de rechtsleer enerzijds gedefinieerd als ‘het ontwijken van een wettelijk voorschrift door handig gebruik te maken van een andere wettekst waarvan de uitwerking uitsluitend gewenst wordt omdat men dankzij die uitwerking, buiten de letter van het ontdoken voorschrift valt.’⁴²² Dit betekent dat een persoon het geslacht kan laten wijzigen onder artikel 135/1 BW om zo niet langer onder het toepassingsgebied van een bepaalde (straf)wet te vallen. Dit rechtsconcept kent uiteraard een aantal nauwe verbanden met het materieel element van het misdrijf.

260. Het wordt hier bijzonder moeilijk om aan te tonen dat een persoon echt de strafwet heeft willen ontduiken. Deze persoon handelt immers op dezelfde manier als bij (B) binnen de grenzen van het eigen recht op zelfbeschikking. *Hoe kan dan met zekerheid worden bewezen dat deze persoon wetens en willens een bepaald misdrijf heeft gepleegd?* Volgende vragen moeten dan samen worden gesteld:

- A. Heeft deze persoon zich van de specifieke toepassing van een bepaalde wet willen onttrekken door het plegen van identiteitsfraude?**
- B. Had deze persoon hiermee de doelgerichte wil om identiteitsfraude te plegen?**
- C. Had deze persoon hiermee de doelgerichte wil om de gedraging te stellen, die door de ontdoken wet was verboden?**

261. Indien wetsontduiking wordt vastgesteld, wordt de betrokken handeling ongeldig of zelfs nietig verklaard.⁴²³ De wetsontduiking wordt voor het voorbeeld toegepast op het commercieel draagmoederschap. Het commercieel draagmoederschap kent vooralsnog geen expliciete strafbaarstelling naar Belgisch recht. Wel liggen er ondertussen al een tijdje wetsvoorstellen voor, die het draagmoederschap in België expliciet of impliciet willen reguleren. Het zijn in eerste instantie deze wetsvoorstellen waarop gefocust wordt.⁴²⁴

⁴²¹ D. DE WAELE, “De rol van het openbaar ministerie” in J. MOTMANS & G. VERSCHULDEN (eds.), *De rechten van transpersonen in België: een multidisciplinaire analyse na de wetten van 25 juni 2017 en 18 juni 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (125) 125-128 en 139-140.

⁴²² P. TAELEMAN en G. VERSCHULDEN, *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 53.

⁴²³ *Ibid.*, 53-54.

⁴²⁴ Wetsvoorstel (K. JIROFLEE) houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr.0855/001, 3; Wetsvoorstel (N. LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0666/001, 3; Wetsvoorstel (K. JIROFLEE) tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr.0633/001; Wetsvoorstel (N.LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr.0608/001.

262. Commercieel draagmoederschap wordt onder het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek onder het misdrijf verkoop van kinderen geplaatst.⁴²⁵ In andere (recentere) wetsvoorstellen wordt het commercieel draagmoederschap alsnog als een apart te kwalificeren misdrijf voorgesteld.⁴²⁶ Een aantal stemmen gaan daarbij ook op om het commercieel draagmoederschap alsnog als een apart misdrijf strafbaar te gaan stellen. Dit is om bepaalde juridische discussies met betrekking tot de strafbare poging te vermijden en duidelijk het signaal te geven dat het altruïstisch draagmoederschap niet verboden is.⁴²⁷

263. In het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek valt het commercieel draagmoederschap onder het misdrijf van de verkoop van kinderen: *‘van zodra het kind is geboren en wordt voorgesteld, aangeboden of aanvaard tegen een vergoeding.’*⁴²⁸ Deze bepaling is in principe genderneutraal geformuleerd. De probleemstelling situeert zich eerder in de definiëring van het (commercieel) draagmoederschap *an sich*. De expliciete vermelding van de wetgever in het wetsvoorstel zorgt er immers voor dat het concept ‘commercieel draagmoederschap’ een bepaalde juridische draagkracht krijgt. Nergens wordt het begrip echter wettelijk gedefinieerd. Indien naar de meest recente wetsvoorstellen omtrent draagmoederschap wordt gekeken, dan wordt het concept als volgt geformuleerd:

*“Onder draagmoederschap verstaat men de situatie, waarbij een vrouw (de draagmoeder) zwanger wordt en een kind baart ten behoeve van een ander. De draagmoeder stelt daarbij haar baarmoeder en/of haar eikel ter beschikking.”*⁴²⁹

*“Onder commercieel draagmoederschap wordt het draagmoederschap verstaan, waarbij voortplantingsdiensten worden vastgelegd in overeenkomsten met een handelskarakter en worden compensatievergoedingen uitbetaald.”*⁴³⁰

De bedoeling van de wetgever lijkt hier dan ook heel duidelijk gericht te zijn op de (fysiek) vrouwelijke bevolkingsgroep.

⁴²⁵ Art. 253 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 317.

⁴²⁶ MvT, Wetsvoorstel (K. JIROFLEE) tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019; MvT, Wetsvoorstel (N. LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0666/001.

⁴²⁷ W. DE BONDT, *Illegale adoptie, verkoop van kinderen en draagmoederschap*. (2019). Bijzonder Strafrecht, Universiteit Gent.

⁴²⁸ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 317.

⁴²⁹ MvT, Wetsvoorstel (K. JIROFLEE) houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr.0855/001, 3; Wetsvoorstel (N. LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0666/001, 3; MvT, Wetsvoorstel (K. JIROFLEE) tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr.0633/001; MvT, Wetsvoorstel (N.LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr.0608/001.

⁴³⁰ Wetsvoorstel (N. LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0666/001, 4.

CASUS: Renée is een jonge huismoeder met twee kinderen. Renée is geboren als vrouw en heeft nooit problemen gehad met haar eigen geslacht of genderidentiteit. Op een dag beslist Renée om haar lichaam ter beschikking te stellen als draagmoeder. Zij heeft de intentie om hiervoor 50.000 euro per zwangerschap te vragen en maakt hiervoor reclame op sociale media. Door een bevriende juriste weet Renée dat commercieel draagmoederschap een misdrijf is dat gericht is op vrouwelijke daders. Zij beslist om die reden haar geslacht (V) aan te passen naar het geslacht (X). Op deze manier valt zij niet langer onder het toepassingsgebied van de wetgeving omtrent commercieel draagmoederschap.

Renée vindt al snel een jong koppel dat een bijzondere kinderwens heeft. De vrouw van het koppel bevindt zich door ziekte in de onmogelijkheid om nog kinderen te krijgen. Renée wordt tijdens deze commerciële draagmoederschap opgespoord door de politiediensten. Het dossier van Renée komt terecht bij een magistraat. Kan deze magistraat met zekerheid vaststellen dat het moreel element voor identiteitsfraude aanwezig was? Deze dient hiervoor drie vragen positief te kunnen beantwoorden.

- A. Heeft Renée zich van de specifieke toepassing van een bepaalde wet willen onttrekken door het plegen van identiteitsfraude?**
- B. Had Renée hiermee de doelgerichte wil om identiteitsfraude te plegen?**
- C. Had Renée hiermee de doelgerichte wil om de gedraging te stellen, die door de ontdoken wet was verboden?**

264. Deze drie vragen kunnen samen worden beantwoord, aangezien de drie bewijsmoeilijkheden inzake identiteitsfraude, rechtsmisbruik en wetsontduiking hier over elkaar heen vallen als dominoblokjes. Door het laten vastleggen van een geslacht (X), dat *in casu* niet tot de innerlijk beleefde genderidentiteit van Renée behoort, laat Renée eigenlijk onjuiste gegevens opnemen in haar identiteitskaart. Dit behoort strikt genomen tot de misdrijfkwalificatie van identiteitsfraude in de vorm van valsheid in geschrifte.⁴³¹

265. *In casu* behoort Renée, door het opnemen van het geslacht (X), strikt genomen niet meer tot de vrouwelijke bevolkingsgroep. Anders dan bij de genitale verminking uit een vorig hoofdstuk, kan hier niet zomaar uit worden afgeleid dat het hier om het fysieke, vrouwelijke geslacht gaat. Moederschap, zwangerschap en het hebben van een baarmoeder zijn immers allang geen ‘exclusief vrouwelijke privileges’ meer.⁴³² Transmannen die nog steeds de fysieke eigenschappen van een vrouw hebben, kunnen dan nog perfect zwanger worden. De transman, die het kind baart, wordt zo moeder.⁴³³ Ook transvrouwen kunnen nu zwanger worden en een kind baren, indien zij een

⁴³¹ 196-198 Sw; Gem. Omz. nr. COL 08/2019 van 27 februari 2020 betreffende identiteitsfraude, 8.

⁴³² P. DE SUTTER & E. DELRUE. (2017). *De maakbare baby: een onbegrensd verlangen?* Gent, België: Academia Press; T. BEATIE. (2009). *Labor of Love: The Story of one man’s extraordinary pregnancy* (first edition). New York, United States of America: Seal Press.

⁴³³ G. VERSCHELDEN, “Aanpassing van de geslachtsregistratie: voorwaarden, gevolgen, privacy en overgangsrecht” in J. MOTMANS & G. VERSCHELDEN (eds.), *De rechten van transpersonen in België: een multidisciplinaire analyse na de wetten van 25 juni 2017 en 18 juni 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 95.

baarmoedertransplantatie hebben ondergaan. De strikte fysieke tweedeling man-vrouw is hier dus niet meer van toepassing.⁴³⁴ Ook de afstammingsregels uit het BW worden op heden aan deze tendensen aangepast.⁴³⁵

266. Of Renée *zich in casu* van de specifieke toepassing van dergelijke wet zou willen onttrekken kan opnieuw niet met zekerheid worden gesteld. Dit komt, omdat niet rechtsgeldig kan worden bewezen dat Renée misbruik heeft willen maken van haar recht op zelfbeschikking door identiteitsfraude te plegen. Dat dergelijke identiteitsfraude gebruikt zou zijn bij wetsontduiking kan dan evenmin worden bewezen. Dit betekent echter niet dat Renée tussen de mazen van het Belgische strafrechtssysteem kan glippen door het geslacht aan te passen. Er is nog steeds het misdrijf van de mensonterende behandeling uit artikel 417*bis* van het huidige Strafwetboek dat bijkomend als vangnet kan worden gebruikt.⁴³⁶ Dit artikel definieert als mensonterende behandeling: ‘elke behandeling, die in de ogen van het slachtoffer of van derden een ernstige krenking of aantasting van de menselijke waardigheid uitmaakt.’⁴³⁷ De rechter wordt hier geacht een ruime beoordelingsvrijheid te hebben. Hier moet echter wel de nuance worden gemaakt dat daar niet steeds eenduidigheid over bestaat in de rechtspraak.⁴³⁸

267. Daarom moet bij de invoering van een nieuw Strafwetboek ook in een aparte, eenduidige definitie voor het concept van commercieel draagmoederschap worden voorzien. Deze definitie kan dan ofwel door de wetgever mee onder de noemer van verkoop van het kind worden geplaatst, ofwel alsnog in een aparte strafbaarstelling worden gehanteerd. Het is in beide gevallen belangrijk dat rekening wordt gehouden met de genderneutraliteit van de bepaling, zodat niet aan wetsontduiking kan worden gedaan. In een wereld waar moederschap en zwangerschap niet *per se* vrouwelijk zijn, moet dan ook in een genderneutrale definitie voor commercieel draagmoederschap worden voorzien.⁴³⁹

Afdeling 3. Conclusie: Bewijs in strafzaken?

268. Waar een feitelijke anatomische realiteit is, zijn daar feitelijke anatomische consequenties van. Opdat deze consequenties rechtsgevolgen zouden krijgen, is bewijs daarvan nodig. Door de Transgenderwet van 2017 is het bewijzen van iemands fysieke geslacht geen evidentie meer.⁴⁴⁰ Deze wet zorgt er immers voor dat rekening kan

⁴³⁴ Hetzelfde geldt hier voor de strafbepalingen inzake zwangerschapsafbreking, gedwongen zwangerschap, gedwongen sterilisatie en de strafbepalingen met een verwijzing naar de kwetsbare toestand van het slachtoffer door zwangerschap. Alle verwijzingen naar het vrouwelijke geslacht worden hier dan van geen waarde. Het fysieke geslacht vrouw stemt immers niet langer overeen met het juridische geslacht vrouw. Daarnaast ondergraaft de medische vooruitgang de klassieke anatomische verhoudingen steeds meer.

⁴³⁵ G. VERSCHULDEN, “Aanpassing van de geslachtsregistratie: voorwaarden, gevolgen, privacy en overgangsrecht” in J. MOTMANS & G. VERSCHULDEN (eds.), *De rechten van transpersonen in België: een multidisciplinaire analyse na de wetten van 25 juni 2017 en 18 juni 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 93-102.

⁴³⁶ Art. 417*bis* Sw. *juncto* art. 126 Commissievoorstel.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Gent, 4 december 2013, *TJK* 2014, 92-104, noot L. PLUYM; L. PLUYM, “Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door de initiële wensouders” *TJK* 2014, 92-104. Hierbij wordt o.a. verwezen naar volgende uitspraken: Corr. Gent 25 november 2013 (onuitg.), Corr. Oudenaarde 12 oktober 2012 (onuitg.) en Gent, 12 februari 2013 (onuitg.).

⁴³⁹ Hetzelfde geldt hier opnieuw voor de strafbepalingen inzake zwangerschapsafbreking, gedwongen zwangerschap, gedwongen sterilisatie en de strafbepalingen met een verwijzing naar de kwetsbare toestand van het slachtoffer door zwangerschap.

⁴⁴⁰ Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2403/001; MvT, Wetsvoorstel betreffende de transseksualiteit (H. VAUTMANS e.a.), *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 0903/001, 3.

worden gehouden met iemands innerlijk beleefde genderidentiteit. Waar het juridische en het fysieke geslacht vroeger één waren, is dat vandaag niet steeds meer het geval. *Hoe moet dan worden bewezen welk fysiek geslacht iemand heeft?* Tussen 2017 en 2020 is dergelijke problematiek nog de uitzondering. Met de creatie van een derde geslachtscategorie (X) zou dit wel even anders kunnen zijn. Magistraten kunnen er dan niet redelijkerwijs meer van uitgaan dat iemand over bepaalde fysieke kenmerken beschikt.

269. Bij het verzamelen van fysiek-anatomisch bewijsmateriaal betreedt men altijd de meest persoonlijke delen van iemands levenssfeer. Om deze levenssfeer enigszins te respecteren, dient een legitieme basisoplossing te worden gevonden waar het fysieke geslacht apart van het juridische geslacht kan worden vastgesteld. Liefst op een manier, die zo laagdrempelig mogelijk is en het betrokken individu niet al te veel in (of eigenlijk uit) zijn hemd zet.

270. Ook het morele misdrijf-element botst op een aantal muren, wat de innerlijk beleefde genderidentiteit betreft. Deze genderidentiteit is een hoogstpersoonlijk aanvoelen van het individu, dat op geen enkele manier rechtsgeldig kan worden bewezen. Het is een psychologisch-individueel gegeven dat ontoereikend is voor derden. Een toetsing van het intern beleefde recht op zelfbeschikking aan de openbare orde is dan ook tegenstrijdig te noemen. Daarnaast is een definitie van het begrip openbare orde niet om handen, wat de toepassing in deze context nog maar eens bemoeilijkt.⁴⁴¹ De rol van de Procureur des Konings als ‘gatekeeper’ wordt daarmee enigszins op losse schroeven gezet. Er is dus nood aan een eenduidig beleid van het college van procureurs-generaal om de parketten enige sturing te geven.⁴⁴² Ook bij dergelijk beleid wordt het wikken en wegen om het recht op zelfbeschikking te blijven respecteren.

