

NJB 2023/114

Vrijheid, gelijkheid en non-binariteit

Iris van Oosterhout, datum 09-01-2023

Datum	09-01-2023
Auteur	Iris van Oosterhout ^[1]
JCDI	JCDI:ADS684338:1
Vakgebied(en)	Internationaal publiekrecht / Mensenrechten Gezondheidsrecht / Individuele gezondheidszorg Personen- en familierecht / Personenrecht

Recentelijk was het wetsvoorstel wijziging vermelding geslacht in de geboorteakte onderwerp van plenair debat in de Tweede Kamer. Met dit wetsvoorstel wordt voorgesteld de procedure voor juridische geslachtswijziging te vereenvoudigen door afschaffing van de, nu nog noodzakelijke, deskundigenverklaring. In het wetsvoorstel wordt echter nog altijd uitgegaan van een binaire seksregistratie. Nu met het wetsvoorstel de zelfbeschikking van een persoon de enige voorwaarde wordt voor geslachtswijziging, rijst de vraag of zelfbeschikking niet op dezelfde wijze zou moeten leiden tot erkenning van een non-binaire geslachtsaanduiding.

1. Inleiding

Sinds 1985 is het mogelijk om het juridische geslacht te wijzigen. Met het wetsvoorstel wijziging vermelding geslacht in de geboorteakte (hierna: wetsvoorstel),^[2] dat recentelijk is behandeld in de Tweede Kamer, wordt de procedure voor geslachtswijziging vereenvoudigd. Het wetsvoorstel maakt het niet mogelijk om het geslacht te wijzigen naar een non-binaire geslachtsaanduiding. Desondanks is in de rechtspraak sinds 2018 aan meer dan dertig verzoekers een non-binaire geslachtsaanduiding toegekend.^[3] Kamerlid Van Ginneken heeft een amendement voorgesteld om een non-binaire geslachtsaanduiding mogelijk te maken,^[4] maar heeft dit inmiddels weer ingetrokken.^[5]

In de huidige discussie omtrent geslachtswijziging wordt een onderscheid gemaakt tussen het biologische geslacht en de genderidentiteit. Met het biologische geslacht wordt bedoeld het geslacht op basis van lichamelijke kenmerken, zoals deze ofwel bij de geboorte aanwezig waren, ofwel na medische tussenkomst aanwezig zijn. Naast personen van het mannelijke en het vrouwelijke geslacht, zijn er personen die geboren zijn met een intersekse conditie. Zij hebben zowel mannelijke als vrouwelijke geslachtskenmerken, hetgeen zich zowel biologisch als genetisch kan openbaren. Bij de meeste Nederlanders komen de genderidentiteit en het biologische geslacht overeen; zij zijn cisgender personen. Echter, bijna 4% van de Nederlanders lijdt aan genderdysforie en ervaart derhalve een discrepantie tussen het biologische geslacht en de genderidentiteit.^[6] Een deel van deze personen identificeert zich met het andere geslacht en is derhalve transgender, voor een ander deel staat de genderidentiteit los van de binaire verdeling tussen man en vrouw. Deze non-binaire personen identificeren zich mogelijk als beide geslachten of geen van beide. Aangezien er thans geen wettelijke mogelijkheid bestaat voor non-binaire personen om het juridische geslacht in overeenstemming te brengen met de genderidentiteit, bestaat mogelijk een lacune in het Nederlandse recht omtrent geslachtswijziging.

In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de vraag of, met het oog op het vrijheidsbeginsel, ingevuld door het recht op zelfbeschikking, enerzijds en het gelijkheidsbeginsel anderzijds, een positieve verplichting bestaat voor de Nederlandse staat om non-binaire geslachtsregistratie mogelijk te maken. Met het oog op de omvang van deze bijdrage zal niet worden ingegaan op de wijze waarop non-binaire sekserregistratie zou moeten plaatsvinden.

