

ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. W.H. van Boom, prof.mr. M.J. Borgers, prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. T. Hartlief, prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss, prof.mr. P.B. Hugenholtz, prof.mr. G.G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr. H.B. Krans, prof.mr. M.J. Kroeze, prof.mr.dr. S.D. Lindenbergh, prof.mr. A.J.M. Nuytinck, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.dr.mr. L.A.J. Senden, prof.mr. R. Uylenburg, prof.mr. R.D. Vriesendorp

De geboorteakte van een interseksuele of 'niet-geseksueerde' persoon

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

AA2007-21

HR 30 maart 2007, LJN: AZ5686, RvdW 2007, 357 (mrs. D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spakens, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels; A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent)

Op artikel 1:24 BW gegrond verzoek tot doorhaling geslachtsaanduiding in geboorteakte zonder opneming nieuwe geslachtsaanduiding in die akte. Bestaat er ruimte voor aanpassing van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte overeenkomstig de overtuiging van de betrokkene omtrent diens geslachtelijke identiteit? Afwijzing verzoek in het onderhavige geval niet in strijd met artikel 8 EVRM

die op de voet van artikel 1:24 BW voor verbetering in aanmerking komt. Indien dit verzoek onverenigbaar zou worden geacht met de systematiek van het BW, heeft verzoeker zich subsidiair beroepen op het met name door artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op respect voor het privéleven. De rechtbank en het hof hebben het verzoek van verzoeker niet toewijsbaar geacht.²

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door verzoeker tegen de beschikking van het hof gerichte cassatiemiddel als volgt.

De feiten en het geding in feitelijke instanties¹

Verzoeker is in 1947 geboren. In de op 27 maart 1947 opgemaakte akte van geboorte is vermeld dat verzoeker een kind van het mannelijke geslacht is. Verzoeker is tot de overtuiging gekomen niet tot het mannelijke geslacht te behoren en heeft op latere leeftijd (in 1973) een geslachtsaanpassende operatie ondergaan. Verzoeker heeft vervolgens, tot de overtuiging gekomen evenmin tot het vrouwelijke geslacht te behoren, in 1989 andermaal een geslachtsaanpassende operatie ondergaan. Verzoeker is thans op grond van langdurige en consistente gevoelens en ervaringen tot de overtuiging gekomen 'niet-geseksueerd' te zijn. In 1978 en in 1989 is op verzoek van verzoeker door de rechter gelast de voornamen in de akte van geboorte te wijzigen.

Aan het verzoek te bepalen dat de geslachtsaanduiding in de geboorteakte wordt doorgehaald zonder dat in die akte een nieuwe geslachtsaanduiding wordt vermeld, heeft verzoeker primair ten grondslag gelegd dat sprake is van een misslag

3.3. Wat de primaire grondslag van het verzoek betreft, overwoog het hof in rov. 4.3 en 4.4 het volgende.

'4.3. (...) Het eerste lid van artikel 1:24 Burgerlijk Wetboek voorziet in verbetering van een in de registers van de burgerlijke stand voorkomende akte die een misslag bevat. De omstandigheid dat verzoeker na een jarenlang proces van ervaring en bewustwording de overtuiging heeft gekregen noch tot het mannelijk noch tot het vrouwelijk geslacht te behoren, is geen grond om de vermelding in de geboorteakte als een misslag te beschouwen. De wetgever heeft voor gevallen van transseksualiteit in artikelen 1:28-28c Burgerlijk Wetboek een bijzondere voorziening getroffen, die de mogelijkheid van wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte niet verbindt aan een ten tijde van het opmaken van de geboorteakte begane misslag, doch aan een bij de betrokken persoon bestaande overtuiging en enige nadere voorwaarden. Voor het zich hier voordoende geval van 'interseksualiteit' in de zin van een seksuele identiteit die noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht behoort, kent de wet een dergelijke voorziening niet.

1 Ontleend aan de punten 3.1 en 3.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

2 De belangrijkste rechtsoverwegingen van het hof zijn de rov.

4.3, 4.4, 4.6, 4.7, 4.8 en 4.9, die door de Hoge Raad letterlijk worden geciteerd in de rov. 3.3 en 3.5.1 (zie hierna onder *Beoordeling van het middel door de Hoge Raad*).