271. In theorie is het terecht dat de wetgever identiteitsfraude wil uitschakelen wat betreft de wijziging der geslachtsregistratie. Het recht op zelfbeschikking opent mogelijkheden voor misbruik door cismatieven. Misbruik maken van wat voorhanden is, is nu eenmaal een menselijke imperfectie. Het gebrek aan bewijsmogelijkheid is hier dan een gevaarlijk obstakel, waar criminelen zich achter kunnen verschuilen. Het is erg jammer dat de bijzondere identiteit van transpersonen zo in het voordeel van de criminaliteit misbruikt kan worden.

272. In de praktijk worden echter voldoende waarborgen geleverd om dergelijke identiteitsfraude tegen te gaan. In dit verband kan gedacht worden aan de burgerlijke wachttermijn en de politionele veiligheidsmaatregelen om identiteitsfraude en het bestaan van parallelle identiteiten tegen te gaan. Ook algemeen geformuleerde wetsbepalingen bieden dan in veel gevallen een vangnet tegen wetsontduiking. Of de Procureur des Konings echt een belangrijke rol speelt in de strijd tegen identiteitsfraude is eerder onzeker. Een toetsing aan de openbare orde lijkt in deze context immers geen effectief wapen te zijn. Theoretisch genomen ondergraaft het zelfbeschikkingsrecht immers de

⁴⁴¹ D. DE WAELE, “De rol van het openbaar ministerie” in J. MOTMANS & G. VERSCHULDEN (eds.), *De rechten van transpersonen in België: een multidisciplinaire analyse na de wetten van 25 juni 2017 en 18 juni 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 125-128 en 139-140.

⁴⁴² P. CANNOOT, “Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af” (noot onder GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019) *T.Fam.* 2020,17-26, §26; S. STEENDAM, “Nieuwe transwet: alles kan beter”, *Juristenkrant* 2017, 10.

mogelijkheid om juridisch sluitend bewijs te leveren. Aan de andere kant ondergraaft een strikte toetsing aan de openbare orde dan weer het recht op zelfbeschikking *sensu stricto*.

273. Tenslotte is het bij het bewijs enerzijds belangrijk dat het materieel element het moreel element niet gaat uitsluiten, zoals bij de toestemmingscomponent van verkrachting. Anderzijds is het van belang dat het moreel element het materieel element niet gaat uitsluiten, zoals bij identiteitsfraude en het recht op zelfbeschikking. Of de theoretische problematiek in realiteit ook voor zoveel moeilijkheden zorgt, valt vooralsnog af te wachten. Het is alvast wel van belang om in een sluitende bewijsmogelijkheid te voorzien voor het Openbaar Ministerie. Het tegendeel zou betekenen dat daders vrijuit gaan op basis van de *in dubio pro reo*-regel.

HOOFDSTUK 4: BIJZONDERE TOEPASSINGSGEVALLEN INZAKE DISCRIMINATIE EN GENDERGERELATEERD GEWELD

Afdeling 1. Discriminatie in het algemeen

274. In wat volgt, worden een aantal bijzondere toepassingsgevallen uit de strafwetgeving besproken. Het gaat om toepassingsgevallen, waarbij gender een specifieke rol heeft. Deze toepassingsgevallen worden hierbij niet expliciet gekoppeld aan de vorige hoofdstukken inzake rechtszekerheid en bewijs, maar houden er desalniettemin wel nauw verband mee.

275. Zoals eerder in het onderzoek aangegeven, is discriminatie niet alleen een treurig feit, maar ook een sociologische realiteit. Discriminatie doet zich dan bijvoorbeeld voor met betrekking tot iemands ras, religie of burgerlijke staat.⁴⁴³ Het komt daarnaast ook voor met betrekking tot iemands geslacht, genderidentiteit of genderexpressie.⁴⁴⁴ Een voorbeeld daarvan is gendergerelateerd geweld, dat als volgt wordt gedefinieerd:

“Geweld dat zich richt tegen een persoon wegens het geslacht, de genderidentiteit of de genderexpressie van die persoon of waaronder personen van een bepaald geslacht in onevenredige mate te lijden hebben, wordt aangemerkt als gendergerelateerd geweld. Het kan resulteren in lichamelijke, seksuele, emotionele of psychologische schade, dan wel economisch nadeel voor het slachtoffer. (...) Vrouwelijke slachtoffers van gendergerelateerd geweld, (...) hebben vaak behoefte aan bijzondere ondersteuning en bescherming, in verband met het hoge risico van secundaire en herhaalde victimisatie, van intimidatie en van vergelding in verband met dergelijk geweld.”⁴⁴⁵

276. Het is deze laatste vorm van discriminatie, die door dit hoofdstuk wordt gevisieerd. Discriminatie kan zowel positief als negatief zijn. In dit hoofdstuk wordt opnieuw aan de hand van een casus uitgelegd waar de juridische

⁴⁴³ Art. 4, 4° Antidiscriminatiewet.

⁴⁴⁴ Art. 3-4 Genderwet.

⁴⁴⁵ Overweging (17) Richtlijn van Europees Parlement en de Raad 2012/29/EU, 25 oktober 2012 tot vaststelling van de minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten en ter vervanging van het kaderbesluit 2001/220/JBZ, *Pb.L* 14 november 2012, afl. 315, 57.

mogelijkheden en valkuilen kunnen zitten, bij de creatie van een derde geslacht (X). De casus blijft tijdens het hele hoofdstuk dezelfde, maar daar worden steeds elementen aan toegevoegd of aangepast. Afhankelijk van de verschillende elementen wordt dan duidelijk waar bepaalde obstakels of mogelijkheden zich kunnen bevinden.

Afdeling 2. Negatieve discriminatie

277. *Negatieve discriminatie* is het ongerechtvaardigd onderscheid dat gemaakt wordt op basis van één van de beschermde criteria uit de Antidiscriminatiewet. Deze discriminatie kan direct of indirect zijn, waar respectievelijk een direct of een indirect onderscheid wordt gemaakt.⁴⁴⁶ Bij direct onderscheid gaat het over ‘de situatie waarin iemand ongunstiger behandeld wordt dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria.’⁴⁴⁷ Bij indirect onderscheid gaat het over ‘de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen.’⁴⁴⁸ Bij de haatmisdrijven is steeds sprake van negatieve discriminatie.⁴⁴⁹

278. Al in 2013 heeft de wetgever de problematiek omtrent transfobie duidelijk in de verf gezet. De wetgever van 2013 omschrijft deze problematiek als volgt:

*“Transgenderisme is vaak onbekend, maar mensen reageren wel op een genderoverschrijdend uiterlijk of op afwijkend gedrag. Het verschil tussen homofobie en transfobie is niet altijd duidelijk. Ze zijn allebei verbonden met opvattingen, verwachtingen en normen over mannelijkheid en vrouwelijkheid.”*⁴⁵⁰

279. Een discriminatie van het individu, is volgens de wetgever niet alleen een schending van de individuele identiteit. Ook de groepsidentiteit wordt door individuele discriminatie geschaad.⁴⁵¹ In sommige gevallen neemt transfobie de vorm aan van geweldplegingen en misbruik. De cijfers liegen er niet om. Acht op de tien transgenders wordt het slachtoffer van geweldplegingen. De geweldplegingen zijn dan vaak seksueel van aard.⁴⁵² Een lage meldingsbereidheid en een zware psychologische weerslag op de slachtoffers zorgt zo voor een negatieve zelfwaardering, verslechtering van de mentale gezondheid en een toename aan zelfmoordgedachten en – pogingen.⁴⁵³

⁴⁴⁶ Art. 4, 7° en 9° Antidiscriminatiewet *juncto* art. 5, 6° en 8° Genderwet

⁴⁴⁷ Art. 4, 6° Antidiscriminatiewet *juncto* artikel 5, 5° Genderwet.

⁴⁴⁸ Art. 4, 8° *juncto* art. 5, 7° Genderwet

⁴⁴⁹ Art. 21 Antidiscriminatiewet *juncto* Art. 26 Genderwet.

⁴⁵⁰ Wetsontwerp tot verhoging van de verzwarende omstandigheid bedoeld in artikel 405*quater* van het Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 2473/001, 7.

⁴⁵¹ *Ibid.*, 6.

⁴⁵² J. MOTMANS, G. T'SJOEN & P. MEIER. (2015). *Geweldervaringen van transgenderpersonen in België.*

⁴⁵³ Z. DEMIR (e.a.) (2018-2019). *Interfederaal Actieplan tegen discriminatie en geweld ten aanzien van LGBTI-personen - 2018-2019.* Bij het actieplan moet enigszins worden genuanceerd dat het gaat om geweld ten aanzien van LGBTI-personen. Dit betekent dat queerpersonen (of non-binair) vooralsnog niet uitdrukkelijk zijn opgenomen in een discriminatiebeleid. De creatie van een geslacht (X) zorgt ervoor dat dergelijk queer-beleid noodzakelijk wordt.

De problematiek van de transfobie is dan een vorm van gendergerelateerd geweld, die pas recent meer aandacht krijgt. Met de komst van een geslacht X wordt een sluitend en duidelijk beleid hieromtrent dus nog een stuk belangrijker.

280. In de zaak *Identoba e.a./Georgië* werd een zaak in verband met transfobie behandeld. Hierbij had een groep LGBT-personen vreedevol betoogd voor de Internationale Dag tegen Homofobie. Een groep tegenbetogers had deze groep echter in het nauw gedreven, om hen daarna gewelddadig aan te vallen. De politie, die bij de betoging aanwezig was, liet het na om tussen te komen en de transpersonen te beschermen.⁴⁵⁴

281. In deze zaak heeft het EHRM benadrukt dat: staten een aantal positieve verplichtingen hebben onder het EVRM. Hierdoor moet er steeds effectieve bescherming zijn voor individuen of individuele leden van een groep tegen vernederende of mensonterende behandelingen door een derde partij. Daarnaast is de staat ook verplicht om preventief een aantal maatregelen te nemen, om dergelijke behandelingen tegen te gaan.⁴⁵⁵ Deze positieve verplichtingen zijn bijkomend van belang voor personen met een minderheidsstandpunt- of kenmerk. Deze zijn immers nog een stuk vatbaarder voor victimisatie.⁴⁵⁶

I. Het Strafwetboek anno 2020

CASUS: *Luka is een fervent strijder voor de LGBTQI- rechten (= de rechten voor holebi-, trans- queer- en interseksuele personen) en komt daarmee regelmatig in het nieuws. Luka heeft zich nooit comfortabel gevoeld met het binaire concept van geslacht en laat zich bij de burgerlijke stand registreren met het geslacht (X). Tijdens een interview verkondigt ze dit nieuws met trots.*

*Op een dag wandelt Luka door het stadspark en wordt op grond geduwd door een groepje onbekenden. Ze schoppen en slaan Luka tot deze niet meer beweegt. Ondertussen wordt Luka uitgescholden voor abnormaal en psychisch instabiel. Het is duidelijk dat Luka hun doelwit is, omwille van het interview dat bij Luka is afgenomen over het nieuwe geslacht (X). Luka wordt door voorbijgangers gevonden en daarna naar het ziekenhuis gebracht. Enkele daders kunnen al snel worden opgepakt en geïdentificeerd. Het dossier komt terecht bij een magistraat. **Wat kan deze magistraat doen onder de huidige strafwetgeving?***

282. Het staat vast dat alle betrokken personen alvast kunnen worden vervolgd op basis van het misdrijf *opzettelijke slagen en verwondingen* uit artikel 398 van het huidige Strafwetboek. Dit artikel stelt dat: *'Hij die opzettelijk verwondingen of slagen toebrengt, wordt gestraft met (...) Ingeval de schuldige heeft gehandeld met voorbedachten rade, wordt hij veroordeeld tot gevangenisstraf van een maand tot een jaar en tot geldboete van vijftig euro tot tweehonderd euro.'*⁴⁵⁷ Afhankelijk van de ernst van de verwondingen kunnen zij eventueel zwaarder worden bestraft.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ EHRM 12 mei 2015, nr. 73235/12, *Identoba e.a./Georgië*.

⁴⁵⁵ *Ibid.* § 66.

⁴⁵⁶ *Ibid.* § 94.

⁴⁵⁷ Art. 398 Sw.

⁴⁵⁸ Art. 398-401 Sw.

i. Verzwarende omstandigheden

283. De verzwarende omstandigheden met betrekking tot discriminatie vinden voor het eerst rechtsgrond in de artikelen 33 tot 42 van de algemene Antidiscriminatiewet van 2007. Deze bepalingen stellen dat in het geval van bepaalde misdrijven de minimum- en maximumstraffen worden verhoogd wanneer: *‘één van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon o.a. wegens diens zogenaamd ras, huidskleur, fysieke of genetische eigenschap (..) zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid of zijn burgerlijke staat.’*⁴⁵⁹ Deze verzwarende omstandigheden werden in het Strafwetboek opgenomen voor de relevante misdrijven.⁴⁶⁰ Voor het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen staat de verzwarende omstandigheid omschreven in artikel 405*quater* van het huidige Strafwetboek.⁴⁶¹ Dit artikel neemt ook de geslachtsverandering als beschermd criterium op. Daardoor zijn ook transseksuelen door deze wetsbepaling beschermd.

284. Artikel 405*quater* vertrekt vanuit het binaire systeem ten tijde van de Transseksualiteitswet. Dit geeft een aantal toepassingsproblemen omtrent de discriminatiegronden op basis van geslacht en geslachtsverandering. Net als in voorgaande hoofdstukken kan dan niet met zekerheid worden gesteld of de wetgever in de Antidiscriminatiewet het juridische geslacht of het fysieke geslacht heeft willen beogen. Dit komt opnieuw omdat beide geslachten tot in 2017 steeds met elkaar overlappen. De wetgever van 2017 heeft duidelijk alle transpersonen overkoepelend bijkomend rechten willen bieden. Daarbij werd vooralsnog niet gesleuteld aan de wijze waarop het concept ‘geslacht’ of ‘geslachtsverandering’ in de verzwarende omstandigheden dient te worden geïnterpreteerd. Daardoor is onzeker of de wetgever met het beschermd criterium *geslacht* het juridische, dan wel het fysieke geslacht heeft willen beogen.

285. De wetgever van 2013 heeft expliciet gesteld dat de verzwarende omstandigheden uit de Antidiscriminatiewet niet van toepassing zijn op de discriminatie van transpersonen in de ruime zin van het woord. Enkel de discriminatie van transpersonen, die een geslachtsoperatie hebben ondergaan, wordt hier als verzwarende omstandigheid gepercipieerd.⁴⁶² Onder deze interpretatie kan het dossier van Luka *in casu* niet met een verzwarende omstandigheid omtrent geslacht of geslachtsverandering worden aangevuld. Luka is dan een transpersoon in de ruime zin van het woord, die daardoor niet bijkomend wordt beschermd. Door de creatie van een derde geslachtscategorie (X) als element van de burgerlijke staat, wordt de bescherming op basis van een ander criterium wel mogelijk. De magistraat kan hier proberen om een verzwarende omstandigheid te koppelen aan de discriminatie van het juridische geslacht (X) als element van de burgerlijke staat. Het beschermd criterium is dan de *burgerlijke staat* van een persoon. Als Luka *in casu* een interseks persoon zou zijn, is ook een verzwarende omstandigheid op basis van een fysieke of genetische eigenschap mogelijk. Dit kan uiteraard enkel als Luka (ook) omwille van deze kenmerken werd gediscrimineerd.

⁴⁵⁹ Art. 33-42 Antidiscriminatiewet.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ Art. 405*quater* Sw.