Allereerst wordt het Nederlandse systeem omtrent geslachtswijziging geschetst (par. 2). Vervolgens wordt het wetsvoorstel besproken (par. 3). Daarna zal uit respectievelijk het vrijheidsbeginsel, inhoudende het recht op zelfbeschikking, en het gelijkheidsbeginsel een kader worden geformuleerd (par. 4). Het wetsvoorstel wordt vervolgens tegen dit kader afgezet (par. 5).

2. Geslachtswijziging in vogelvlucht

2.1. Geschiedenis

Tot 1985 was het enkel voor interseksuele personen mogelijk om het juridische geslacht te wijzigen, als zijnde 'verbetering van een misslag'. Sinds 1985 is het echter mogelijk om het juridische geslacht te wijzigen wanneer een persoon de overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren.^[7] Destijds werd hieraan een aantal voorwaarden gesteld,^[8] onder meer: een persoon diende (1) ongehuwd te zijn, (2) een fysieke transitie te hebben ondergaan, en als gevolg van die transitie (3) onvruchtbaar te zijn. De voorwaarden van een fysieke transitie en onvruchtbaarheid dienden te worden gestaafd met een deskundigenverklaring. De ratio van het ongehuwd zijn was dat het huwelijk destijds nog niet was opengesteld voor stellen van gelijk geslacht.^[9] Met de Wet Openstelling Huwelijk is deze voorwaarde in 2001 geëlimineerd.^[10] De twee fysieke vereisten zijn in 2014 komen te vervallen met de Transgenderwet,^[11] aangezien deze disproportioneel werden geacht.^[12] De deskundigenverklaring bleef wel vereist, zij het in gewijzigde vorm.^[13] Thans dient uit de deskundigenverklaring te blijken dat de persoon de weloverwogen en duurzame overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren. In onderstaande tabel is de evolutie van de voorwaarden voor geslachtswijziging weergegeven. Hierin valt op dat in 2014 een kentering heeft plaatsgevonden in de definitie van geslacht; waar dit eerst werd vastgesteld op basis van fysieke verschijningsvorm, gebeurt dit thans op basis van de zelf-gedefinieerde genderidentiteit.

Tabel 1: Evolutie voorwaarden geslachtswijziging

	1985	2001	2014	Wetsvoorstel
Ongehuwd	Vereist	Vervallen	-	-
Fysieke transitie	Vereist	Vereist	Vervallen	-
Onvruchtbaar	Vereist	Vereist	Vervallen	-
Deskundigenverklaring	Vereist	Vereist	Aangepast	Vervallen
Leeftijdsgrens	-	-	â%¥ 16 jaar	< 16 jaar: via rechter â%¥ 16 jaar: via aangifte
Nederlander of langer dan 1 jaar woonplaats in Nederland	Vereist	Vereist	Vereist	Vereist

2.2. Huidige stand van zaken

Geslachtswijziging is sinds de Transgenderwet mogelijk door middel van aangifte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. Met het verdwijnen van de fysieke voorwaarden en de erkenning van de minister dat genderdysforie een primair niet-lichamelijk verschijnsel is, komt het recht op zelfbeschikking steeds verder voorop te staan bij wetgeving over geslachtswijziging. In de memorie van toelichting bij de Transgenderwet wordt zelfs gesteld dat 'het belangrijkste criterium tot het vaststellen van de genderidentiteit de zelfdiagnose van de betrokkene [is], die door een in art. 28a bedoelde deskundige bevestigd is'.^[14] Binnen het huidige Nederlandse wettelijke systeem is het enkel mogelijk om het juridische geslacht te wijzigen binnen de binaire verdeling van man en vrouw. Artikel 1:28 BW spreekt immers van de overtuiging 'tot het andere geslacht te behoren', en impliceert daarmee een tweedeling van mogelijke geslachten.^[15] Daarnaast is het, op grond van artikel 1:19d BW, mogelijk om tot drie maanden na de geboorte van een interseksueel kind in de geboorteakte vast te leggen dat het 'geslacht niet is kunnen worden vastgesteld'.^[16] Er is derhalve strikt gezien geen mogelijkheid voor een volwassene met een non-binaire genderidentiteit om het juridische geslacht te wijzigen naar een non-binaire geslachtsaanduiding, ongeacht of deze volwassene is geboren met of zonder een intersekse conditie.