4.4. De (enkele) doorhaling van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van verzoeker zou voorts leiden tot een uitkomst waarin het Burgerlijk Wetboek en het daarop gebaseerde Besluit Burgerlijke Stand 1994 niet voorzien en die ook met de aan die regelingen ten grondslag liggende systematiek in strijd is. Artikel 1:19d Burgerlijk Wetboek voorziet wel in de mogelijkheid dat in de geboorteakte wordt vermeld dat het geslacht van het kind niet is kunnen worden vastgesteld – welke vermelding in beginsel als een tijdelijke voorziening is bedoeld, zoals volgt uit het tweede en derde lid van genoemd artikel – maar niet in de mogelijkheid dat met betrekking tot het geslacht in het geheel niets wordt vermeld.’

3.4.1. Onderdeel 2.1 van het middel – onderdeel 1 bevat slechts een inleiding – keert zich hiertegen met de klacht, kort samengevat, dat het hof heeft blijk gegeven van een te beperkte opvatting omtrent het begrip mislag in art. 1:24 BW. In onderdeel 2.2 wordt betoogd dat in het licht van art. 1:19d BW, anders dan het hof oordeelde, wel de mogelijkheid bestaat in een geval als het onderhavige met betrekking tot het geslacht in de geboorteakte niets te vermelden. Deze klachten, waaraan nog motiveringsklachten zijn verbonden, worden tevergeefs voorgesteld omdat het oordeel van het hof juist is.

3.4.2. Uit de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.8 tot en met 2.27 blijkt het volgende.

De wettelijke regeling inzake de, verplichte, vermelding van het geslacht in de geboorteakte, gaat ervan uit dat bij de geboorte aan de hand van de uiterlijke geslachtskenmerken kan worden vastgesteld of het kind hetzij tot het mannelijke hetzij tot het vrouwelijke geslacht behoort, waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand zich kan baseren op de bij de aangifte van de geboorte over te leggen verklaring van een arts of een verloskundige. Het uitgangspunt van de wettelijke regeling dat in het eenmaal vastgestelde geslacht geen verandering komt, blijkt niet steeds met de werkelijkheid overeen te stemmen. In verband daarmee zijn enige wettelijke voorzieningen getroffen.

Voor gevallen van transseksualiteit, waarvoor blijkens de in de conclusie onder 2.18 en 2.19 vermelde rechtspraak de wettelijke regeling inzake mislagen in de geboorteakte geen oplossing biedt, is in art. 1:28 e.v. BW een bijzondere regeling opgenomen. Deze regeling is niet gebaseerd op toepassing van art. 1:24 BW, maar op de gedachte dat een wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte gerechtvaardigd is indien aan de bij deze regeling voorziene voorwaarden is voldaan. Daarbij is de overtuiging van de betrokkene tot het andere geslacht te behoren alléén niet voldoende geacht. Voor wijziging van de geslachtsaanduiding is immers tevens vereist dat de betrokkene, voorzover dit uit medisch en psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is, lichamelijk aan het verlangde geslacht is aangepast. Bij het ontwerpen van deze regeling heeft de wetgever tevens gevallen van interseksualiteit onder ogen gezien, waarbij de betrokkene geslachtelijke kenmerken van beide seksen bezit. Wanneer in dergelijke gevallen te eniger tijd blijkt dat de betrokkene tot een ander geslacht behoort dan het geslacht dat bij de geboorte in de geboorteakte is vermeld en waarvan de betrokkene toentertijd (naast die van het andere geslacht) de somatische geslachtskenmerken bezat, of wanneer de betrokkene voor een ander geslacht

kiest, bestaat de mogelijkheid langs de weg van (thans) art. 1:24 BW om aanpassing van de registratie van het geslacht te verzoeken op de grond dat sprake is van een mislag (Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 1, 2).

Ten slotte is in art. 1:19d BW een regeling getroffen voor gevallen waarin bij de geboorte het geslacht van het kind niet met zekerheid is vast te stellen. Deze regeling voorziet erin dat, indien ook binnen drie maanden na de geboorte niet aan de hand van een medische verklaring het geslacht kan worden vastgesteld, het geslacht onvermeld blijft, met dien verstande dat in plaats van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte staat vermeld dat het geslacht niet is kunnen worden vastgesteld. Hierbij is overwogen dat in voorkomende gevallen in een later stadium de verbeteringsprocedure van art. 1:24 BW kan worden gevolgd teneinde alsnog het geslacht in de geboorteakte te doen opnemen.