⁴⁶² Wetsontwerp tot verhoging van de verzwarende omstandigheid bedoeld in artikel 405*quater* van het Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 2473/001, 7-8.

ii. Haatmisdrijven en seksisme

CASUS: *Eén van de geweldplegers plaatst een afbeelding van de bloedende Luka op sociale media met de boodschap: “Dood aan het Geslacht XI” Wat kan de magistraat hier bijkomend doen onder de huidige strafwetgeving?*

286. De magistraat kan hier bijkomend nog zeker twee misdrijven strafbaar stellen:

- a. De zogenaamde *haatmisdrijven* uit de Antidiscriminatiewet
- b. Het misdrijf van *seksisme* uit de Seksismewet

a. De zogenaamde haatmisdrijven uit de Genderwet

287. Haatmisdrijven worden niet expliciet door de wet gedefinieerd. Met haatmisdrijven worden misdrijven bedoeld, *‘waarbij de dader handelt uit haat tegen, misprijzen van of vijandigheid tegen het slachtoffer omwille van een beschermd kenmerk.’*⁴⁶³ Het is dan niet enkel het individu dat schade ondervindt. De gehele beschermde groep wordt immers aangetast en aangevallen in zijn identiteit.⁴⁶⁴

288. De Genderwet stelt de volgende misdrijven strafbaar als haatmisdrijven:

- De aanzet tot discriminatie jegens een persoon wegens zijn geslacht
- De aanzet tot haat of geweld jegens een persoon wegens zijn geslacht
- De aanzet tot discriminatie of tot segregatie jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan wegens het geslacht
- De aanzet tot haat of geweld jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens het geslacht.⁴⁶⁵

Deze vormen van discriminatie dienen steeds plaats te vinden in een openbare context, opdat zij strafbaar zouden zijn.⁴⁶⁶ Zij worden bestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met één van die straffen alleen.⁴⁶⁷

289. De strafbare discriminatie focust op het begrip geslacht, zoals het door de Genderwet is gedefinieerd. De Genderwet stelt daarbij een direct onderscheid op basis van de *genderidentiteit, genderexpressie of sekse-kenmerken* gelijk aan een direct onderscheid op basis van het geslacht. Dit betekent dat het bericht op sociale media met zekerheid

⁴⁶³ P. BORGHS, “Hitlergroet in Belgische strafwetgeving. Het brengen van de Hitlergroet als misdrijf of verzwarende omstandigheid”. *NJW* 2019, 822-832; W. DE BONDT. (2019) *Reflections on the criminalisation and prosecution of Hate Crime in Belgian criminal law*. 37th Conference on Comparative Law; P. BORGHS, “Haatmisdrijven tegenover transgenderpersonen”, *NJW* 2018, 703-704.

⁴⁶⁴ Wetsontwerp tot verhoging van de verzwarende omstandigheid bedoeld in artikel 405^{quater} van het Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 2473/001, 7-8.

⁴⁶⁵ Art. 27 Genderwet.

⁴⁶⁶ Art. 444 Sw; art. 27 Genderwet; M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN & J. VERBIST, *Duiding Strafrecht*, Brussel, Larcier, 2018.

⁴⁶⁷ Art. 27 Genderwet.

gepercipieerd kan worden als een haatmisdrijf onder artikel 27 van de Genderwet. De discussie over het fysieke of juridische geslacht dient hier dan bijkomend niet te worden gevoerd. Intersekse worden bijkomend door deze bepaling beschermd, aangezien sinds kort ook de discriminatiemisdrijven omwille van sekse-kenmerken strafbaar zijn.⁴⁶⁸

b. Het misdrijf inzake seksisme

290. De wet ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie teneinde de daad van discriminatie te bestraffen (hierna: De Seksisme-wet)⁴⁶⁹ definieert *seksisme* als volgt:

“Elk gebaar of handeling die, in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden klaarblijkelijk bedoeld is om minachting uit te drukken jegens een persoon wegens zijn geslacht, of deze, om dezelfde reden, als minderwaardig te beschouwen of te reduceren tot dienst geslachtelijke dimensie en die een ernstige aantasting van de waardigheid van deze persoon ten gevolge heeft.”⁴⁷⁰

291. Dit misdrijf wordt bestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met één van die straffen alleen.⁴⁷¹ Dit misdrijf wordt daarmee op hetzelfde niveau bestraft, als de klassieke haatmisdrijven uit de Antidiscriminatiewet.⁴⁷² Nochtans kan seksisme beschouwd worden als een minder zwaarwichtig misdrijf. Het gaat hier immers niet per se over het aanzetten tot haat of geweld tegen een persoon omwille van diens geslacht. Seksisme is dan een misdrijf, waarbij voornamelijk minachting wordt uitgedrukt. Hoewel voor beide misdrijven dus dezelfde bestraffing geldt, is het achterliggende idee meestal van een andere gradatie.⁴⁷³ Waar haat is, is meestal ook minachting. Elk zwaarwichtig haatmisdrijf met betrekking tot het geslacht kan dan gezien worden als een vorm van seksisme. Omgekeerd is dit niet het geval. Niet elke vorm van seksisme is een zwaarwichtig haatmisdrijf.

292. De strafbaarstelling van seksisme kent in de rechtsleer heel wat kritieken en discussies door de vage omschrijving van de wetsbepaling en de overlapping met bestaande strafbaarstellingen.⁴⁷⁴ Het is daarom niet steeds duidelijk wat de wetgever precies heeft willen beogen. In de rechtsleer wordt geopperd dat het begrip geslacht hier eng dient te worden geïnterpreteerd. Dit komt, omdat een amendement dat tot bedoeling had om genderexpressie en

⁴⁶⁸ Art. 2 wet van 4 februari 2020 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat het discriminatieverbod op vaderschap of meemoederschap betreft, *BS* 28 februari 2020.

⁴⁶⁹ De wet van 22 mei 2014 ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie teneinde de daad van discriminatie te bestraffen (hierna: De Seksisme-wet) *BS* 24 juli 2014.

⁴⁷⁰ Art. 2 Seksismewet.

⁴⁷¹ Art. 3 Seksismewet.

⁴⁷² Art. 27 Genderwet.

⁴⁷³ W. DE BONDT. (2019) *Reflections on the criminalisation and prosecution of Hate Crime in Belgian criminal law*. 37th Conference on Comparative Law.

⁴⁷⁴ J. ROZIE, “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 416-419.

genderidentiteit aan de wetsbepaling toe te voegen, geen gevolg kreeg.⁴⁷⁵ Daarnaast is de parlementaire voorbereiding van de wet vooral gebaseerd op vrouwelijke slachtoffers en stelt het expliciet dat:

*“Onderhavig besluit beoogt de beide geslachten in hun respectievelijke stereotypen (...) of de persoon nu tot het ene of het andere geslacht behoort (...)”*⁴⁷⁶

293. Dit zou betekenen dat de Seksismewet Luka *in casu* niet bijkomend kan beschermen, aangezien het derde geslacht (X) van Luka niet met zekerheid door de wetgever werd beoogd. In dit geval kan echter een kritische bedenking worden gemaakt. Op dezelfde dag, zijnde 22 mei 2014, werd door dezelfde parlementaire kamer een wet aangenomen ter uitbreiding van de Genderwet. Deze wet had tot doelstelling de bescherming van de Genderwet uit te breiden naar de discriminatie op basis van de genderidentiteit en de genderexpressie van individuen. Een direct onderscheid op grond van genderidentiteit of genderexpressie werd dan gelijkgesteld met een direct onderscheid op basis van geslacht.⁴⁷⁷ Het wetsontwerp van deze uitbreidende wet onderstreept meermaals het belang van een discriminatiebeleid voor transpersonen in de ruime zin van het woord.⁴⁷⁸ De wetgever is dezelfde, dus diens bedoeling zou dat eigenlijk ook moeten zijn. Het is jammer dat de wetgever zijn goede bedoelingen niet heeft doorgetrokken. Stereotyperend gedrag wordt hierdoor eerder bevestigd dan bestreden. Dit betekent dat Luka niet bijkomend door de Seksisme-wet kan worden beschermd.

II. Het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek

CASUS: *Wat kan de magistraat doen, als er een nieuw Strafwetboek wordt ingevoerd naar het model van het Commissievoorstel?*

294. Het staat vast dat alle betrokken personen alvast kunnen worden vervolgd op basis van het misdrijf *gewelddaden* uit artikel 180 van het Commissievoorstel. Gewelddaden zijn alle wetens en willens gestelde gedragingen die bestaan in:

- *‘Het aanwenden van fysieke kracht of macht tegen een ander persoon en die uit hun aard de mogelijkheid hebben te resulteren in een lichamelijk letsel, pijn of schade aan de gezondheid, of;*
- *het op eender welke wijze toebrengen aan een ander persoon van een lichamelijk letsel of schade aan de gezondheid.*⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ J. ROZIE, “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & S. DEWULF (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, (389) 416-419; Amendement (BREMS & GENOT), *Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr. 3297/002, 1-2.

⁴⁷⁶ MvT, Wetsontwerp ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen teneinde de daad van discriminatie te bestraffen, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr. 3297/001, 4.

⁴⁷⁷ Art. 4, §3 Genderwet.

⁴⁷⁸ MvT, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr.3483/001, 3-5.

⁴⁷⁹ Art. 180 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

Afhankelijk van de ernst van de verwondingen en de voorbedachtheid kunnen zij eventueel nog zwaarder worden bestraft.⁴⁸⁰

i. Verzwarende omstandigheden en verzwarende bestanddelen

295. Onder het Commissievoorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen *verzwarende omstandigheden* en *verzwarende bestanddelen*. Bij verzwarende bestanddelen worden de minimum- en maximumstraffen automatisch verhoogd. De strafvork wordt daarmee in zijn geheel uitgebreid en verzwaard.⁴⁸¹ Verzwarende bestanddelen vormen steeds een bijkomend bestanddeel bij een bepaald misdrijf. Bij verzwarende omstandigheden mag de rechter de strafvork niet uitbreiden, maar dient hij binnen zijn beoordelingsvrijheid in de strafvork wel rekening te houden met deze verzwarende omstandigheid. Deze verzwarende omstandigheid is steeds gekoppeld aan specifieke misdrijven, maar vormt er geen bijkomend bestanddeel van.⁴⁸²

296. Het Commissievoorstel voorziet in het verzwarende bestanddeel van de discriminerende drijfveer. Een misdrijf is gepleegd vanuit een discriminerende drijfveer, wanneer één van de drijfveren van de dader bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens (..) zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat (..) ⁴⁸³ De wetgever definieert geslacht hier (eindelijk) als het fysieke geslacht in de zin van: ‘de sekse van een persoon, nl. de biologische kenmerken die betrekking hebben op de rol bij de voortplanting.’ Dit geslacht wordt o.a. gelijkgesteld met de geslachtsverandering, genderidentiteit en genderexpressie van individuen.

297. Dit betekent dat Luka *in casu* onder het nieuwe Commissievoorstel kan worden beschermd op basis van het geslacht (in de zin van genderidentiteit of genderexpressie) en op basis van de burgerlijke staat. De bescherming kan hier worden geboden in de vorm van het verzwarend bestanddeel ‘*gepleegd vanuit een discriminerende drijfveer*’ bij het misdrijf ‘gewelddaden.’ De strafvork wordt daarmee uitgebreid naar een zwaarder niveau. Voor het misdrijf gewelddaden bestaat dan geen bijkomende verzwarende omstandigheid meer.

⁴⁸⁰ Art. 181-185 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

⁴⁸¹ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 145.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ Art. 81 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

ii. Haatmisdrijven en seksisme

CASUS: *Eén van de geweldplegers plaatst een afbeelding van de bloedende Luka op sociale media met de boodschap: “Dood aan het Geslacht X!” Wat kan de magistraat hier bijkomend doen onder de huidige strafwetgeving?*

298. De magistraat kan hier bijkomend nog zeker twee misdrijven strafbaar stellen.

- a. De zogenaamde *haatmisdrijven* uit de Antidiscriminatiewet
- b. Het misdrijf van *seksisme* uit de Seksismewet

a. De zogenaamde *haatmisdrijven*

299. De haatmisdrijven worden in het Commissievoorstel bestraft onder de afdeling: ‘Misdrijven inzake de bestraffing van de discriminatie, de aanzetting tot haat en het negationisme.’⁴⁸⁴ Hier wordt *discriminatie op grond van geslacht* gedefinieerd als:

*“Elke vorm van rechtstreekse opzettelijke discriminatie, onrechtstreekse opzettelijke discriminatie, opdracht tot discriminatie of intimidatie op grond van zijn geslacht; daaraan worden gelijkgesteld de discriminatie op grond van een rechtstreeks onderscheid op basis van de geslachtsverandering of de genderidentiteit of genderexpressie.”*⁴⁸⁵

300. Hierbij is opnieuw vereist dat de gedraging zich *in het openbaar* voltrekt.⁴⁸⁶ Net als bij de haatmisdrijven uit de Genderwet vallen haatmisdrijven op basis van iemands geslacht zonder problemen onder de Belgische strafwet. *In casu* kan de strafbaarstelling van het haatmisdrijf dan aan het dossier van Luka worden toegevoegd. Meer bepaald de aanzet tot discriminatie en de deelneming aan een groepering die discriminatie verkondigt, kunnen door de magistraat worden toegepast.⁴⁸⁷

b. Het misdrijf inzake *seksisme*

301. Ook seksisme valt onder de afdeling: ‘Misdrijven inzake de bestraffing van de discriminatie, de aanzetting tot haat en het negationisme.’⁴⁸⁸ Dit misdrijf wordt in het wetvoorstel gedefinieerd als:

*“Het wetens en willens in het openbaar aannemen van een gedrag dat klaarblijkelijk bedoeld is om minachting uit te drukken jegens een persoon wegens zijn geslacht, of deze, om dezelfde reden, als minderwaardig te beschouwen of te reduceren tot dienst geslachtelijke dimensie en die een ernstige aantasting van de waardigheid van deze persoon ten gevolge heeft.”*⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ Art. 237-245 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

⁴⁸⁵ Art. 237 *Ibid.*

⁴⁸⁶ Art. 238 -245 *Ibid.*

⁴⁸⁷ Art. 238 en art. 240 *Ibid.*

⁴⁸⁸ Art. 237-245 *Ibid.*

⁴⁸⁹ Art. 245 *Ibid.*

302. Deze definitie is dus bijna exact overgenomen uit de Seksismewet van 2014. Door de overkoepelende definitie van het begrip ‘geslacht’ in het Commissievoorstel, worden de problemen inzake het beperkte toepassingsgebied alsnog verholpen. Dit betekent dat het plaatsen van Luka’s foto op sociale media *in casu* zowel een haatmisdrijf als een seksisme-misdrijf uitmaakt. Dat betekent daarnaast ook dat elk haatmisdrijf met betrekking tot het geslacht, automatisch ook een seksisme-misdrijf zal uitmaken. *Qui peut le plus, peut le moins*. Elke aanzet of verkondiging tot geweld of haat jegens een bepaald geslacht of gender is per definitie ook een minachting van datzelfde geslacht of gender. Beide misdrijven worden dan opnieuw (onterecht) op hetzelfde niveau bestraft. Voor dezelfde gedraging is hier steeds een dubbele strafbaarstelling mogelijk. Dat lijkt hier niet *per se* noodzakelijk te zijn en maakt de strafbepaling van deze gedraging onnodig complex.

303. Daarnaast lijkt ook de Commissie tot hervorming van het Strafwetboek geen voorstander van het misdrijf seksisme, zoals het in de wet omschreven staat. Aangezien de definitie quasi-letterlijk is overgenomen, blijven dezelfde kritieken van toepassing. Een nieuwe werkvorm van het misdrijf dringt zich dan ook op.⁴⁹⁰

Afdeling 3. Positieve discriminatie

304. Bij *positieve discriminatie* wordt een discriminerende maatregel van positieve actie ondernomen. Het gaat hier om een gerechtvaardigd onderscheid. Het is dan net de bedoeling om met een bepaalde maatregel de bestaande (kennelijke) ongelijkheid te doen verdwijnen.⁴⁹¹ Er worden dan bijkomende, legitieme maatregelen genomen voor slachtoffers van gendergerelateerd geweld. Deze slachtoffers worden zo meer beschermd dan voor slachtoffers van ‘niet gendergerelateerd geweld’ het geval is.