2.3. Non-binariteit in recente rechtspraak

Reeds in 2007 heeft de Hoge Raad een verzoek om een non-binaire geslachtsaanduiding afgewezen.^[17] De Hoge Raad overwoog dat, bij de huidige stand van wetgeving, het algemeen belang bij handhaving van de wettelijke regeling inzake de geslachtsaanduiding prevaleerde boven het individuele belang van de verzoeker. Bij dit arrest dient echter de kanttekening te worden geplaatst dat in 2007 niet enkel de maatschappelijke erkenning van non-binariteit niet in het huidige stadium was, maar dat ook de juridische erkenning van transseksualiteit sinds die tijd sterk is veranderd. Met de eliminatie van de fysieke vereisten in 2014, is de 'huidige stand van wetgeving' inmiddels gewijzigd.

In 2018 heeft Rechtbank Limburg voor het eerst een verzoek om een non-binaire geslachtsaanduiding toegewezen.^[18] De rechtbank verwijst naar verschillende nationale en internationale ontwikkelingen om te beargumenteren dat er tegenwoordig een trend is naar juridische erkenning van een non-binaire genderidentiteit. Het uitblijven van een non-binaire geslachtsaanduiding is volgens de rechtbank een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht ex artikel 8 EVRM. De rechtbank sluit aan bij de bewoordingen van artikel 1:19d BW en wijzigt de geboorteakte in 'het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld'.

Sinds deze uitspraak van Rechtbank Limburg zijn vergelijkbare zaken voorgekomen bij andere rechtbanken.^[19] In minstens 34 zaken is verzocht om een neutrale geslachtsaanduiding.^[20] In slechts drie zaken is het verzoek afgewezen, waarvan twee werden vernietigd in hoger beroep waarna het geslacht werd gewijzigd in 'X'.^[21] In de derde zaak werd verzocht om een non-binaire geslachtsaanduiding voor een baby.^[22] In vijftien zaken is het geslacht gewijzigd in 'het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld'.^[23] In juli 2021 is Rechtbank Amsterdam hiervan voor het eerst afgeweken en heeft het geslacht gewijzigd in 'X'. Naar aanleiding van deze uitspraak is in alle zaken sinds februari 2022 gekozen voor de geslachtsaanduiding 'X'. Inclusief de uitspraak van Rechtbank Amsterdam, en de twee voornoemde arresten van de gerechtshoven, komt dit aantal op zeventien zaken.^[24] In één zaak is het verzoek tot geslachtswijziging tijdens de procedure ingetrokken, waardoor enkel over de tevens verzochte voornaamswijziging is beslist.^[25]

De rechtbanken continueren de door Rechtbank Limburg in 2018 ingezette lijn dat inmiddels sprake is van maatschappelijke en (een trend naar) juridische erkenning van non-binariteit.^[26] De precieze overwegingen hiertoe verschillen echter. Tevens valt op dat de gebruikte overwegingen voor een deel zijn veranderd sinds rechters kiezen voor de geslachtsaanduiding 'X'. Aanvankelijk werd in het grootste deel van de zaken een belangenafweging gemaakt tussen het individuele belang tot juridische erkenning van de genderidentiteit en het maatschappelijke belang tot handhaving van de huidige wetgeving, welke steeds uitviel in het voordeel van de verzoeker. Deze belangenafweging is gemaakt in zeventien zaken, waarvan in twaalf zaken is gekozen voor 'het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld'. In zaken waarin is gekozen voor een 'X', is regelmatig aangesloten bij de overweging van Rechtbank Amsterdam dat er thans een ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen transgender en non-binaire personen, en dat een analogische toepassing