3.4.3. De hiervoor vermelde regelingen strekken ertoe in gevallen waarin niet kan worden gezegd dat, beoordeeld naar de uiterlijke geslachtskenmerken ten tijde van de geboorte, in de geboorteakte een mislag is begaan, de registratie van het geslacht in de geboorteakte onder nadere voorwaarden te wijzigen in het geslacht waartoe de betrokkene volgens zijn overtuiging werkelijk behoort of is gaan behoren. Ook de in art. 1:19d BW geregelde procedure (en de hiervoor vermelde mogelijkheid van latere verbetering van de geboorteakte) strekt ertoe, zodra dit mogelijk is, in de geboorteakte het geslacht op te nemen waartoe de betrokkene medisch gezien of volgens zijn overtuiging behoort. Hiermee wordt beoogd de betrokkene in staat te stellen zich in de maatschappij zo goed mogelijk te ontplooiën, overeenkomstig de wijze waarop hij zich daarin, wat zijn geslacht betreft, presenteert. In zoverre wordt op het punt van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte, zij het onder zekere beperkingen die verband houden met de fysieke kenmerken van de betrokkene, tegemoetgekomen aan de overtuiging van de betrokkene omtrent zijn geslachtelijke identiteit. Steeds is daarbij evenwel het uitgangspunt dat de betrokkene zich, zoals in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is, hetzij als man hetzij als vrouw wil presenteren. De mogelijkheid van het achterwege laten van een vermelding in de geboorteakte van hetzij het mannelijke hetzij het vrouwelijke geslacht (en het bieden van een keuzemogelijkheid aan de betrokkene) is bij de voorbereiding van de wettelijke regeling inzake transseksualiteit blijkens onderdeel 2.29 van de conclusie van de Advocaat-Generaal wel onder ogen gezien, maar op de daar vermelde gronden verworpen.

Uit het voorgaande moet worden afgeleid dat het begrip mislag in art. 1:24 BW een zekere ruimte laat voor een aanpassing van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte overeenkomstig de overtuiging van de betrokkene omtrent diens geslachtelijke identiteit. Die ruimte is evenwel niet onbeperkt. In gevallen die niet worden voorzien in de hiervoor vermelde bijzondere wettelijke regelingen, ontbreekt die ruimte met name als de bij de betrokkene gegroeide overtuiging niet overeenstemt met diens fysieke geslachtskenmerken en als die overtuiging inhoudt dat de betrokkene noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht behoort.

3.4.4. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat bij de huidige stand van de wetgeving het verzoek van

verzoeker, dat berust op de na een jarenlang proces van ervaring en bewustwording verkregen overtuiging noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht te behoren, niet kan worden toegewezen. Dat volgens verzoeker in de geboorteakte het geslacht onjuist is vermeld, berust enkel op deze overtuiging en niet op een misslag zoals hiervoor bedoeld. De met bijzondere waarborgen omklede regeling inzake transsexualiteit komt, naar in cassatie niet wordt bestreden, bij het onderhavige verzoek niet aan de orde. De regeling van art. 1:19d BW, die is gebaseerd op onzekerheid in medische zin omtrent het belang van bij de betrokkene aanwezige geslachtskenmerken van beide seksen, leent zich niet voor overeenkomstige toepassing. Het verzoek van verzoeker is immers niet gegrond op het bestaan van onzekerheid in medische zin. Het voorgaande betekent niet dat die in een langdurig proces met grote persoonlijke offers verkregen overtuiging niet behoort te worden gerespecteerd, maar wel dat die overtuiging bij de huidige stand van de wetgeving niet kan leiden tot toewijzing van het verzoek tot het geheel achterwege laten in de geboorteakte van de vermelding van hetzij het mannelijke hetzij het vrouwelijke geslacht.

3.5.1. Wat de subsidiaire grondslag van het verzoek betreft, overwoog het hof het volgende.

4.6. Vervolgens is de vraag aan de orde of de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en in het bijzonder de erkenning in dat verdrag van het recht op privéleven meebrengt dat het verzoek niettemin moet worden toegewezen. Verzoeker heeft zich in dit verband beroepen op de beslissing van het Europees Hof van de Rechten van de Mens van 11 juli 2002 (appl. nr. 28957/95), inzake Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk.