305. Gendergerelateerd geweld wordt aangemerkt als ‘geweld dat zich richt tegen een persoon wegens het geslacht, de genderidentiteit of de genderexpressie van die persoon of waaronder personen van een bepaald geslacht in onevenredige mate te lijden hebben.’⁴⁹² Hoewel de definitie an sich genderneutraal is, wordt in de praktijk vooral bescherming geboden aan vrouwelijke slachtoffers.

⁴⁹⁰ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 310.

⁴⁹¹ Art. 10 Antidiscriminatiewet *juncto* art. 16 Genderwet.

⁴⁹² Overweging (17) Richtlijn van Europees Parlement en de Raad 2012/29/EU, 25 oktober 2012 tot vaststelling van de minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten en ter vervanging van het kaderbesluit 2001/220/JBZ, *Pb.L* 14 november 2012, afl. 315, 57.

I. De Istanbul-Convention van 2011

306. De Istanbul-Convention is een verdrag van de Raad van Europa uit 2011 en heeft tot doel het voorkomen en het bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld.⁴⁹³ Het Verdrag is dus gebaseerd op het voorkomen van gendergerelateerd geweld tegen vrouwen in het bijzonder. De Convention definieert gendergerelateerd geweld tegen vrouwen hier dan als: *'geweld dat gericht is een vrouw, omdat ze een vrouw is of geweld dat vrouwen buitenproportioneel treft.'*⁴⁹⁴ Voorbeelden van dit gendergerelateerd geweld op vrouwen zijn dan bijvoorbeeld belaging, seksueel geweld (met inbegrip van verkrachting), gedwongen huwelijk, vrouwelijke genitale verminking, gedwongen abortus en gedwongen sterilisatie of huiselijk geweld.⁴⁹⁵

307. België heeft een aantal verplichtingen onder dit verdrag. De vraag is hier hoe aan die genderspecifieke verplichtingen kan worden voldaan, met de creatie van een geslacht (X). Deze geslachtsaanduiding schudt de mannelijke en vrouwelijke slachtoffergroepen immers hevig dooreen. De Istanbul-Convention stelt in dit verband dat:

“Partijen de nodige wetgevende en andere maatregelen ter bevordering en bescherming van het recht van eenieder, en van vrouwen in het bijzonder moeten nemen, om in zowel de publieke als de privésfeer gevrijwaard te worden van geweld.

*De uitvoering van de bepalingen van dit Verdrag (...) wordt gewaarborgd zonder discriminatie op welke grond dan ook (...).”*⁴⁹⁶

308. Daaruit kan worden afgeleid dat het niet *per se* de bedoeling is om enkel aan vrouwen bijkomende bescherming te bieden. Indien gewenst, zijn staten vrij om bijkomende beschermingsmaatregelen te nemen voor de gehele bevolkingsgroep. De minimumstandaarden moeten worden nageleefd, maar kunnen dan steeds worden uitgebreid. Er zijn drie misdrijven, waarbij de Convention toch de nadruk schijnt te leggen op een specifieke strafbaarstelling inzake geweld tegen vrouwen. Met name voor de vrouwelijke genitale verminking, de gedwongen abortus en de gedwongen sterilisatie wordt de nadruk gelegd op het vrouwelijke slachtoffer. Er wordt daarbij niet aangegeven of het slachtoffer fysiek of juridisch vrouwelijk dient te zijn.

309. Vrouwen, die aanvankelijk met zekerheid onder de bescherming van de Convention vallen, worden dus door het aannemen van het geslacht (X) plots minder beschermd. Deze vrouwen behoren echter nog steeds (en misschien zelfs nog meer) tot een risicogroep, die zal worden gediscrimineerd en gestigmatiseerd. Een verminderde bescherming lijkt niet in lijn te liggen met de bedoelingen van de Raad van Europa.

⁴⁹³ Council of Europe, *The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence* 11 May 2011, *CETS* no. 210.

⁴⁹⁴ Art. 3(d) Istanbul Convention.

⁴⁹⁵ Art. 33-40 Istanbul Convention.

⁴⁹⁶ Art. 4.1 - 4.3 Istanbul Convention.

310. Recentelijk gaan ook heel wat stemmen op voor een bijkomende bescherming van transpersonen tegen transfobie.⁴⁹⁷ Ook mannen worden meer en meer erkend als slachtoffers van (huiselijke) geweldsmisdrijven en seksueel misbruik.⁴⁹⁸ *In hoeverre zijn mannelijke, vrouwelijke en genderneutrale (X) slachtoffers dan zo kennelijk van elkaar verschillend dat een maatregel van positieve discriminatie noodzakelijk en verantwoordbaar is?*⁴⁹⁹

311. De geslachtsaanduiding (X) brengt eigenlijk alle slachtoffercategorieën samen. Personen met het geslacht (X) kunnen als man, als vrouw of als intersekse geboren zijn. Daarbij kunnen zij transgender of transseksueel zijn, of daarentegen een geheel eigen invulling verlenen aan deze geslachtsategorisatie. De invoering van een derde geslacht (X) maakt het in de praktijk dus eigenlijk onmogelijk om de vrouwelijke slachtoffers van genitale verminking, gedwongen abortus en gedwongen sterilisatie expliciet te gaan beschermen door middel van het materieel strafrecht. Een materieelrechtelijk onderscheid maken zou strijdig zijn met het grondwettig gelijkheidsbeginsel.⁵⁰⁰

312. Een genderneutrale strafbaarstelling hoeft daarvoor niet *per se* in strijd te zijn met de waarden, die de Raad van Europa vooropstelt. De Raad van Europa heeft daarbij expliciet erkend dat ook rekening dient te worden gehouden met andere groepen van slachtoffers, zoals homoseksuelen of transgenders. Staten zijn daarin vrij om hun strafbeleid ook naar deze slachtoffergroepen uit te breiden.⁵⁰¹ Daarnaast heeft de Raad van Europa in 2015 ook een Resolutie uitgevaardigd, die lidstaten aanspoort om een derde geslachtscategorie in te voeren.⁵⁰² Deze Resolutie is van een recentere datum dan de Istanbul-Conventie uit 2011 en onderstreept nogmaals dat het erg belangrijk is om (trans)personen te beschermen tegen haatmisdrijven en discriminatie.

313. De Istanbul-Conventie verplicht staten tenslotte om een genderperspectief toe te passen bij de uitvoering en toetsing van de Conventie en een effectief beleid te hanteren ten behoeve van gelijkheid tussen vrouwen en mannen.⁵⁰³ Een derde geslacht (X) maakt zo'n genderspecifiek beleid zeker mogelijk. Meer nog, de genderdifferentiatie zorgt dan voor een beleidsspecificatie per geslachtscategorie (M), (V) of (X). Een genderspecifieke benadering inzake beleid, bewustwording en bijstand wordt hierdoor mogelijk. Op die manier kan nog steeds bijkomend aandacht worden gegeven aan het belang van de vrouwelijke slachtoffergroep, zonder andere kwetsbare groepen daarmee uit te sluiten. Het is dan niet de wettekst die genderspecifiek moet zijn, maar wel de maatregelen die bijkomend worden genomen.

⁴⁹⁷ Zie *supra* 276-279.

⁴⁹⁸ Zie *supra* 210.

⁴⁹⁹ Art. 16 Genderwet.

⁵⁰⁰ Art. 10 en 11 Gw.

⁵⁰¹ Council of Europe. (2020, 7 April). Istanbul Convention-Action against violence against women and domestic violence: The Convention in brief. Available at [https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/the-convention-in-brief#{%2211642301%22:\[0\]}](https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/the-convention-in-brief#{%2211642301%22:[0]})

⁵⁰² Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015) Discrimination against transgender people in Europe, 22 April 2015.

⁵⁰³ Art. 6 Istanbul Conventie.

II. Vrouwenmoord of femicide

314. Op het pad naar een genderneutrale vorm van materieel strafrecht, is het van belang om zo weinig als mogelijk expliciete verwijzingen naar een concreet geslacht of gender in te voeren. Waar genitale verminking tot nog toe het onderwerp blijft van een discussie, kan voor bijna alle andere bepalingen in een genderneutrale versie worden voorzien. Ondertussen liggen er echter een aantal wetsvoorstellen voor, die de *vrouwenmoord* of *femicide* pogen strafbaar te stellen. Dergelijke strafbaarstelling lijkt een stap achteruit te zijn in de zoektocht naar een genderneutrale strafwetgeving. Strikt genomen is *femicide* de moord op een vrouw, omdat ze vrouw is. Het gaat hier dus opnieuw om een vorm van gendergerelateerd geweld tegen vrouwen.⁵⁰⁴

315. Femicide komt dan voor in vier vormen:

- A. De intieme vrouwenmoord tussen (ex-)partners
- B. De eergerelateerde vrouwenmoord door een mannelijk of een vrouwelijk familielid omdat de vrouw qua zeden over de schreef zou zijn gegaan
- C. De vrouwenmoord, die verband houdt met een bruidsschat
- D. De niet-intieme vrouwenmoord door iemand die geen intieme relatie met het slachtoffer heeft.⁵⁰⁵

316. Het gaat hier om een symbolische strafbaarstelling, die een reële problematiek aan de kaak wil stellen. Deze problematiek is op zichzelf absoluut niet betwist.⁵⁰⁶ De werkbaarheid van een specifieke strafbaarstelling daaromtrent is dat echter wel. In dit verband kunnen alvast een aantal problemen worden opgesomd. Deze opsomming is niet limitatief.

317. Ten eerste is de bewijslast voor het Openbaar Ministerie hier erg zwaar. Bewijzen dat een persoon vermoord is, omwille van: ‘het vrouw zijn’ ligt dan niet steeds voor de hand. In het wetsvoorstel wordt aangegeven dat de bewijslast gefocust moet zijn op het hoofdmisdrijf moord. Een vrouwelijk slachtoffer verzwaart dan steeds de strafmaat.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (S. ROHONYI & F. DE SMET), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0835/001; MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (L. ZANCHETTA e.a.), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0846/001; World Health Organization. (2012). *Understanding and addressing violence against women: femicide*.

⁵⁰⁵ MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (S. ROHONYI & F. DE SMET), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0835/001, 5; World Health Organization. (2012). *Understanding and addressing violence against women: femicide*.

⁵⁰⁶ MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (S. ROHONYI & F. DE SMET), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0835/001, 3; XX. (2020, 17 februari). Zeker 102 vrouwen om het leven gebracht in drie jaar tijd: Vrouwenraad pleit voor strengere aanpak femicide. *De Morgen*. Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/nieuws/zeker-102-vrouwen-om-het-leven-gebracht-in-drie-jaar-tijd-vrouwenraad-pleit-voor-strengere-aanpak-femicide~b048b78f/>.

⁵⁰⁷ MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (S. ROHONYI & F. DE SMET), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0835/001, 9.

318. De strafbaarstelling brengt vervolgens ook geen enkele meerwaarde aan reeds bestaande straffen. Er is reeds een misdrijf ‘moord’ dat op dezelfde manier wordt bestraft. Moord wordt gedefinieerd als: ‘doodslag met voorbedachten rade.’⁵⁰⁸ Doodslag is: ‘het doden met het oogmerk om te doden.’⁵⁰⁹ De strafbaarstelling voor moord en voor vrouwenmoord is dezelfde. Het gaat dan om de zwaarste straf van levenslange opsluiting.⁵¹⁰ Met reden zijn geen verzwarende omstandigheden aan het misdrijf moord gekoppeld. Dit komt, omdat de strafvork bij moord al het absolute maximum heeft bereikt. Het is daardoor onduidelijk waarom daders bijkomend afgeschrikt zouden moeten zijn door het misdrijf femicide. De strafvork blijft steeds hetzelfde. Een bijkomende, symbolische strafbaarstelling maakt het Strafwetboek dan onnodig gecompliceerd.

319. Dergelijke symbolische strafbaarstelling mag dan wel een sterk signaal zijn van de overheid. Het zorgt ook voor een bepaalde rechtsonzekerheid. De wetsvoorstellen leggen sterk de nadruk op de default-norm van mannelijke daders en vrouwelijke slachtoffers.⁵¹¹ Rechtsonderdanen worden dan opnieuw geconditioneerd met deze klassieke norm. Het beschermen van een bepaalde kwetsbare groep, maakt andere slachtoffergroepen daardoor nog meer kwetsbaar. Bij een creatie van een derde geslacht (X) zou de strafbaarstelling er als volgt uitzien:

DADER	SLACHTOFFER	MISDRIJF
(M)	(V)	FEMICIDE
(M)	(M)	MOORD
(M)	(X)	MOORD
(V)	(V)	MOORD OF FEMICIDE
(V)	(M)	MOORD
(V)	(X)	MOORD
(X)	(V)	MOORD
(X)	(M)	MOORD
(X)	(X)	MOORD

Figuur 6: Dader- en slachtoffercombinaties bij femicide

320. De sociale idealen inzake gender maken het vrij moeilijk voor mannen om als slachtoffers erkend te worden. Mannen worden beschouwd als fysiek en seksueel dominant. Indien zij blijf geven van enige zwakte daaromtrent, worden zij door de maatschappij ontmand. De drempel om klacht in te dienen is voor mannelijke slachtoffers dan ook erg hoog. Een groot deel van deze slachtoffergroep blijft daardoor onder de radar hangen. Vrouwen worden daarentegen vaak beschouwd als fysiek en seksueel ondergeschikt. Dergelijk stigmatiserend patroon bewerkstelligt een soort sociaal schild voor vrouwelijke daders en een nog hogere klachtendrempel voor hun mannelijke slachtoffers.⁵¹²

⁵⁰⁸ Art. 394 Sw *juncto* art. 99 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw.

⁵⁰⁹ Art. 393 Sw *juncto* art. 98 Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Sw;

⁵¹⁰ MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (S. ROHONYI & F. DE SMET), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0835/001, 9-10; MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (L. ZANCHETTA e.a.), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0846/001, 7.

⁵¹¹ MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (S. ROHONYI & F. DE SMET), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, 5; MvT, Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (L. ZANCHETTA e.a.), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0846/001, 1.

⁵¹² Dit stereotype geldt niet enkel voor femicide, maar ook voor bijvoorbeeld huiselijk geweld en seksueel misbruik.

321. Een nieuw criminologisch perspectief omtrent vrouwelijke daders en mannelijke slachtoffers wordt een stuk belangrijker met de creatie van een derde geslacht (X). Beide dader-en slachtoffergroepen worden hier door elkaar gemengd in een genderneutrale geslachts categorie. Ook voor mannelijke slachtoffers kan dit de klachtendrempel verlagen.