van artikelen 1:28 tot en met 1:28c BW leidt tot de geslachtsaanduiding 'X'. Bovendien wordt in dertien van deze zaken verwezen naar politieke ontwikkelingen waaruit blijkt dat non-binaire geslachtsregistratie op de agenda staat. In twee zaken wordt overwogen dat het afwijzen van het verzoek zou leiden tot rechtsongelijkheid ten opzichte van de zaken waarin de verzoeken wel zijn toegewezen.

Ook het recht op zelfbeschikking wordt regelmatig aangehaald door rechters. In dertien zaken concludeert de rechter dat er een inbreuk wordt gemaakt op dit recht zoals neergelegd in artikel 8 EVRM doordat er geen non-binaire geslachtsaanduiding mogelijk is. In zes andere zaken concludeert de rechtbank dat er op grond van artikel 8 EVRM een positieve verplichting bestaat om een non-binaire geslachtsaanduiding mogelijk te maken, hetgeen Van den Brink en Tigchelaar hebben omschreven als een 'algemene lijn' in de rechtspraak. [27] Los van de vraag of een dergelijke positieve verplichting bestaat, waarbij later in deze bijdrage wordt stilgestaan, is, mijns inziens, geen 'algemene lijn' te construeren uit de vele soorten overwegingen. De rechters zijn het erover eens dat non-binaire geslachtsaanduidingen moeten worden toegewezen, maar het veelvoud aan gebezigde overwegingen, telkens in andere samenstellingen, laat vooral zien dat er geen overeenstemming bestaat over de wijze waarop dit moet worden beargumenteerd. De noodzaak groeit dat de wetgever hierover eenduidig uitsluitsel geeft, maar in deze behoefte zal het voorliggende wetsvoorstel vooralsnog niet voorzien.

3. Wetsvoorstel wijziging vermelding geslacht in de geboorteakte

3.1. Aanleiding wetsvoorstel

De Transgenderwet is in 2017 geëvalueerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC).[28] Uit deze evaluatie bleek dat de deskundigenverklaring werd ervaren als een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van transgenderpersonen. Op basis van deze evaluatie heeft de Minister van Rechtsbescherming besloten de deskundigenverklaring te elimineren als voorwaarde voor juridische geslachtswijziging. Een persoon kan na invoering van het wetsvoorstel het juridische geslacht wijzigen door de wens eerst schriftelijk kenbaar te maken bij de ambtenaar van de burgerlijke stand en deze vervolgens vier tot twaalf weken later in persoon te bevestigen.[29] Dit wetsvoorstel is daarmee een culminatie van de historie van juridische geslachtswijziging in het Nederlandse rechtstelsel, waarbij het recht op zelfbeschikking steeds verder op de voorgrond is getreden. In het wetsvoorstel wordt geen non-binaire seksregistratie mogelijk gemaakt.