4.7. Verzoeker voert op zichzelf terecht aan dat reeds de enkele omstandigheid dat de vermelding in de geboorteakte niet in overeenstemming is met de bij verzoeker bestaande overtuiging noch tot het mannelijk noch tot het vrouwelijk geslacht te behoren, zodat die vermelding niet in overeenstemming is met die identiteit, mee kan brengen dat sprake is van een schending van het door artikel 8 van genoemd verdrag gewaarborgde recht. Voorzover de rechtbank met het slot van rechtsoverweging 14 van de bestreden beschikking bedoeld heeft dat dit anders is, is die overweging onjuist en komt verzoeker daartegen met recht op.

4.8. De genoemde beslissing van het Europees Hof van de Rechten van de Mens had betrekking op een geval van transsexualiteit. Uit de uitspraak blijkt dat voor de beslissing van het Europees Hof in de desbetreffende zaak dat inderdaad sprake was van een schending van genoemd artikel 8, met name bepalend zijn geweest (1) de omstandigheid 'that transsexualism has wide international recognition as a medical condition for which treatment is provided in order to afford relief' (rechtsoverweging 81) en (2) de zichtbaarheid van 'a continuing international trend towards legal recognition' van transsexualiteit (rechtsoverweging 84). Waar het in deze zaak om gaat is of ook voor gevallen van intersexualiteit in de onder 4.3 bedoelde zin geldt dat sprake is van kort gezegd brede internationale medische erkenning en een bestendige internationale trend van juridische erkenning. Wat betreft het eerste beroept verzoeker zich op diverse publicaties en op een rapportage

van prof. dr. D.F. Swaab. Wat betreft het tweede beroept verzoeker zich met name op een rapport van de Human Rights Commission San Francisco en een uitspraak van het Constitutionele Hof van Colombia.

4.9. Het rapport van de Human Rights Commission San Francisco en de uitspraak van het Constitutionele Hof van Colombia hebben beide betrekking op de vraag op welke wijze ouders en medici behoren om te gaan met kinderen van wie het geslacht onduidelijk is of van wie een of meer geslachtskenmerken niet overeenstemmen met wat bij het mannelijke respectievelijk het vrouwelijke geslacht gebruikelijk is. Aldus kunnen bedoeld rapport en bedoelde uitspraak niet bijdragen tot het oordeel dat sprake is van 'a continuing international trend towards legal recognition' van intersexualiteit in de onder 4.3 bedoelde zin. Een dergelijke trend kan ook niet uit andere het hof bekende gegevens worden afgeleid. Uit een en ander volgt reeds dat geen grond bestaat om een schending van artikel 8 van de Europese Conventie te kunnen aannemen, zodat ook de subsidiaire grondslag van het verzoek niet tot toewijzing van dat verzoek kan leiden.'

3.5.2. De hiertegen gerichte klachten van de onderdelen 3 en 4 komen erop neer dat het hof heeft miskend dat de rechtspraak van het EHRM (met name het vermelde arrest inzake Christine Goodwin) meebrengt dat ook in deze zaak de weigering het verzoek van verzoeker in te willigen inbreuk maakt op het recht op juridische erkenning van de identiteit van verzoeker en derhalve een schending van art. 8 EVRM oplevert. Mede gelet op de brede medische erkenning van transsexualiteit en intersexualiteit en een bestendige internationale trend van juridische erkenning daarvan, rust op de Nederlandse overheden een positieve verplichting om te bewerkstelligen dat de vermelding in de geboorteakte in overeenstemming wordt gebracht met verzoekers identiteit. Gevallen van intersexualiteit zoals bij verzoeker moeten worden beoordeeld zoals gevallen van transsexualiteit. Voorzover het hof op grond van zijn uitleg van de aan het slot van rov. 4.8 bedoelde gedingstukken heeft geoordeeld dat gevallen van intersexualiteit anders kunnen worden beoordeeld dan gevallen van transsexualiteit, berust dat oordeel op een onbegrijpelijke uitleg van die stukken, aldus nog steeds de onderdelen.

3.5.3. Bij de beoordeling van deze klachten wordt vooropgesteld dat uit art. 8 EVRM een positieve verplichting kan voortvloeien de geslachtsaanduiding in de geboorteakte aan te passen aan het geslacht waartoe de betrokkene volgens diens vaste overtuiging behoort. Waar het gaat om gevallen van postoperatieve transsexualen is in de in de conclusie van de Advocaat-Generaal vermelde, inmiddels vaste rechtspraak van het EHRM beslist dat een door art. 8 beschermde aanspraak bestaat op juridische erkenning van de geslachtswijziging, dat wil zeggen de wijziging van vrouwelijk in mannelijk en andersom, waardoor kan worden tegemoetgekomen aan het probleem dat het geregistreerde geslacht niet overeenstemt met het geslacht waaronder een persoon aan het maatschappelijk verkeer deelneemt. Wat verzoeker verlangt, is echter wezenlijk iets anders, namelijk het achterwege laten van enige geslachtsaanduiding op de grond dat alleen daardoor recht kan worden gedaan aan verzoekers werkelijke geslachtelijke identiteit, te weten die van 'niet-geseksueerdheid', het

niet behoren tot het mannelijke en evenmin tot het vrouwelijke geslacht.