CASUS: *Luka is oorspronkelijk geboren als vrouw. Zoals hierboven reeds verduidelijkt, besluit zij het geslacht te laten registreren als (X). Na de vorige aanval is Luka intussen enigszins hersteld. Ze wandelt opnieuw door het park, waar haar keel wordt overgesneden door een lid van dezelfde discriminerende groepering. Luka sterft ter plekke. Deze persoon heeft duidelijk gehandeld met voorbedachten rade. **Wat zou de magistraat hier kunnen doen, indien femicide strafbaar zou worden gesteld?***

322. De moord van Luka zou niet zomaar onder het toepassingsgebied van vrouwenmoord kunnen vallen. Er wordt hier immers opnieuw niet gedefinieerd of het hier om vrouwen in de juridische of in de fysieke zin van het woord gaat. Daarnaast kan er ook niet van worden uitgegaan dat de wetgever hiermee ook een derde geslachts categorie heeft bedoeld. Luka beschikt *in casu* over dezelfde uiterlijke en fysieke kenmerken als een vrouw (postuur, gelaatstrekken, borsten). Dit betekent dat zij makkelijk door daders kan worden aanzien als een vrouw, maar niet door dezelfde wetsbepalingen beschermd wordt. Luka beschikt daarnaast over dezelfde eigenschappen van sociale ondergeschiktheid doordat zij deel uitmaakt van de non-binaire gemeenschap. Dit betekent dat zij evenzeer een makkelijk doelwit is voor transfoob geweld, maar niet bijkomend door symbolische wetsbepalingen wordt beschermd. De moordenaar van Luka kan *in casu* dus vervolgd worden voor moord, maar niet zomaar voor femicide. Voor de vervolging en berechting is dit in principe van geen belang, want de strafbaarstelling blijft dezelfde. Het is echter de balans tussen de louter symbolische relevantie van femicide en de gevaarlijke propaganda voor het vrouwelijke slachtofferschap, die hier problematisch kunnen zijn. Met de creatie van een geslacht (X) in het vooruitzicht, biedt dergelijke strafbaarstelling zeker geen meerwaarde aan een genderneutrale wetgeving.

Afdeling 4. Conclusie: Strafrechtelijke discriminatie?

323. Bij maatregelen inzake negatieve discriminatie is het van belang dat de verzwarende omstandigheden en discriminatiemisdrijven steeds volledig genderoverkoepelend zijn. Dit betekent dat zowel de discriminaties op basis van geslacht, als de discriminaties op basis van de genderidentiteit en de genderexpressie (bijkomend) strafbaar worden gesteld. Elke vorm van discriminatie is een aantasting van de identiteit van een bepaalde groep en moet passend worden bestraft.⁵¹³

324. Daarnaast is het belangrijk dat deze verschillende rechtsconcepten onderling voldoende duidelijk worden afgebakend. Het onderscheid tussen verzwarende omstandigheden en verzwarende bestanddelen moet daarbij voldoende in de verf worden gezet. Ook het discriminatiemisdrijf seksisme moet duidelijker van de andere haatmisdrijven worden onderscheiden. Het gaat hier om een minachtingsmisdrijf inzake geslacht, dat in principe

⁵¹³ Wetsontwerp tot verhoging van de verzwarende omstandigheid bedoeld in artikel 405*quater* van het Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 2473/001, 6.

steeds van toepassing kan zijn op discriminatiemisdrijven met betrekking tot het geslacht. De onduidelijkheid in verband met een dubbele strafbaarstelling moet worden aangepakt. De werkvorm van de wetsbepaling moet daarvoor dringend anders worden ingevuld. Dat de wetgever zich slechts schoorvoetend achter dit misdrijf schaaft, is enigszins problematisch te noemen en komt de rechtszekerheid van de Belgische bevolking alvast niet ten goede.

325. Bij de maatregelen inzake positieve discriminatie gaat het vooral om de maatregelen inzake gendergerelateerd geweld, waarbij in de praktijk vooral vrouwen worden beschermd. Met de creatie van een derde geslacht (X) komt het belang van een genderspecifiek strafrechtelijk beleid op de voorgrond te staan. Meer dan geslachtsspecifieke wetsbepalingen is er nood aan een strafrechtelijk beleid dat aandacht heeft voor elke slachtoffercategorie. Het beschermen van kwetsbare groepen mag immers niet tot gevolg hebben dat andere groepen daardoor meer kwetsbaar gaan worden. Iemands geslacht of gender dient hier als een categoriserende mogelijkheid tot een genderspecifiek à-la-carte beleid. Elke slachtoffergroep (M, V of X) heeft bepaalde zwaktes en aandachtspunten waar op een genderspecifieke manier aandacht aan moet worden besteed. Iemands geslacht kan dan niet langer een uitsluitingsgrond vormen voor een bijkomende bescherming. Ook hier is een genderoverkoepelend beleid dus van het grootste belang.

DEEL V. ONDERZOEKSCONCLUSIE

326. Geslacht en gender vormen tot op de dag van vandaag (terecht of onterecht) nog altijd één van de fundamenteën van onze samenleving. Dat valt nu eenmaal moeilijk te betwisten. Juridisch gezien vormt het geslacht een element van de burgerlijke staat. Dit zorgt enerzijds voor een bepaalde rechtszekerheid tussen burgers onderling. Het juridische geslacht draagt anderzijds bij tot bepaalde bewijsmodaliteiten en de identificatie van personen. Sociaal-maatschappelijk gezien vormt het geslacht een element van sociale, anatomische en wetenschappelijke categorisatie. Dit betekent dat het geslacht een handig werkinstrument is voor de efficiënte onderverdeling van onze samenleving.

327. Deze juridische en maatschappelijke onderverdeling kan zowel gebruikt worden bij de interacties tussen burgers, als bij het uitstippelen van een bepaald beleid door de overheid. Vooralsnog werkt het geslacht, als werkinstrument van de maatschappij, voornamelijk binair. Dit betekent dat er vooral een onderscheid wordt gemaakt tussen het mannelijke of het vrouwelijke geslacht. Het gaat hier om een beperkte keuzemogelijkheid, die door samenleving en overheid worden opgelegd.

328. Na een ingewikkeld politiek compromis kwam de wetgever in juni 2017 tot de Transgenderwet. Deze wet maakte het mogelijk om het juridische geslacht te wijzigen zonder medische voorwaarden. Tot dan waren geslachtsoperaties en hormonenbehandelingen een noodzakelijke voorwaarde tot wijziging van het juridische geslacht. Voor mannelijke personen met een penis (..) wordt het door de Transgenderwet alsnog mogelijk om het juridische geslacht te registreren als vrouw. Voor vrouwelijke personen met een vagina en baarmoeder (..) wordt het alsnog mogelijk om het juridische geslacht te gaan registreren als man. Het recht op zelfbeschikking maakt het hier voor ieder individu mogelijk om op basis van de innerlijk beleefde genderidentiteit het geslacht te gaan wijzigen. Dit betekent meteen dat het juridische geslacht niet langer overeenstemt met het fysieke geslacht. Een nieuwe begripsomschrijving voor de geslachtsregistratie is hier dan ook aangewezen. Genderidentiteitsregistratie is bijvoorbeeld een begrip dat het geheel beter overkoepelt.

329. In juni 2019 deed het Grondwettelijk Hof de grondvesten van deze binaire samenleving daveren. Het Hof stelde in haar arrest dat er door de wetgever een herstelmaatregel moet worden voorzien, waarbij ook non-binaire en fluïde personen juridisch erkend kunnen worden. Deze personen wensen zich niet (definitief) vast te koppelen aan het mannelijke of het vrouwelijke geslacht of gender. Mogelijke herstelmaatregelen in dit verband zijn de volledige schrapping van de geslachtsregistratie en de creatie van een derde geslachtscategorie. Ook andere maatregelen blijven hier mogelijk. Vooralsnog werd in dit verband nog geen beslissing genomen door de wetgever. Het is op de voorgrond van dit huidige, wetgevende klimaat dat de eerste onderzoeksvraag zich opdringt:

Welke herstelmaatregel is het meest geschikt voor de juridische erkenning van non-binaire en fluïde transpersonen, zoals deze door het Grondwettelijk Hof werd bevolen?

330. De creatie van een derde, neutrale geslachtscategorie (X) lijkt in dit verband dan het meest geschikt te zijn. De emotionele erkenning van het individu en de organisatorische effectiviteit van de overheid worden daardoor immers het best in balans gehouden. Ook rechtszekerheid, bewijs en een passend discriminatiebeleid kunnen het meest door deze nieuwe geslachtscategorie worden ondersteund. Het geslacht (X) verruimt het systeem, in plaats van het te ondergraven. Waar het tot voor kort hoogdrempelig was om volledig over te schakelen naar een ander juridisch geslacht, brengt een neutrale tussencategorie deze drempel een stuk naar beneden. In tegenstelling tot wat voor sommige andere herstelmaatregelen geldt, is hier dus het grootste maatschappelijke en politieke draagvlak voor.

331. Het antwoord op de eerste centrale onderzoeksvraag zorgt ervoor dat de tweede onderzoeksvraag als volgt kan worden aangevuld:

Wat zijn de mogelijke implicaties van deze herstelmaatregel op het bijzonder strafrecht?



Wat zijn de mogelijke implicaties van de creatie van een derde geslachtscategorie (X) op het bijzonder strafrecht?

332. Het antwoord op de tweede onderzoeksvraag is een stuk uitgebreider en veelzijdiger dan het antwoord op de eerste onderzoeksvraag. Voor het bijzonder strafrecht, heeft het geslacht (X) immers een aantal belangrijke implicaties. Ten eerste zorgen bepalingen, die niet genderneutraal zijn geformuleerd, voor een bepaalde rechtsonzekerheid bij burgers met het geslacht (X). De strikte interpretatie van de strafwet laat immers geen toepassingen naar analogie toe. Dit betekent dat een genderspecifieke wetsbepaling niet zomaar kan worden uitgebreid tot de bescherming of bestraffing van een persoon met het geslacht (X).

333. Met het genderneutrale geslacht (X) worden de klokken echter geluid voor een nieuw, genderneutraal tijdperk. Het Grondwettelijk Hof dringt hiermee aan de wetgever op om de geleidelijke genderevolutie om te zetten in een abrupte genderrevolutie. Vooralsnog werd door de wetgever nog niet expliciet nagedacht over een derde geslachtscategorie. Dit betekent dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld of de wetgever personen met het geslacht (X) heeft willen beschermen of bestraffen in de desbetreffende wetgeving. Zonder verduidelijkende wetsgeschiedenis of rechtspraak-interpretatie is het uitbreiden van de wetsbepaling dus strijdig met het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel vormt immers een van de belangrijkste bakens van het huidige strafrecht. Vroeger dan verwacht dringt het Grondwettelijk Hof hiermee dus een volledig genderneutraal strafrechtssysteem op aan de

wetgever. Het tegendeel zou voor een botsing zorgen tussen het legaliteitsbeginsel en het recht op een eerlijk proces. Beiden zijn immers grondrechten met een fundamenteel karakter voor de rechtsstaat.⁵¹⁴

334. Een aantal wetsbepalingen verwijzen expliciet naar iemands fysieke geslacht, omwille van bepaalde fysieke kenmerken (zoals de baarmoeder of de vrouwelijke genitaliën) als materiële elementen van een misdrijf. In deze gevallen moet het enigszins mogelijk zijn om enkel de specifieke anatomische kenmerken van het geslacht in de wetsbepaling op te nemen. Indien om een bepaalde reden toch naar het geslacht dient te worden verwezen, moet de wetgever duidelijk aanduiden of hiermee het juridische of het fysieke geslacht bedoeld wordt. De expliciete verwijzing naar een bepaald geslacht moet dan achterwege blijven. Hierdoor kan taalkundige verwarring tussen het fysieke en het juridische geslacht worden vermeden. Zelfs in deze gevallen moet echter voldoende benadrukt worden waarom het onderscheid tussen de fysieke geslachten legitiem is. Het tegendeel zou misschien een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel kunnen betekenen.⁵¹⁵

335. Ten tweede vormt het bewijs in strafzaken een belangrijke procedurele aanvulling van het materieel strafrecht. Er moet een reële mogelijkheid zijn tot het bewijzen van het materieel en het moreel element van een misdrijf. Zonder deze reële bewijsmogelijkheid heeft dergelijk bestanddeel in de praktijk immers weinig tot geen zin. Bij twijfel wordt het bewijs immers geïnterpreteerd in het voordeel van de beklaagde. Dit is wat het *in dubio pro reo*-beginsel wordt genoemd.

336. Sinds de Transgenderwet van 2017 vallen het juridische en het fysieke geslacht van een persoon dus niet langer samen. Dit betekent dat magistraten er eigenlijk niet met zekerheid van mogen uitgaan dat iemand over bepaalde anatomische kenmerken beschikt. Met de creatie van een derde geslacht (X) dringt een alternatieve bewijsmethode zich nog meer op. Het moet dan mogelijk zijn om vast te stellen of iemand over de anatomische eigenschappen van een mannelijke, vrouwelijke of intersexe persoon beschikt. Vanuit een mensenrechtelijk perspectief brengt dit een aantal problemen mee voor de lichamelijke integriteit en de privacy van een individu.⁵¹⁶

337. Het recht op zelfbeschikking zorgt er bijkomend voor dat alle individuen vrij van geslacht kunnen wisselen. Om misbruik te vermijden, treedt de procureur des Konings op als gatekeeper bij de wijziging van de geslachtsregistratie. Deze toetst de aanvraag aan het principe van de openbare orde. In de praktijk is het echter redelijkerwijs onmogelijk om iemands intrinsiek-psychologische genderidentiteit te toetsen aan een onduidelijk en publiekelijk concept als de openbare orde. Dit wel doen, maakt eigenlijk een schending uit van dat recht op zelfbeschikking. Er kan dan op geen enkele manier rechtsgeldig worden bewezen of iemands innerlijk beleefde genderidentiteit aan de werkelijkheid beantwoordt of niet. Dergelijk hiaat in de wetgeving opent mogelijkheden voor

⁵¹⁴ Art. 12, tweede lid en art. 14 Gw. *juncto* art. 15 BUPO *juncto* art. 6, §1- 7 EVRM.

⁵¹⁵ Art. 10 en 11 Gw.

⁵¹⁶ Art. 8 EVRM; art. 22bis Gw *juncto* art. 3 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.L.* 26 oktober 2012; art. 10 wet Patiëntenrechtenwet.

criminaliteit door identiteitsfraude. De wijziging der geslachtsregistratie zou er zo voor kunnen zorgen dat daarvan misbruik wordt gemaakt door criminelen, om:

- Een nieuwe identiteit te ontwikkelen en daarmee te ontkomen aan opsporing en vervolging.
- Een nieuwe identiteit te ontwikkelen, waarmee het mogelijk wordt om niet langer onder de toepassing van een bepaalde (niet- genderneutrale) wet te vallen.

338. Het nieuwe geslacht (X) heeft tenslotte ook een aantal gevolgen voor de discriminatie in het strafrecht. Er zijn een aantal verzwarende omstandigheden en discriminatiemisdrijven waarbij een misdrijf strenger kan worden bestraft, indien het gepleegd werd met een discriminerende drijfveer. De discriminerende drijfveer vooronderstelt discriminatie op grond van een aantal beschermde criteria, zoals het geslacht. Het is daarbij niet duidelijk of de wetgever daarmee het fysieke of het juridische geslacht heeft bedoeld. Bij twijfel valt het geslacht (X) nog steeds onder het beschermd criterium van de burgerlijke staat. Daarnaast kan het eventueel ook onder de beschermde criteria van genderidentiteit en genderexpressie worden geplaatst. Een duidelijk overkoepelend criterium dringt zich hier op.

339. Gender gerelateerd geweld is vervolgens het geweld dat gepleegd wordt omwille van iemands geslacht of gender. Ook dit is een vorm van discriminatie in het strafrecht, zijnde in een positieve vorm. Het is hier de bedoeling om kwetsbare groepen bijkomend tegen geweld te beschermen. In de praktijk wordt deze kwetsbare groep voornamelijk gepercipieerd als vrouwelijk. Hoewel deze bescherming gebeurt met de beste bedoelingen, brengt het ongewild toch ook een aantal stigma's mee. Een mannelijke dader met een vrouwelijk slachtoffer wordt dan beschouwd als de norm. Mannelijke- en transslachtoffers schijnen hier te vaak te worden vergeten. Vrouwelijke daders blijven hiermee soms buiten schot. In een samenleving waar transfoob geweld meer en meer de kop opsteekt, is het belangrijk om dergelijke stereotypingen snel te doorbreken.