3.2. Non-binariteit in het wetsvoorstel

Met het nieuwe wetsvoorstel wordt zelfbeschikking leidend voor geslachtswijziging.[30] Nu de zelf-gedefinieerde genderidentiteit de enige voorwaarde wordt voor geslachtswijziging ten aanzien van transgender personen, lijkt dit ook reden te geven om het zelfbeschikkingsrecht voorop te zetten bij non-binaire personen en hun wens om te kunnen kiezen voor een neutrale geslachtsaanduiding. De minister geeft echter aan de ontwikkelingen op internationaal vlak en in de rechtspraak te willen afwachten alvorens hij overgaat tot afschaffing van de binariteit binnen de Nederlandse geslachtsregistratie.[31] Destijds waren er immers slechts drie uitspraken geweest over non-binaire geslachtsregistratie; het grootste deel vond plaats na indiening van het wetsvoorstel. Inmiddels is blijk gegeven van een wil om non-binaire geslachtsregistratie mogelijk te maken, zoals blijkt uit het voornemen van Kamerlid Van Ginneken om hiertoe een wetsvoorstel in te dienen, en de toezegging in het Coalitieakkoord dat het kabinet het Regenboogakkoord zorgvuldig zal uitvoeren met wetgeving en beleid.[32] Volgens dit akkoord krijgt een ieder de mogelijkheid om zonder tussenkomst van de rechter de geslachtsvermelding in officiële documenten te laten doorhalen met een 'X'. [33] Deze voornemens zijn echter nog niet omgezet in een wetsvoorstel, waardoor de ontwikkelingen in het wetgevingsproces stagneren. Rechters geven in meerdere zaken aan dat van verzoekers niet kan worden verwacht dat zij wachten op het wetgevingsproces.[34]

4. Vrijheid en gelijkheid

4.1. Recht op zelfbeschikking

Het vrijheidsbeginsel, inhoudende het recht op zelfbeschikking, is neergelegd in artikel 8 EVRM. Hoewel het EHRM zich thans nog niet heeft uitgesproken over de erkenning van een non-binaire genderidentiteit, valt wel een raamwerk te ontwikkelen uit jurisprudentie over transgenderrechten, waarbinnen kan worden gekeken naar de mogelijkheid van een non-binaire geslachtsaanduiding.^[35] Het EHRM hanteert bij de vraag of er een positieve verplichting voortvloeit uit artikel 8 EVRM altijd de *fair balance*-toets: er moet een *fair balance* zijn tussen het belang van het individu en het belang van de gemeenschap.^[36] Hierbij houdt het EHRM rekening met (1) de aard van de vrijheid, (2) het belang van de vrijheid voor de burger en (3) de aard van de activiteiten die de burger wil verrichten.^[37] De lidstaat heeft ten aanzien van deze positieve verplichtingen wel een *margin of appreciation*. Als er binnen de lidstaten van de Raad van Europa geen consensus is over het belang van het te beschermen recht of de manier waarop het recht moet worden beschermd, is de *margin of appreciation* groter.^[38]

In de memorie van toelichting bij de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksuele personen wordt expliciet benoemd dat de Nederlandse regering de Yogyakarta-beginselen onderschrijft.^[39] Deze beginselen zijn in 2006 ontwikkeld door experts op het gebied van internationale mensenrechten met als doel een sterke en duidelijke normatieve basis te vormen binnen het internationaal recht ten aanzien van mensenrechten voor leden van seksuele minderheden.^[40] In 2017 zijn hieraan tien beginselen toegevoegd, om zo uitdrukking te geven aan de ontwikkelingen sinds 2006 op het gebied van LHBTI+-rechten,^[41] samen genoemd de Yogyakarta-beginselen +10. Het zijn geen bindende rechtsbeginselen, maar ze kunnen wel worden gebruikt om invulling te geven aan andere rechten, door de sterke morele waarde en autoriteit van de beginselen.^[42] Volgens de beginselen mogen geen voorwaarden worden gesteld aan geslachtswijziging. Met het nieuwe wetsvoorstel zal Nederland geen aanvullende voorwaarden meer stellen aan geslachtswijziging, op het Nederlandschap na. Geslachtswijziging blijft echter enkel mogelijk binnen de binaire verdeling van man en vrouw.

4.2. Gelijkheidsbeginsel

Een andere invalshoek waarbinnen naar dit onderwerp kan worden gekeken is het gelijkheidsbeginsel. De vraag is of de ongelijke behandeling ten aanzien van geslachtswijziging voor non-binaire personen enerzijds en transgender personen anderzijds een inbreuk vormt op het gelijkheidsbeginsel, welke is neergelegd in artikel 14 EVRM.