Tegen de achtergrond van de in onderdeel 2.49 van de conclusie van de Advocaat-Generaal vermelde rechtspraak van het EHRM (waaraan inmiddels kan worden toegevoegd het arrest van 28 november 2006, appl. nr. 42971/05, Wena en Anita Parry tegen het Verenigd Koninkrijk, LJN: AZ7797) moet worden aangenomen dat het binnen de aan de nationale staten gelaten ‘margin of appreciation’ ligt te beslissen of, en zo ja, op welke wijze de wettelijke regeling inzake de geslachtsaanduiding in de geboorteakte moet voorzien in de mogelijkheid de geslachtsaanduiding geheel achterwege te laten in gevallen van ‘niet-geseksueerdheid’. Bij de beantwoording van de vraag of uit art. 8 EVRM een positieve verplichting voortvloeit tot het treffen van een dergelijke regeling of tot het toewijzen van het onderhavige verzoek, dient rekening te worden gehouden met een juist evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu. In het onderhavige geval weegt het algemeen belang bij handhaving van de hiervoor in 3.4.2 en 3.4.3 beschreven wettelijke regeling inzake de geslachtsaanduiding in de geboorteakte, welke regeling is gebaseerd op de ook in de andere bij de Raad van Europa aangesloten staten algemeen aanvaarde opvatting dat personen hetzij tot het mannelijke hetzij tot het vrouwelijke geslacht behoren, zwaarder dan het belang van verzoeker bij juridische erkenning – door het achterwege laten van een geslachtsaanduiding in de geboorteakte – van de overtuiging noch tot het ene noch tot het andere geslacht te behoren. Hierbij is nog in aanmerking te nemen dat uit de door verzoeker overgelegde stukken weliswaar kan worden afgeleid dat geleidelijk meer aandacht wordt gegeven aan interseksualiteit, met name in gevallen waarin een persoon geslachtelijke kenmerken van beide seksen heeft, en daarmee samenhangende problemen van verschillende aard, maar niet dat sprake is van een (trend naar) juridische erkenning van een neutrale geslachtelijke identiteit in gevallen waarin personen ervan overtuigd zijn geraakt dat zij, ongeacht de bij hen aanwezige fysieke geslachtskenmerken, noch tot het vrouwelijke noch tot het mannelijke geslacht behoren.

Op het voorgaande stuiten de onderdelen 3 en 4 in hun geheel af.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwert het cassatieberoep van verzoeker.

NOOT

1 Inleiding

Deze procedure heeft ervoor gezorgd dat de Nederlandse taal weer met een nieuw woord is verrijkt: ‘niet-geseksueerdheid’ (zie rov. 3.1 en 3.5.3, eerste alinea, laatste zin, van de beschikking van de Hoge Raad). De Hoge Raad bedoelt hiermee het niet behoren tot het mannelijke en evenmin

tot het vrouwelijke geslacht. Dat is dus hetzelfde als interseksualiteit, althans als men uitgaat van de term die het hof in zijn beschikking gebruikt en uitlegt als een seksuele identiteit die noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht behoort (zie rov. 4.3, laatste zin, van de beschikking van het hof, zoals geciteerd door de Hoge Raad in rov. 3.3). Aan deze omschrijving kan dan nog worden toegevoegd: ‘ongeacht de bij de desbetreffende persoon aanwezige fysieke geslachtskenmerken’ (zie rov. 3.5.3, voorlaatste zin, van de beschikking van de Hoge Raad). Dit betekent dat interseksualiteit hier niet wordt gebruikt in de betekenis van het bezit door één persoon van de geslachtelijke kenmerken van beide seksen (denk bijvoorbeeld aan de hermafrodiet of androgyn als tweeslachtig wezen), maar als synoniem van ‘niet-geseksueerdheid’, dus in de door verzoeker gebruikte zin. In het hierna volgende bespreek ik de verschillen tussen transseksualiteit en interseksualiteit (in de zin van ‘niet-geseksueerdheid’) voor de toepassing van enkele wettelijke regels met betrekking tot de geboorteakte.