340. Wat het gender gerelateerd geweld betreft, creëert het geslacht (X) onverwacht een aantal mogelijkheden. Met een derde geslachtscategorie valt het binaire onderscheid weg. Zo gebeurt dit ook in de klassieke dader-en slachtoffercategorisering. Het geslacht (X) vermengt de klassieke mannelijke en vrouwelijke dader- en slachtoffergroepen en vooronderstelt een heel nieuw criminologisch perspectief. De differentiatie, die hiermee wordt gecreëerd, biedt de mogelijkheid voor nieuwe en genderspecifieke beleidsopties. Hierdoor dringt een apart *à-la-carte-beleid* zich op, waarin rekening gehouden wordt met alle categorieën van daders en slachtoffers. Alle vormen van geweld dienen dan gelijkwaardig te worden bestraft, zonder in het materieel recht een onderscheid te maken op basis van het geslacht van de dader of het slachtoffer.

341. De creatie van een derde geslachtscategorie betekent eigenlijk een volledige omwenteling van het binaire systeem en het rechtsstelsel zoals het vandaag bestaat. Grondige rechtshervormingen zijn dan nodig. Het is duidelijk dat het huidige Strafwetboek en de bijzondere strafwetten niet geschikt zijn om een derde, genderneutrale categorie voldoende op te vangen. Daarvoor is deze strafwetgeving te doorweven met impliciete en expliciete verwijzingen naar het geslacht. Daarbij is niet duidelijk of het om het juridische of het fysieke geslacht gaat.

342. Het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek is een stuk geschikter voor het opvangen van dit derde geslacht (X). Het biedt immers kansen om als wetgevend voorbeeld te dienen voor de toekomst. Daarbij komt het goed uit dat het gelijktijdig met het arrest X op tafel is komen te liggen. Een aantal bijkomende opmerkingen kunnen hier dus alsnog worden geformuleerd.

343. Er kan bijvoorbeeld wat meer aandacht worden besteed aan de wetsbepaling omtrent genitale verminking, die jongens en intersekse personen vooralsnog gaat uitsluiten als slachtoffer. Er dient hier tenminste te worden onderzocht of een genderneutrale strafbaarstelling opportuun kan zijn. Deze strafbaarstelling kan dan worden geherformuleerd. Er kan hier bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de gradatie van ernst in de zin van verminkingen en gevolgen voor het slachtoffer.⁵¹⁷ Daarnaast dient ook bijkomend te worden gesleuteld aan de werkbaarheid van het misdrijf seksisme, dat vooralsnog op losse schroeven staat. Er dient hier vooral te worden nagedacht over de dubbele strafbaarstelling en de bewoordingen van het specifieke wetsartikel.

344. In de Memorie van Toelichting van het Commissievoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek wordt het volgende gesteld:

“Het streven naar genderneutraliteit in de formulering van de strafbaarstellingen kan alleen maar worden onderschreven. Dit stemt overeen met de premisse van accuraatheid. Voorzichtigheid blijft echter geboden. Het té veel willen accentueren van de gelijkheid tussen man en vrouw kan mogelijks in de toekomst ongewild leiden tot een nieuwe ongelijkheid.”⁵¹⁸

345. De invoering van een derde geslacht (X) dringt echter aan op een strafwetgeving, die volledig genderneutraal is opgesteld. De creatie van een nieuwe geslachtscategorie overstijgt immers de binaire gelijkheid tussen man en vrouw. Niet-genderneutrale wetsbepalingen zorgen zo voor een bijkomende ongelijkheid voor de nieuwe geslachtscategorie in zijn geheel. Zeker op het vlak van rechtszekerheid en het recht op een eerlijk proces borrelen dan een aantal terechte kritieken op. Dit zou het Belgische rechtssysteem opnieuw terug kunnen katapulteren tot bij het Grondwettelijk Hof voor een nieuwe grondwettelijke ongelijkheid met bijpassend vernietigingsarrest. Mijns inziens is dit citaat dus niet langer van toepassing, indien een derde geslachtscategorie in het leven wordt geroepen. Er moet dan helemaal anders over wet en beleid worden nagedacht.

346. Er is dus nood aan een genderneutraal recht, waarbij iedereen gelijkwaardig is voor de wet. Gewenste genderongelijkheid- en genderdifferentiatie kunnen bijkomend worden opgevangen in een passend beleidskader. Zonder een hiërarchie te creëren, worden de onderlinge verschillen alsnog gerespecteerd. Gelijkheid blijft dan een mythe, waar gelijkwaardigheid eindelijk een kans krijgt.

⁵¹⁷ W. DE BONDT, *Huiselijk geweld en gender in het strafrecht*. (2020). Bijzonder Strafrecht, Universiteit Gent.

⁵¹⁸ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 251.

BIBLIOGRAFIE

I. WETGEVING

INTERNATIONAAL

WETGEVING & BEGINSELEN

- Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten van 16 december 1966 (BUPO-verdrag).
- International Commission of Jurists (ICJ), Yogyakarta Principles (+ 10). Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles, 10 November 2017. (Yogyakarta Beginselen).

SUPRANATIONAAL

— De Raad van Europa

WETGEVING

- Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).
- Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld van 11 mei 2011, *CETS* no. 210.

RESOLUTIES & ADVIEZEN

- Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 2191 (2017) Promoting the Human Rights of and eliminating discrimination against intersex people, 12 October 2017.
- Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015) Discrimination against transgender people in Europe, 22 April 2015.
- Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation (2002) 5 on the protection of women against violence*, 30 April 2002.

BELEID

- Council of Europe. (2020, 7 April). Istanbul Convention-Action against violence against women and domestic violence: The Convention in brief. Available at <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/the-convention-in-brief#%2211642301%22:0>.
- The Council of Europe (2019). Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention) – Female Genital Mutilation. Geraadpleegd van <https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/7838-istanbul-convention-female-genital-mutilation.html>.

WETGEVING

- Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.L.* 26 oktober 2012.
- Verordening van het Europees Parlement en de Raad (EU) 2019/1157, 20 juni 2019 betreffende de versterking van de beveiliging van identiteitskaarten van burgers van de Unie en van verblijfsdocumenten afgegeven aan burgers van de Unie en hun familieleden die hun recht van vrij verkeer uitoefenen, *Pb.L.* 12 juli 2019, afl.188, 67.
- Richtlijn van Europees Parlement en de Raad 2012/29/EU, 25 oktober 2012 tot vaststelling van de minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten en ter vervanging van het kaderbesluit 2001/220/JBZ, *Pb.L.* 14 november 2012, afl. 315, 57.

NATIONAAL

WETTEN

- De Belgische Grondwet (Gw.)
- Het Burgerlijk Wetboek (BW)
- Het Strafwetboek (Sw.)
- Het Wetboek van Strafvordering (Sv.)
- Wet van 4 februari 2020 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat het discriminatieverbod op vaderschap of meemoederschap betreft, *BS* 28 februari 2020.
- Wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, *BS* 5 september 2018.
- Wet van 25 juni 2017 tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *BS* 10 juli 2017 (Transgenderwet).
- Wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS* 19 februari 2016.
- Wet van 22 mei 2014 ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie teneinde de daad van discriminatie te bestraffen *BS* 24 juli 2014 (Seksismewet).
- Wet van 5 mei 2014 tot wijziging van artikel 409 van het Strafwetboek, houdende de strafbaarstelling van het aanzetten tot genitale verminking bij vrouwen, *BS* 2 juli 2014.
- Wet van 10 mei 2007 betreffende de transseksualiteit, *BS* 11/07/2007 (Transseksualiteitswet).
- Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *BS* 30 mei 2007 (Genderwet).
- Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007 (Antidiscriminatiewet).
- Basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van gedetineerden, *BS* 1 februari 2005.
- Wet van 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen, *BS* 31 december 2002.
- Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002 (Patiëntenrechtenwet).
- Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, *BS* 22 december 1992.

- Wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 3 september 1991.
- Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989.
- Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 21 april 1984.

KONINKLIJKE EN MINISTERIËLE BESLUITEN

- KB van 2 juni 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel, *BS* 8 juni 2012.
- KB van 25 maart 2003 betreffende de identiteitskaarten, *BS* 28 maart 2003.
- MB 30 oktober 2015 houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en het strafprocesrecht, *BS* 29 december 2015.

VOORBEREIDENDE WERKZAAMHEDEN

- Herziening van titel II van de Grondwet om een artikel *24quater* in te voegen betreffende de eerbiediging van het privéleven, *Parl.St. Kamer*, 1992-1993, nr. 997/5.
- Wetsontwerp tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *Parl.St. Kamer* 2016-17, nr. 2403/001.
- Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie, *Parl.St. Kamer* 2013-14, nr. 3483/001.
- Wetsontwerp tot verhoging van de verzwarende omstandigheid bedoeld in artikel *405quater* van het Strafwetboek, *Parl.St. Kamer* 2012-13, nr. 2473/001.
- Wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *Parl.St. Kamer* 2006-07, nr. 2721/001.
- Wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl.St. Kamer* 1996-97, nr. 857/1.
- Verslag namens de Commissie voor Justitie (R. LANDUYT) over het wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming voor meerderjarigen, *Parl.St. Kamer* 1998-99, nr.1907/7.
- Wetsvoorstel (J. HERZET) houdende bestraffing van bepaalde gewelddaden gepleegd op minderjarigen, *Parl.St. Kamer* 1995-96, nr. 463/1.
- Wetsvoorstel (G. LIEKENS & R. DE CALUWE) tot wijziging van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkering gecoördineerd op 14 juli 1994 met betrekking tot de besnijdenis van jongens zonder medische noodzaak, *Parl.St. Kamer* 2019-20, nr. 1055/001.
- Wetsvoorstel (Ö. ÖZEN e.a.) tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St. Kamer* 2019-2020, nr.1011/001.
- Wetsvoorstel (K. JIROFLEE) houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St. Kamer* 2019-2020, nr.0855/001.
- Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (L. ZANCHETTA e.a.), *Parl.St. Kamer* 2019-2020, nr. 0846/001.
- Wetsvoorstel teneinde vrouwenmoord in het Strafwetboek op te nemen (S. ROHONYI & F. DE SMET), *Parl.St. Kamer* 2019-2020, nr. 0835/001.
- Wetsvoorstel (N. LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St. Kamer* 2019-2020, nr. 0666/001.

- Wetsvoorstel (K. JIROFLEE) tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St. Kamer 2019-2020*, nr.0633/001.
- Wetsvoorstel (N. LANJRI & S. VERHERSTRAETEN) tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St. Kamer 2019-2020*, nr.0608/001.
- Wetsvoorstel (P. GOFFIN, K. GEENS e.a.) tot invoering van een nieuw Strafwetboek- Boek 1 en Boek 2, *Parl.St. Kamer 2019-20*, nr. 0417/001.
- Wetsvoorstel (R. TERWINGEN & S. BECQ) tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, MvT, *Parl.St. Kamer 2018-2019*, nr. 3651/001.

OMZENDBRIEVEN

- Gem. Omz. nr. COL 08/2019 van 27 februari 2020 betreffende identiteitsfraude.
- Omzendbrief van 15 december 2017 over de wet van 25 juni 2017 tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *BS 29/12/2017*.
- Omz. nr. COL 20/2010, 4 oktober 2010 betreffende de drieledige gerechtelijke identificatie.

ANDERE BELEIDSDOCUMENTEN

- Z. DEMIR e.a. (2018-2019). *Interfederaal Actieplan tegen discriminatie en geweld ten aanzien van LGBTI-personen 2018-2019*, FOD Justitie.
- K. GEENS, Z. DEMIR e.a. (2017). *Je voornaam en geslachtsregistratie aanpassen bij de burgerlijke stand*, FOD Justitie.
- K. GEENS, J. JAMBON e.a. (2016). *Kadernota Integrale Veiligheid 2016-2019*, FOD Justitie.
- Mercuriale van 1 september 2017 van het Auditoraat-Generaal Antwerpen betreffende identiteitsfraude.

II. RECHTSPRAAK

SUPRANATIONAAL

— **EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS (EHRM)**

- EHRM 3 december 2019, nr. 22429/07 en nr. 25195/07, Parmak and Bakir/Turkije.
- EHRM 6 april 2017, AP Garçon en Nicot/Frankrijk.
- EHRM 29 november 2016, nr. 76943/11, Griekse Katholieke Partij Lupeni e.a./Roemenië.
- EHRM 12 mei 2015, nr. 73235/12, Identoba e.a./Georgië.
- EHRM 10 maart 2015, nr. 14793/08, Y.Y/Turkije.
- EHRM 21 oktober 2013, nr. 42750/09, Del Rio Prada/Spain.
- EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06, Schlumpf/Zwitserland.
- EHRM 12 februari 2008, nr. 21906/04, Kafkaris/Cyprus.
- EHRM 4 December 2003, nr. 39272/98, M.C./Bulgarije.
- EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, Van Kück/Duitsland.
- EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Christine Goodwin/UK.
- EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, Pretty/Verenigd Koninkrijk.

— **HOF VAN JUSTITIE (HvJ)**

- HvJ 30 april 1996, nr. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, *ECR 1996 I-02143*, concl. G. TESAURO.

NATIONAAL

— GRONDWETTELIJK HOF

- GwH 16 januari 2020, nr. 2020/1, *NJW* 2020, (116) 117.
- GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019.
- GwH 29 januari 2014, nr. 20/2014.
- GwH 30 oktober 2013, nr. 143/2014.
- GwH. 9 juli 2013, nr.96/2013, *T.Fam.* 2013, 218.
- GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013, *T.Fam.*2013, 232.
- ArbH, arrest nr. 4/92 van 23 januari 1992, Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid.
- ArbH 13 oktober 1989 nr. 23/89, *Biorim*.

- Bundesverfassungsgericht (DE) 10 oktober 2017, 2019/16.

— HOF VAN CASSATIE

- Cass. 11 december 2018, AR P.18.0896.N.
- Cass. 21 februari 2018, RG P.16. 1199.F.
- Cass. 16 januari 2018, P.17.0281.N.
- Cass. 16 mei 2017, AR P.14.1799. N, *Arr. Cass.* 2017, 1200-1207, concl. M. TIMPERMAN.
- Cass. 4 januari 2017, AR P.16.0871.F.
- Cass. 7 september 2016, P.16.0362.F.
- Cass. 31 maart 2015, AR P14 0293.
- Cass.17 september 2013, P.12.1162.N.
- Cass. 2 maart 2012, *Arr.Cass.* 2012, 500.
- Cass. 20 mei 2008, *Pas.* 2008, 1245.
- Cass. 5 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002.
- Cass. 10 september 1971, *RW* 1971-1972, 322.

- Cass. (FR) 4 mei 2017, nr. 531, ECLI:FR:CCASS:2017:C100531, www.courdecassation.fr.

— HOVEN VAN BEROEP

- Gent 27 november 2014, *T. Fam.* 2015.
- Gent 4 december 2013, *TJK* 2014, 92-104, noot L. PLUYM.
- Antwerpen 13 oktober 2011, nr. 2011 CO 510.
- Brussel 23 juni 1999, *RW* 1999-2000, 1138.

III. RECHTSLEER

INTERNATIONAAL

BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- JAMEL, J., *Transphobic Hate Crime*, London, Palgrave Macmillan, 2018, 127 p.

BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

- CLARKE, J., “They, them and theirs”, *Harv. L. Rev.* 2019, 894- 991.
- CLARKE, J., “Identity and Form”, *Cal.L.Rev.* 2015, 747-840.
- COOPER, D. & RENZ, F., “If the State Decertified Gender, What Might Happen to Its Meaning and Value?”, *Journal of Law and Society* 2016, 483-505.
- FUCHS, S.F., “Male Sexual Assault: Issues of Arousal and Consent”, *Cleveland State Law Review* 2004, 93-121.
- ULFSTEIN, S., “The Human Rights Treaty Bodies and Legitimacy Challenges”, *Pluricourts Research Paper* 16-10, Oslo, Pluricourts, 2016, 1-24.
- WEARE, S., “Oh you’re a guy, how could you be raped by a woman that makes no sense: towards a case for legally recognising and labelling ‘forced- to-penetrate’ cases as rape”, *International Journal of Law in Context* 2018, 110-131.

NATIONAAL

BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- BEHRENDT, C. & VRANCKEN, M., *Beginselen van het Belgisch Staatsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 840 p.
- BREMS, E. & STEVENS, L. (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, 17-23.
- DE BUSSCHER, M., MEESE, J., VAN DER KELEN, D. & VERBIST, J., *Duiding Strafrecht*, Brussel, Larcier, 2018, 904 p.
- DELBROUCK, I., *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, Brugge, Die Keure, 2015, 151 p.
- DE NAUW, A., DERUYCK, F., & Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2017. 221 p.
- DERUYCK, F. & VAN LANDEGHEM, Y., *Overzicht van het Belgisch strafprocesrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 684 p.
- EGGERMONT, F., SMIS, S., PAEPE, P., & SCHREURS, W., *Praktijkboek Rechtsmethodologie*, Brugge, Die Keure, 2019, 488 p.
- GOEDERTIER, G., HAECK, Y., & VANDE LANOTTE, J. (e.a.), *Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 791p.
- MARTYN, G., DEVLOO, R., & JORENS, Y., *Een kennismaking met recht en rechtspraktijk*, Brugge, Die Keure, 2018, 509 p.
- MOTMANS, J. & VERSCHELDEN, G. (eds.), *De rechten van transpersonen in België: een multidisciplinaire analyse na de wetten van 25 juni 2017 en 18 juni 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 225 p.
- ROZIE, J., VANDERMEERSCH, D., DE HERDT, J., *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 616 p.
- STEVENS, L. *Hoe legaal te flirten? Een gids voor vrouwen en mannen over seksueel geweld en #metoo*, Gent, Borgerhoff & Lamberigts, 2019, 183 p.
- STEVENS, L., *Strafrecht en seksualiteit: de misdrijven inzake aanranding van de eerbaarheid, verkrachting, ontucht, prostitutie, seksreclame, zedenschennis en overspel*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 29.
- SWENNEN, F. *Het personen-en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 586 p.
- TAELEMAN, P. & VERSCHELDEN, G., *Basisbegrippen van recht*, Leuven Den Haag, Acco, 2017, 226 p.
- VANCOPPERNOLLE, T., *Intertemporeel recht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 930 p.

- VAN DEN WYNGAERT, C. & VANDROMME, S., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen-Boek 1 inzake Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 560 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C. & DE SMET, B., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen- Boek 2 inzake Strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 814 p.
- VANSWEEVELT, T. & DEWALLENS, F., *Handboek Gezondheidsrecht (Volume II)*, Antwerpen, Intersentia 2014, 1632 p.

BIJDRAGEN IN VERZAMELWERKEN

- DE BOT, D., “Publiciteitsregisters en de verwerking van persoonsgegevens” in DE BOECK, A., SAGAERT, V. & VAN RANSBEECK, R. (eds.), *Publiciteit in het zakenrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 17-49.
- DE WOLF, D., “Recente ontwikkelingen in het bewijsrecht (2013-2019)” in DERUYCK, F., BERKMOES, H., DE WAEL, F., DE WOLF, D., HUYLEBROECK, B., ROZIE, M. & WINANTS, A., *Strafrecht in/uit balans* (*schrappen wat niet past)*, Brugge, Die Keure, 2020, 1-78.
- MEESE, J., “Het bewijs in strafzaken” in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, 511-543.
- ROZIE, J., “Genderneutraliteit in het strafrecht: utopie of realiteit?” in C. VAN DEN WYNGAERT & DEWULF, S. (eds.), *Liber Amicorum*, Antwerpen, Maklu, 2017, 389-424.
- RUTTEN, S., “Familie en culturele praktijken” in RUTTEN, S., RAMAKERS, E. & LENAERTS, M. (eds.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 283-314.
- STEVENS, L., “Van opgedrongen tongzoen tot penetrerend slachtoffer” in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, 73-83.
- TIMMER, A., “Genderstereotypen en het EHRM” in BREMS, E. & STEVENS, L. (eds.), *Recht en Gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, 219-236.
- TIMMERMAN, J., “Aanstelling van de gerechtsdeskundige, verloop van het onderzoek en verslag in strafzaken, wettelijke vergoeding en tarifiering” in LYSSENS, T., DE BUYST, D., BEKE, J., BOON, J., DE LATHOUWER, R., DREESEN, J. (eds.), *Gerechtsdeskundigen. Handboek juridische opleiding*, Brugge, Die Keure, 2019, 247-286.
- TRAEEST, P., “Actualia bewijs in strafzaken” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 129-193.
- VAN DE VOORDE, J. & CARETTE, N., “Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval?” in DE BOECK, A., SAGAERT, V. & VAN RANSBEECK, R. (eds.), *Publiciteit in het zakenrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 51-159.
- VERBRUGGEN, F. & VANHEUL, J. “Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: Daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek I van het Strafwetboek” in BAILLEUX, A., SPRIET, B., VAN HERPE, R., VANHEUL, J., VERBRUGGEN, F. & VERSTRAETEN, R. (eds.), *Themis 110-Straf en strafprocesrecht*, Brugge, Die Keure/La Chartre, 2019, 1-54.

BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

- BORGHS, P., “Hitlergroet in Belgische strafwetgeving. Het brengen van de Hitlergroet als misdrijf of verzwarende omstandigheid”. *NJW* 2019, 822-832.
- BORGHS, P., Discriminatie op grond van geslachtsverandering, genderidentiteit en genderexpressie, *NJW* 2018, 451-452.
- BORGHS, P., “Haatmisdrijven tegenover transgenderpersonen”, *NJW* 2018, 703-704.
- CANNOOT, P., “Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af” (noot onder GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019), *T.Fam.* 2020, 17-26.

- CANNOOT, P., “De knuppel in het genderhok: op weg naar M/V/X in de Nederlandse geslachtsregistratie?” (noot onder Rb. Limburg (NL) 28 mei 2018, zittingsplaats Roermond, familie en jeugd) *T.Fam.*2019, 49-54.
- CANNOOT, P., “Let it be: Het recht op een persoonlijke autonomie van personen met intersekse/DSD”, *TvS* 2017, 41-2.
- DESPALLIER, A., “Transgenderwet gedeeltelijk vernietigd- Grondwettelijk Hof zet haakjes bij de hokjes M en V, *TJK* 2019, 284-285.
- DUINSLAEGER, P., “Het vermoeden van onschuld (deel 1), *RW* 2017-18, 643-663.
- FONTEYN, F., “Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet” (noot onder GwH 19 juni 2019), *RW* 2019-20, 1027-1031.
- PLUYM, L., “Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door de initiële wensouders” *TJK* 2014, 92-104.
- POPELIER, P., “Rechtspraak Europees Hof voor de Rechten van de Mens: Periode oktober-december 2019”, *TVW* 2020, 38-42.
- STEENDAM, S., “Nieuwe transwet: alles kan beter”, *Juristenkrant* 2017, 10.
- VANLERBERGHE, B., “EHRM 29 november 2016”, *RW* 2018, 1279-1280.
- VAN OVERBEKE, S., “Gsm’ en achter het stuur: de geest van de letter van de wet”, (noot onder Cass. 14 januari 2020), *RW* 2019-20, 1082.
- VEREECKE, V., “Schuldig verzuim door de veroorzaker van het gevaar”, *RABG* 2020, 19-26.
- VERSCHELDEN, G., “Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie?”, *T.Fam.* 2018, 66-68.
- VERSCHELDEN, G. “Nieuwe transgenderwetgeving: knopen doorhakken”, *T. Fam.* 2015, 242- 243.

ANDERE BRONNEN UIT DE RECHTSLEER

- BALTHAZAR, T. (2018). *Beroepsgeheim en privacybescherming*. Gezondheidsrecht, Universiteit Gent.
- BALTHAZAR, T. (2018). *De krachtlijnen van de Patiëntenrechtenwet*. Gezondheidsrecht, Universiteit Gent.
- CANNOOT, P. *The right to personal autonomy, regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: towards an inclusive legal system* (onuitg.) Doctoraatsthesis Rechten Universiteit Gent, 2018-2019, 588p.
- DE BONDT, W. (2020). *Huiselijk geweld en gender in het strafrecht*. Bijzonder Strafrecht, Universiteit Gent.
- DE BONDT, W. (2019) *Reflections on the criminalisation and prosecution of Hate Crime in Belgian criminal law*. 37th Conference on Comparative Law.
- DE BONDT, W. (2019) *Illegale adoptie, verkoop van kinderen en draagmoederschap*. Bijzonder Strafrecht, Universiteit Gent.
- HERKES, G. (2016). *Mannelijke slachtoffers van seksueel geweld*. Studiedag Stop Geweld- Code 37.
- LELEU, Y.H. (2019). *De individualisering van het personen-en familierecht: de wet schaakmat? Transgenderisme en meemoederschap: wetgeving “à-la-carte” ten dienste van minderheden*. Inaugurale rede Francqui Leerstoel Universiteit Gent 2018-2019.

IV. NIET-JURIDISCHE BRONNEN

BRONNEN UIT DE GENDERSTUDIES

LITERATUUR

- BEATIE, T. (2009). *Labor of Love: The Story of one man's extraordinary pregnancy* (first edition). New York, United States of America: Seal Press.
- FINE, C. (2017). *Testosteron Rex: het einde van de gendermythe*. Tielt, België: Lannoo.
- HOEBEKE, P. (2020). *Gender in de blender*. Gent, België: Borgerhoff & Lamberigts.
- KILLERMANN, S. (2016). *A guide to gender: The Social Justice Advocate's Handbook* (second edition), Houston, United States of America: Impetus Books.
- MOTMANS, J., WYVERKENS, E. & DEFREYNE, J. (2017). *Leven als transgender in België: tien jaar later*. Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, Brussel, België.
- RICHARDS, C. et al. (eds.) (2017). *Critical and Applied Approaches in Sexuality, Gender and Identity: Genderqueer and non-binary genders* (first edition) London, United Kingdom: Palgrave Macmillan.
- Transgender Infopunt. (2012). *Transgender Zorgpad* (eerste editie). XX.
- The World Professional Association for Transgender Health. (2012) *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Non Conforming People* (seventh edition). XX.
- XX. (2019). Call it hate: attitudes tegenover holebi's en transgenderpersonen onderzocht, *Cavaria Magazine*, 11-14.

ONLINE

- Cavaria (2020, 10 mei). Aangiftebereidheid van slachtoffers van holebi- en transfoob geweld. Geraadpleegd van <https://cavaria.be/aangiftebereidheid-van-slachtoffers-van-holebi-en-transfoob-geweld>.
- Intersekse Vlaanderen. (2020, 7 april). Wat is intersekse? Geraadpleegd van <https://www.interseksevlaanderen.be/>.
- MOTMANS, J. (2012). *Transfoob geweld en discriminatie van transgenders. Een informatiebrochure voor politiediensten en meldpunten*. Geraadpleegd van <http://transgenderinfo.be/wp-content/uploads/transfoob-gewelddiscriminatie-transgenders-infobrochure-2012-2.pdf>.
- SELBY, J. (2020, 18 March). "Why didn't She Fight Back?" The Myth That's Used To Justify Sexual Violence. *Refinery29*. Geraadpleegd van <https://www.refinery29.com/en-gb/2020/03/9547973/freezing-up-response-rape>.
- SENSOA (Vlaams expertisecentrum voor seksuele gezondheid). (2020, 24 februari 2020). Hormonen: functie van testosteron en oestrogeen. Geraadpleegd van <https://www.allesoverseks.be/hormonen-functie-van-testosteron-en-oestrogeen>.
- Transgender Infopunt (Informatiecentrum Transpersonen). (2020, 27 februari). Cijfers, Geraadpleegd van <https://transgenderinfo.be/f/pers/cijfers/>.
- The World Professional Association for Transgender Health. (2017). *Identity Recognition Statement*. Geraadpleegd van https://www.wpath.org/media/cms/Documents/Web_Transfer/Policies/WPATH_Identity_Recognition_Statement_11.15.17.pdf.

WETENSCHAPPELIJKE BRONNEN

LITERATUUR

- BRACKE, P., VAN DE PUTTE, B., VAN HOUTTE, M. & VERMEERSCH, H. (2018). *Sociologie. Een hedendaagse inleiding*. Gent, België: Academia Press.
- DECORTE, T. en & ZAITCH, D. (2016). *Kwalitatieve methoden en technieken in de criminologie* (derde editie). Leuven, België: Acco.
- DE SUTTER, P. & DELRUE, E. (2017). *De maakbare baby: een onbegrensd verlangen?* Gent, België: Academia Press.
- DRAKE, R. en WAYNE VOGL, A. (2014). *Grays Anatomy for Students* (third edition). Amsterdam, Nederland: Elsevier.
- HARDYNS, W. (2018). *Onderzoeksmethoden: niet gepubliceerde syllabus* (tweede editie). Gent, België: Institute for International Research on Criminal Policy – UGent.
- ISHAK, W.W. (2017). *The Textbook of Clinical Sexual Medicine* (first edition). Cham, Switzerland: Springer International Publishing.
- KEYGNAERT, I. & VAN MELKEBEKE, I. (2018). *Care for victims of sexual assault - Guide for significant others*. ICRH- Universiteit Gent, Gent, België.
- LINTON, R. (1936). *The Study of Man*. New York. Verenigde Staten: Appleton-Century-Crofts Inc., 499 p.
- MARTINI, F.H. & BARTHOLOMEW, E.F. (2017) *Anatomie en fysiologie: een inleiding* (zesde editie), Amsterdam, Nederland: Pearson Benelux B.V.
- MELMED, S., AUCHUS, R.J., GOLDFINE, A.B., KOENIG, R.J. & ROSEN, C.J. (2019). *Williams Textbook of Endocrinology* (14th edition). Amsterdam, The Netherlands: Elsevier.
- NAVON, D. (2019). *Mobilizing Mutations: Human Genetics in the Age of Patient Advocacy* (first edition). Chicago, The United States of America: University of Chicago Press.
- SCHOENWOLF, G.C., BRAUER, P.R., FRANCIS-WEST, P.H., & BLEYL, S.B., (2014). *Larsen's Human Embryology* (fifth edition). Amsterdam, The Netherlands: Elsevier – Health Sciences Division.
- XX. (2017). *Atlas of Sexually Transmitted Diseases: Clinical Aspects and Differential Diagnosis* (first edition). Houten, the Netherlands: Springer.
- VAN HIEL, A. & ROETS, A. (2017). *Sociale Psychologie*. Gent, België: Academia Press.
- VAN HIEL, A. (2013). *Sociale Psychologie*, Gent, België: Academia Press.
- BLAU, P.M. (1974). Presidential address: Parameters of social structure. *American Sociological Review*, 39 (October), 615-622.
- DEPRAETERE, J. & VANDEVIVER, C. (2019). “#MenToo- De gevolgen en indicaties voor een goede behandeling van mannelijke slachtoffers van seksueel grensoverschrijdend gedrag. “*Neuron* 24, (6). 40-44.
- SHERMAN, J.W., CONREY, F.R. & GROOM, C.J. (2004). Encoding flexibility revisited. Evidence for enhanced encoding of stereotype-inconsistent information under cognitive load. *Social Cognition*, 22 (second issue), 214-232.
- STANGOR, C., LYNCH, L., CHANGMING, D. & GLASS, B. (1992). Categorization of individuals on the basis of multiple social features. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62 (February) 207-218.
- WIERCKX, K., VAN CAENEGHEM, E., PENNING, G., ELAUT, E., DEDECKER, D., VAN DE PEER, F., WEYERS, S. DE SUTTER, P. & TSJOEN, G. (2012). Reproductive wish in transsexual men. *Human Reproduction*, 27 (2), 483-487.