Volgens het EHRM is een verschillende behandeling een schending van artikel 14 EVRM als er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is. Hierbij is van belang of de bestreden bepaling een legitiem doel nastreeft en of de verhouding tussen het nagestreefde doel en de aangewende middelen proportioneel is.^[43] Als ingangsvoorwaarde voor toetsing geldt dat artikel 14 EVRM altijd moet worden gelezen in combinatie met een ander recht en een beroep op artikel 14 EVRM onder de strekking (*ambit*) van een ander recht moet vallen.^[44] In dit kader wordt gekeken naar artikel 14 EVRM onder de strekking van artikel 8 EVRM. Allereerst dient te worden bepaald of voornoemde groepen wel voldoende vergelijkbaar zijn.

Het EHRM heeft nog geen arresten gewezen over specifiek de (on)mogelijkheid van een non-binaire geslachtsaanduiding. Er zijn echter wel drie arresten gewezen over de rechten van transgenders en artikel 14 EVRM. Aangezien deze arresten enige tijd geleden zijn geweest, zal slechts de recentste worden besproken, *Hämäläinen/Finland*.^[45] In deze zaak ging het om een transgendervrouw die voor haar fysieke transitie was gehuwd met een vrouw.

Aangezien het huwelijk in Finland destijds niet openstond voor stellen van gelijk geslacht, diende de vrouw ofwel haar huwelijk te beëindigen door middel van een echtscheiding of deze om te zetten naar een geregistreerd partnerschap. De vrouw beargumenteerde dat dit een schending was van artikelen 14 en 8

EVRM. Het EHRM oordeelde onder meer dat artikelen 14 en 8 EVRM niet waren geschonden, aangezien de situatie van de vrouw onvoldoende vergelijkbaar was met die van personen van wie het juridische geslacht al sinds de geboorte overeenstemt met de genderidentiteit.

De situatie in de zaak *Hämäläinen/Finland* verschilt echter op een aspect van de vraag of er een non-binaire geslachtsaanduiding mogelijk dient te worden. Klagster vergelijkt immers haar positie als transvrouw met die van cisgender personen ten aanzien van het feit dat zij dient te scheiden als voorwaarde voor de geslachtswijziging, terwijl cisgender personen niet met dit feit in aanraking komen. Bij de mogelijkheid van een non-binaire geslachtsaanduiding gaat het echter om de vergelijkbaarheid van transgender en non-binaire personen, aangezien geslachtswijziging wel mogelijk is voor de één, doch niet voor de ander. Transgender en non-binaire personen zijn wel voldoende vergelijkbaar, daar bij beiden de genderidentiteit niet overeenstemt met het juridische geslacht. Transgender personen kunnen dit op grond van het zelfbeschikkingsrecht wel laten overeenstemmen, en non-binaire personen niet. Deze verschillende behandeling van vergelijkbare groepen leidt echter niet zonder meer tot de conclusie dat hiermee het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

5. Een positieve verplichting?

5.1. Recht op zelfbeschikking

In artikel 31 van de Yogyakarta-beginselen plus 10 wordt expliciet beschreven dat personen recht hebben op juridische erkenning van hun genderidentiteit. Dit artikel verplicht staten om een snel, transparant en toegankelijk proces vast te stellen waarin ieders zelf-gedefinieerde genderidentiteit juridisch kan worden erkend, en waarbij een scala aan geslachtsaanduidingen mogelijk wordt gemaakt. Bovendien bepaalt artikel 3 van de beginselen dat een ieder recht heeft op erkenning voor het recht en vervolgens dat ieders zelf-gedefinieerde genderidentiteit integraal is aan het basisaspect van het recht op zelfbeschikking. Uit de tekst en achtergrond van de Yogyakarta-beginselen is derhalve af te leiden dat het recht op zelfbeschikking onder meer inhoudt het recht om zelf de genderidentiteit te bepalen, en hiervan vervolgens juridische erkenning te verkrijgen. Ook het EHRM heeft aangegeven dat de vrijheid van een persoon om zijn eigen genderidentiteit te definiëren een van de meest wezenlijke elementen is van het recht op zelfbeschikking,^[46] en dat dit recht valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM.^[47] Of dit ook betekent dat uit artikel 8 EVRM een positieve verplichting voor de staat voortvloeit om een neutrale geslachtsaanduiding mogelijk te maken, is, zoals reeds omschreven, afhankelijk van de *fair balance*-toets en de *margin of appreciation*.