2 Transseksualiteit

In de jaren zeventig van de vorige eeuw, toen er nog geen wetgeving op het gebied van transseksualiteit bestond, kwam de Hoge Raad³ voor de vraag te staan of de vermelding van het geslacht in de geboorteakte van een transseksueel kan worden gewijzigd. Onder transseksueel versta ik iemand die de overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren dan is vermeld in de geboorteakte en lichamen aan het verlangde geslacht is aangepast. Ik ontleen deze omschrijving aan de tekst van – thans – artikel 1:28 lid 1. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend. Hij overwoog dat met ‘de kunne van het kind’ in artikel 1:17 lid 1, aanhef en onder d (oud) – welke bepaling betrekking had op de in de geboorteakte op te nemen gegevens – was bedoeld het geslacht van het kind bij zijn geboorte en dat, wanneer een kind naar uiterlijke kenmerken behoort tot het ene geslacht, doch wordt gesteld dat het naar aanleg en mentaliteit behoort tot het andere geslacht, de uiterlijk waarneembare kenmerken prevaleren. Volgens de Hoge Raad maakte de toenmalige wet een andere oplossing niet mogelijk en moest de wetgever dit probleem maar oplossen.

Dit laatste heeft de wetgever ook gedaan, al heeft hij daarvoor nog ruim tien jaren nodig gehad, gerekend vanaf de tweede beschikking van de Hoge Raad inzake transseksualiteit uit 1975.⁴ In 1985 kwam de huidige wettelijke regeling tot

3 HR 13 december 1973, *NJ* 1975, 130, m.nt. EAAL (transseksualiteit I) en HR 3 januari 1975, *NJ* 1975, 187, m.nt. EAAL

(transseksualiteit II).

4 Zie de vorige noot.

stand.⁵ Thans is wijziging van de vermelding van het geslacht in de geboorteakte onder bepaalde voorwaarden mogelijk. Zo bepaalt artikel 1:28 lid 1 nu dat iedere Nederlander die de overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren dan is vermeld in de akte van geboorte en lichamelijke aan het verlangde geslacht is aangepast voor zover dit uit medisch of psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is, de rechtbank kan verzoeken wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte te gelasten, indien deze persoon als mannelijk in de akte van geboorte vermeld staande, nimmer meer in staat zal zijn kinderen te verwekken, dan wel als vrouwelijk in de akte van geboorte vermeld staande, nimmer meer in staat zal zijn kinderen te baren.⁶ Nadere regels omtrent het verzoek aan de rechtbank en de rechtsgevolgen van de wijziging van de vermelding van het geslacht treft men aan in artikel 1:28 leden 2 en 3, alsmede in de artikelen 1:28a, 28b en 28c. De genoemde wetsartikelen maken deel uit van afdeling 1.4.13 BW, die het opschrift 'De rechterlijke last tot wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte' draagt.⁷

3 Interseksualiteit

Interseksualiteit is iets anders dan transseksualiteit. Niettemin werd in de onderdelen 3 en 4 van het cassatiemiddel het standpunt verdedigd dat gevallen van interseksualiteit zoals bij verzoeker – dus in de zin van 'niet-geseksueerdheid' – moeten worden beoordeeld zoals gevallen van transseksualiteit (zie rov. 3.5.2 van de beschikking van de Hoge Raad). Terecht volgt de Hoge Raad deze opvatting niet.

Opvallend is de zeer uitvoerige motivering door de Hoge Raad van zijn beslissing, waarin hij het cassatieberoep van verzoeker verwierpt. Ook de conclusie van de advocaat-generaal mag er zijn, zowel inhoudelijk als wat de lengte betreft.⁸ De Hoge Raad is het niet met verzoeker eens dat het hof heeft blijk gegeven van een te beperkte opvatting omtrent het begrip misslag in artikel 1:24. De Hoge Raad wijst er in rov. 3.4.2 op dat voor gevallen van transseksualiteit, waarvoor de wette-

lijke regeling inzake misslagen in de geboorteakte geen oplossing biedt, in de artikelen 1:28 e.v. een bijzondere regeling is opgenomen. Hij voegt hieraan toe dat deze regeling niet is gebaseerd op toepassing van artikel 1:24, maar op de gedachte dat een wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte gerechtvaardigd is indien aan de bij deze regeling voorziene voorwaarden is voldaan. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever bij het ontwerpen van de regeling inzake transseksualiteit tevens gevallen van interseksualiteit onder ogen gezien, maar dan gaat het uitsluitend om gevallen waarin de betrokkene geslachtelijke kenmerken van beide seksen bezit, dus niet om interseksualiteit in de zin van 'niet-geseksueerdheid', dat wil zeggen interseksualiteit in de door verzoeker gebruikte zin (zie hierboven onder punt 1).