ONLINE

- Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst. (2010). *Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens*. Geraadpleegd van <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/jongensbesnijdenis.htm>.
- Lancaster University. (2020, 27 April). Forced to penetrate cases: Lived Experiences of Men. Geraadpleegd van <http://wp.lancs.ac.uk/forced-to-penetrate-cases/about/>.
- World Health Organization. (2019). *Female Genital Mutilation – Evidence Brief*. Geraadpleegd van <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm-evidence-brief/en/>.
- World Health Organization. (2012). *Understanding and addressing violence against women: femicide*. Geraadpleegd van https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77421/WHO_RHR_12.38_eng.pdf?sequence=1.
- World Health Organization & UNAIDS. (2010). *Neonatal and child male circumcision: a global review*. Geraadpleegd van https://www.who.int/hiv/pub/malecircumcision/neonatal_child_MC_UNAIDS.pdf.
- World Health Organization. (2007). *Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability*. Geraadpleegd van <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/rtis/9789241596169/en/>.

NIEUWSBERICHTEN

KRANTEN EN TIJDSCHRIFTEN

- P. VANTYGHM. (2019, 2 Maart). Battered Men: partnergeweld door de vrouw. *De Standaard Weekblad*, 11-14.
- M. KLIFMAN & B. FOUBERT (2018, 22 September). Tienermeisje twee jaar lang verkracht door haar moeder. *De Standaard Weekend*, 22.
- P. VANTYGHM. (2018, 22 September). Seksueel misbruik door vrouwen. *De Standaard Weekblad*, 17-21.
- M. EFTING & A. STOFFELEN (2018, 11 September). Vrouw misbruikt jongen: een slachtoffer getuigt. *Humo*, 42-45.

ONLINE

- J. SELBY (2020, 18 March). “Why didn’t She Fight Back?” The Myth That’s Used To Justify Sexual Violence. *Refinery29*. Geraadpleegd van <https://www.refinery29.com/en-gb/2020/03/9547973/freezing-up-response-rape>.
- O. EL HAMMOUCHI. (2020, 4 maart). Besnijdenis van jongens is van onschatbaar belang voor moslims en joden: hopelijk hebben Kamerleden daar respect voor. *Knack*. Geraadpleegd van <https://www.knack.be/nieuws/belgie/besnijdenis-van-jongens-is-van-onschatbaar-belang-voor-moslims-en-joden-hopelijk-hebben-kamerleden-daar-respect-voor/article-opinion-1570239.html>.
- P. HUYGHEBAERT. (2020, 26 februari). Voorlopig geen verbod op behandelingen intersekse kinderen zonder inspraak, wel een infocampagne. *VRT NWS*. Geraadpleegd van <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2020/02/21/minister-van-gelijke-kansen-muylle-veel-onwetendheid-over-inte/>.
- XX. (2020, 17 februari). Zeker 102 vrouwen om het leven gebracht in drie jaar tijd: Vrouwenraad pleit voor strengere aanpak femicide. *De Morgen*. Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/nieuws/zeker-102-vrouwen-om-het-leven-gebracht-in-drie-jaar-tijd-vrouwenraad-pleit-voor-strengere-aanpak-femicide~b048b78f/>.
- P. CANNOOT (2019, 20 juni). Vanuit genderperspectief treedt België een nieuw tijdperk in. De weg vooruit is niet te stoppen. *De Morgen*. Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/nieuws/vanuit-genderperspectief-treedt-belgie-een-nieuw-tijdperk-in-de-weg-vooruit-is-niet-te-stoppen~be61e6917/>.
- B. BOUTSEN en H. GOEDGEBEUR. (2019, 19 juni). Transgenderwet wordt deels vernietigd: naast M en V, binnenkort ook X op identiteitskaart? *VRT NWS*. Geraadpleegd van <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2019/06/19/transgenderwet-wordt-deels-vernietigd-naast-m-en-v-moet-ook-x/>.
- XX (2019, 19 juni). Grondwettelijk Hof: geslacht in geboorteakte moet ‘X’ kunnen zijn. *De Tijd*. Geraadpleegd van <https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/federaal/grondwettelijk-hof-geslacht-in-geboorteakte-moet-x-kunnen-zijn/10138072.html>.
- J. VRIELINCK (2018, 10 maart). De seksismewet lost geen enkel probleem op. Ze creëert alleen nieuwe. *De Morgen*. Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/meningen/de-seksismewet-lost-geen-enkel-probleem-op-ze-creert-alleen-nieuwe~bb012a1a/>.
- F. VAN GARDEREN. (2018, 6 maart). Eerste veroordeling voor seksisme is een feit; “Bewijs dat de wet niet overbodig is”, *De Morgen*, Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/nieuws/eerste-veroordeling-voor-seksisme-is-een-feit-bewijs-dat-wet-niet-overbodig-is~b4d79b56/>.
- I. ROSSAERT. (2016). Met respect: besnijdenis. Interview met prof. dr. Guy Bogaert, *UZ Leuven Magazine*. Geraadpleegd van <https://assets.uzleuven.be/files/2020-01/uz-magazine-201603-besnijdenis.pdf>.
- XX. (2014, 14 februari). Cavaria pleit voor de invoering van een derde geslacht voor transgenders. *De Morgen*. Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/nieuws/cavaria-pleit-voor-de-invoering-van-een-derde-geslacht-voor-transgenders~b85d7ad3/>.
- XX. (13 oktober 2011). Verkrachtster gaat vrijuit door lacune in de wetgeving. *De Morgen* Geraadpleegd van <https://www.demorgen.be/nieuws/verkrachtster-gaat-vrijuit-door-lacune-in-wetgeving~b5a2570d/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>.

STATISTIEKEN EN RAPPORTEN

- World Economic Forum. (2020). *Global Gender Gap Report 2020*. Geraadpleegd van http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf.

- Belgische Federale Overheidsdiensten. (2020, 29 maart). *STATBEL: Structuur van de bevolking*. Geraadpleegd van <https://statbel.fgov.be/nl/themas/bevolking/structuur-van-de-bevolking#panel-13>. (26 maart 2020).
- European Institute for Gender Equality. (2019). *Gender Equality Index 2019 in brief: still far from the finish line*. Geraadpleegd van <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2019-brief-still-far-finish-line>.
- J. MOTMANS, G. T'SJOEN & P. MEIER. (2015) *Geweldervaringen van transgenderpersonen in België*. Geraadpleegd van https://www.researchgate.net/publication/279033654_Geweldervaringen_van_transgender_personen_in_Belgie.
- BUYASSE, A., ENZLIN, P., LIEVENS, J., T'SJOEN, G., VAN HOUTTE, M. & VERMEERSCH, H. (2014). *Sexpert: Seksuele gezondheid in Vlaanderen – Valorisatierapport*. Gent, Academia Press.

WOORDENBOEK

- Van Dale (2020). Geraadpleegd van <https://www.vandale.be/>

ANNEX

BIJLAGE 1. ARTIKELEN 3 EN 11 VAN DE TRANSGENDERWET

Art. 3. Artikel 62bis van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 10 mei 2007, wordt vervangen als volgt :

"Art. 62bis. § 1. Elke meerderjarige of ontvoogde minderjarige Belg of in de bevolkingsregisters ingeschreven vreemdeling die de overtuiging heeft dat het geslacht vermeld in zijn akte van geboorte niet overeenstemt met zijn innerlijk beleefde genderidentiteit kan van die overtuiging aangifte doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand.

§ 2. De aangifte wordt gedaan bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar hij is ingeschreven in de bevolkingsregisters.

De Belg die niet is ingeschreven in de bevolkingsregisters doet aangifte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van zijn geboorteplaats. Indien hij niet in België is geboren, doet hij aangifte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand te Brussel.

Bij de aangifte geeft de Belg die niet is ingeschreven in de bevolkingsregisters de ambtenaar van de burgerlijke stand het adres waarop hem een weigering om de akte van aanpassing van de registratie van het geslacht op te maken kan worden meegedeeld.

§ 3. Bij de aangifte overhandigt de betrokkene aan de ambtenaar van de burgerlijke stand een door hem ondertekende verklaring, die vermeldt dat hij er al een hele tijd van overtuigd is dat het geslacht vermeld in zijn akte van geboorte niet overeenstemt met zijn innerlijk beleefde genderidentiteit en dat hij de administratieve en juridische gevolgen van een aanpassing van de registratie van het geslacht in zijn akte van geboorte wenst.

De ambtenaar van de burgerlijke stand wijst de betrokkene op het in beginsel onherroepelijk karakter van de aanpassing van de registratie van het geslacht vermeld in de akte van geboorte, licht deze in over het verdere verloop van de procedure, de administratieve en juridische gevolgen ervan en stelt de in het vijfde lid bedoelde informatiebrochure ter beschikking evenals de contactgegevens van transgenderorganisaties.

De ambtenaar neemt akte van de verklaring, en geeft een ontvangstbewijs af aan de betrokkene.

De ambtenaar van de burgerlijke stand die akte neemt van de verklaring, geeft hiervan binnen drie dagen kennis aan de procureur des Konings bij de rechtbank van eerste aanleg. De procureur des Konings geeft hiervan onverwijld een ontvangstmelding.

De Koning stelt een informatiebrochure op.

§ 4. De procureur des Konings kan, binnen drie maanden te rekenen van de datum van het ontvangstbewijs, een negatief advies uitbrengen wegens strijdigheid met de openbare orde.

Bij gebrek aan een negatief advies of in geval van verzending van een attest dat er geen negatief advies wordt uitgebracht bij het verstrijken van de termijn van drie maanden, wordt het advies geacht positief te zijn.

§ 5. Ten vroegste drie maanden en ten laatste zes maanden na afgifte van het ontvangstbewijs verschijnt de betrokkene een tweede keer voor de ambtenaar van de burgerlijke stand voor wie de aangifte werd gedaan.

De betrokkene overhandigt hierbij aan de ambtenaar van de burgerlijke stand een ondertekende verklaring die vermeldt dat deze :

1° er nog steeds van overtuigd is dat het geslacht vermeld in zijn akte van geboorte niet overeenstemt met zijn innerlijk beleefde genderidentiteit;

2° zich bewust is van de administratieve en juridische gevolgen die deze aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van geboorte met zich meebrengt;

3° zich bewust is van het in beginsel onherroepelijke karakter van de aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van geboorte.

Bij gebrek aan negatief advies van de procureur des Konings, kan de ambtenaar van de burgerlijke stand de akte van aanpassing van de registratie van het geslacht opstellen en inschrijven in de registers van de burgerlijke stand.

De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert de akte van aanpassing van de registratie van het geslacht op te maken bij negatief advies van de procureur des Konings.

§ 6. De ambtenaar van de burgerlijke stand vermeldt de aanpassing van de registratie van het geslacht op de kant van de akten van de burgerlijke stand die betrekking hebben op de betrokkene en zijn afstammelingen in de eerste graad. Indien een andere ambtenaar van de burgerlijke stand een kantmelding moet aanbrengen, geeft de eerste ambtenaar van de burgerlijke stand hiertoe kennis van de akte van aanpassing van de registratie van het geslacht aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand.

§ 7. De ambtenaar van de burgerlijke stand die weigert een akte van aanpassing van de registratie van het geslacht op te maken, brengt zijn met redenen omklede beslissing en, in voorkomend geval, het negatief advies van de procureur des Konings onverwijld ter kennis van de betrokkene.

§ 8. De betrokkene kan tegen de weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand verhaal instellen overeenkomstig artikel 1385duodecies van het Gerechtelijk Wetboek.

§ 9. De procureur des Konings vordert de nietigheid van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van geboorte wegens strijdigheid met de openbare orde.

§ 10. De aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van geboorte is in beginsel onherroepelijk. Mits bewijs van uitzonderlijke omstandigheden kan de familierechtbank een nieuwe aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van geboorte toestaan.

Indien het bewijs als bedoeld in het tweede lid is geleverd, verklaart de familierechtbank dat de aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van geboorte geen gevolgen meer heeft vanaf de overschrijving van het

beschikkend gedeelte van de beslissing tot nieuwe aanpassing van de registratie van het geslacht in de registers van de burgerlijke stand.

Vanaf dat ogenblik behoort de betrokkene opnieuw tot het oorspronkelijk in zijn akte van geboorte geregistreerde geslacht. De regels tot vaststelling van de afstamming van toepassing op dat oorspronkelijk geregistreerde geslacht zijn opnieuw van toepassing op kinderen geboren na de overschrijving als bedoeld in het derde lid.

§ 11. De niet-ontvoogde minderjarige met onderscheidingsvermogen kan vanaf de leeftijd van zestien jaar aangifte doen overeenkomstig dit artikel, mits overhandiging bij de aangifte van een verklaring van een kinder- en jeugdpsychiater die bevestigt dat de betrokkene over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om de voortdurende overtuiging te hebben dat het geslacht vermeld in zijn akte van geboorte niet overeenstemt met zijn innerlijk beleefde genderidentiteit. Bij de aangifte wordt de betrokkene bijgestaan door zijn ouders of zijn wettelijke vertegenwoordiger.

*Ingeval deze personen weigeren om de niet-ontvoogde minderjarige bij te staan, kan de minderjarige de familierechtbank verzoeken hem te machtigen om deze handeling met bijstand van een voogd ad hoc te verrichten."*⁵¹⁹

Art. 11. In artikel 2 van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen, wordt het derde lid, ingevoegd bij de wet van 10 mei 2007, vervangen als volgt :

*"Elke persoon die de overtuiging heeft dat het geslacht vermeld in zijn akte van geboorte niet overeenkomt met zijn innerlijk beleefde genderidentiteit, voegt bij zijn verzoek een verklaring op eer daarover. De gekozen voornaam moet in overeenstemming zijn met deze overtuiging. Onverminderd het zesde lid, kan er slechts éénmaal om deze reden om een voornaamsverandering worden verzocht, behalve **indien de verandering van de voornaam werd toegestaan door de familierechtbank** na een nieuwe aanpassing van de registratie van het geslacht.*

De niet-ontvoogde minderjarige kan vanaf de leeftijd van 12 jaar om de voornaamswijziging verzoeken om deze reden, met bijstand van zijn ouders of zijn wettelijke vertegenwoordiger.

Ingeval deze personen weigeren om de niet-ontvoogde minderjarige bij te staan, kan de minderjarige de familierechtbank verzoeken hem te machtigen om deze handeling met bijstand van een voogd ad hoc te verrichten.

*De niet-ontvoogde minderjarige wiens voornaam werd veranderd overeenkomstig het vierde lid kan een tweede maal om dezelfde reden om een voornaamswijziging verzoeken, voor zover hij niet overgaat tot de wijziging van de registratie van zijn geslacht overeenkomstig artikel 62bis van het Burgerlijk Wetboek."*⁵²⁰

⁵¹⁹ Art. 3 Transgenderwet, BS 10 juli 2017.

⁵²⁰ Art. 11 Transgenderwet, BS 10 juli 2017.

Ondergetekende verklaart dat de inhoud van deze masterproef mag worden geraadpleegd en/of gereproduceerd voor persoonlijk gebruik. Het gebruik van deze masterproef valt onder de bepalingen van het auteursrecht en bronvermelding is steeds noodzakelijk.