Uiteindelijk moet ook in de geboorteakte van een interseksueel, zoals het geval is in de geboorteakte van alle Nederlanders, altijd iets worden vermeld. Dat 'iets' is (1) hetzij de vermelding dat de desbetreffende persoon van het mannelijke geslacht is, (2) hetzij de vermelding dat deze persoon van het vrouwelijke geslacht is, (3) hetzij de vermelding dat het geslacht van deze persoon niet is kunnen worden vastgesteld. Dat blijkt ook heel duidelijk uit artikel 1:19d. Het behoort, anders dan verzoeker betoogt, niet tot de mogelijkheden dat in een geval als het onderhavige met betrekking tot het geslacht in de geboorteakte helemaal niets wordt vermeld. Als in het geval van laatstgenoemd artikel drie maanden na de geboorte zijn verstreken, bestaat er duidelijkheid in die zin, dat de nieuwe geboorteakte een van de drie zojuist genoemde vermeldingen bevat (art. 1:19d leden 2 en 3). De oorspronkelijke geboorteakte (art. 1:19d lid 1) wordt doorgehaald. In voorkomende gevallen (denk in het bijzonder aan situatie 3) kan in een later stadium de verbeteringsprocedure van artikel 1:24 worden gevolgd teneinde alsnog het geslacht in de geboorteakte te doen opnemen, aldus de Hoge Raad aan het slot van rov. 3.4.2 (zie ook rov. 3.4.3), maar in ieder geval kan een interseksueel op latere leeftijd niet via artikel 1:24 bereiken dat de eerste, tweede of derde vermelding wordt

5 Wet van 24 april 1985, *Stb.* 1985, 243, in werking getreden op 1 augustus 1985, houdende nadere regelen ten behoeve van transseksuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunne in de akte van geboorte. Deze wet voegde de art. 1:29a-29d (oud) in, die inmiddels zijn vernummerd tot de art. 1:28-28c bij de Wet van 14 oktober 1993, *Stb.* 1993, 555, in werking getreden op 1 januari 1995, tot herziening van titel 4 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en wijziging van enige andere bepalingen van Boek 1 van dat Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafvordering. Deze laatste wet bevatte een ingrijpende wijziging van de regelgeving met betrekking tot de burgerlijke stand.

6 De voorwaarde dat de betrokken persoon niet is gehuwd, is

geschrapt bij de Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9, in werking getreden op 1 april 2001, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk).

7 Zie daarover M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Persoon- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 45.

8 De geprinte versie van de beschikking van de Hoge Raad, zoals deze op www.rechtspraak.nl is gepubliceerd, beslaat 6 pagina's en die van de conclusie van de advocaat-generaal met 72 voetnoten maar liefst 21 (!) pagina's.

geschrapt, zodat omtrent het geslacht in de geboorteakte in het geheel niets wordt vermeld. Dit laatste is onder alle omstandigheden uitgesloten.

In rov. 3.4.4 lijkt het net alsof de Hoge Raad verzoeker wel wil tegemoetkomen, maar dit niet kan, omdat hij als het ware met de rug tegen de muur staat, nu dit een zaak van de wetgever is. In dit opzicht is deze rechtsoverweging enigszins te beschouwen als een reminiscentie aan de transseksualiteitsbeschikkingen uit de jaren zeventig van de vorige eeuw.⁹ Het is alsof de Hoge Raad wil zeggen: 'Wetgever, u moet dit probleem maar oplossen!'. Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad in dezelfde rechtsoverweging tot tweemaal toe de passage 'bij de huidige stand van de wetgeving' gebruikt. In de eerste zin van rov. 3.4.4 heet het dat *bij de huidige stand van de wetgeving* het verzoek van verzoeker, dat berust op de na een jarenlang proces van ervaring en bewustwording verkregen overtuiging noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht te behoren, niet kan worden toegewezen. In de laatste zin van rov. 3.4.4 benadrukt de Hoge Raad dat het voorgaande niet betekent dat die in een langdurig proces met grote persoonlijke offers verkregen overtuiging niet behoort te worden gerespecteerd, maar wel dat die overtuiging *bij de huidige stand van de wetgeving* niet kan leiden tot toewijzing van het verzoek tot het geheel achterwege laten in de geboorteakte van de vermelding van hetzij het mannelijke hetzij het vrouwelijke geslacht.

De Hoge Raad gaat niet alleen uitvoerig in op de relevante bepalingen van Boek 1 BW, maar ook op het door artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op respect voor het privéleven. Hij besteedt daarbij aandacht aan twee uitspraken van het Europese Hof uit 2002 en 2006 inzake transseksualiteit.¹⁰ In de zaak van 2002 besliste het Europese Hof dat artikel 8 EVRM is geschonden. Voor dit oordeel zijn met name bepalend geweest (1) de omstandigheid 'that transsexualism has wide international recognition as a medical condition for which treatment is provided in order to afford relief' en (2) de zichtbaarheid van 'a continuing international trend towards legal recognition' van transseksualiteit (zie rov. 4.8 van de beschikking van het hof, zoals geciteerd door de Hoge Raad in rov. 3.5.1). Het gaat dus bij transseksualiteit kort gezegd om brede internationale medische erkenning en een bestendige internationale trend van juridische erkenning. De vraag is nu of hiervan ook sprake is bij interseksualiteit. Het hof en de Hoge Raad vinden van niet.

De Hoge Raad motiveert zijn standpunt uitgebreid in rov. 3.5.3. Tegen de achtergrond van de zojuist genoemde rechtspraak van het Europese Hof moet worden aangenomen, aldus de Hoge Raad, dat het binnen de aan de nationale staten gelaten 'margin of appreciation' ligt te beslissen of, en zo ja, op welke wijze de wettelijke regeling inzake de geslachtsaanduiding in de geboorteakte moet voorzien in de mogelijkheid de geslachtsaanduiding geheel achterwege te laten in gevallen van 'niet-geseksueerdheid'. Volgens hem dient rekening te worden gehouden met een *juist evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu* bij de beantwoording van de vraag of uit artikel 8 EVRM een positieve verplichting voortvloeit tot het treffen van een dergelijke regeling of tot het toewijzen van het onderhavige verzoek. Hoe valt deze belangenafweging dan in dit geval uit? De Hoge Raad is helder in zijn oordeel: in het onderhavige geval weegt het algemeen belang bij handhaving van de wettelijke regeling inzake de geslachtsaanduiding in de geboorteakte zwaarder dan het belang van verzoeker bij juridische erkenning van interseksualiteit (in de zin van 'niet-geseksueerdheid'). De Hoge Raad voegt hieraan nog toe dat interseksualiteit weliswaar geleidelijk meer aandacht krijgt, maar dat er geen sprake is van een (trend naar) juridische erkenning van een neutrale geslachtelijke identiteit.

4 De wetgever is aan zet

Uit het voorafgaande is duidelijk geworden dat de rechter het met interseksualiteit samenhangende probleem van het achterwege laten van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte niet kan oplossen. Uitsluitend de wetgever kan hier ingrijpen, net zoals indertijd bij transseksualiteit is gebeurd. Ik verwacht niet dat hij dit op korte termijn zal doen, mede gelet op het feit dat er (nog) geen sprake is van de zichtbaarheid van 'a continuing international trend towards legal recognition' van interseksualiteit, zoals bedoeld in het arrest inzake Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk.¹¹ Ik vrees dat de wetgever andere prioriteiten heeft. Tevreden ben ik wel over de uitvoerige motivering door de Hoge Raad van zijn beslissing, met name in de cruciale rov. 3.4.4 en 3.5.3. Hij verdient met name lof voor het uitdrukkelijk uitspreken van respect voor de overtuiging van verzoeker noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht te behoren, al is dit natuurlijk voor verzoeker zelf een schrale troost. ☛

⁹ Zie noot 3.

¹⁰ EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (Christine Goodwin-Verenigd Koninkrijk) en EHRM 28 november 2006, appl.

nr. 42971/05, LJN: AZ7797, EHRC 2007, 27, m.nt. Janssen (Wena en Anita Parry-Verenigd Koninkrijk).

¹¹ Zie de vorige noot.