De aard van de vrijheid is in dit geval de vrijheid om de eigen genderidentiteit te bepalen en deze juridisch vast te leggen. Voor non-binaire personen is het belang bij deze vrijheid groot, aangezien de juridische erkenning van een genderidentiteit vaak het begin is van het verkrijgen van gelijke rechten en bescherming.^[48] De vraag is vervolgens of voor de uitoefening van deze vrijheid ook ingrijpen van de overheid noodzakelijk is. Immers, personen kunnen zich in Nederland in beginsel identificeren op welke manier zij wensen en dit ook op gewenste wijze uiten. Om voor deze identiteit vervolgens juridische erkenning te krijgen is daarentegen wel ingrijpen van de overheid vereist: de overheid dient daartoe wettelijk vast te leggen dat een non-binaire genderidentiteit ook juridisch wordt erkend. Er is, gelet op deze aspecten, thans geen *fair balance* tussen het belang van non-binaire personen bij neutrale geslachtsregistratie en het belang van de maatschappij bij strikte handhaving van de huidige wetgeving. Hieruit volgt niet automatisch dat er ook een positieve verplichting is om non-binaire geslachtsregistratie mogelijk te maken. Het EHRM kijkt immers ook naar *common ground* onder de lidstaten. Uit een onderzoeksrapport van de Europese Commissie blijkt dat in 2018 in Oostenrijk, Duitsland en Malta een mogelijkheid bestond om een neutrale geslachtsaanduiding te verkrijgen.^[49] Inmiddels heeft ook het Grondwettelijk Hof van België een neutrale geslachtsaanduiding erkend.^[50] Dit zijn echter nog onvoldoende internationale ontwikkelingen om te spreken van een *common ground* dat uit artikel 8 EVRM een positieve verplichting voortvloeit tot non-binaire seksregistratie. Daarom is er een grote *margin of appreciation* voor de lidstaat. Het is derhalve aan de staat of en op welke wijze vorm wordt gegeven aan non-binaire geslachtsregistratie. Hierdoor kan niet worden gesproken van een positieve verplichting jegens de Nederlandse staat om non-binaire geslachtsregistratie mogelijk te maken, in tegenstelling tot de door Van den

5.2. Gelijkheidsbeginsel

Met het wetsvoorstel worden aanvullende voorwaarden geschrapt uit de procedure tot geslachtswijziging, waardoor geslachtswijziging eenvoudiger wordt. Het doel van de vereenvoudiging van de procedure voor geslachtswijziging is het bevorderen van de emancipatie van transgender personen, en het recht op zelfbeschikking leidend te laten zijn voor de keuze van geslachtsregistratie.^[51] De minister geeft als reden om nog geen non-binaire geslachtsaanduiding mogelijk te maken dat hij het wenselijk acht verdere ontwikkelingen in de rechtspraak af te wachten, en het voorliggende wetsvoorstel niet op die ontwikkelingen kan wachten. Tussen transgender en non-binaire personen wordt een onderscheid gemaakt omdat het voor de ene groep wel mogelijk is om het juridische geslacht te laten overeenstemmen met de genderidentiteit en voor de andere groep niet. Dit onderscheid dient te zijn gebaseerd op een objectieve en redelijke rechtvaardiging. De intensiteit van deze toetsing door het EHRM is afhankelijk van de *common ground* onder lidstaten en het vertrouwen in het wetgevingsproces van een lidstaat.^[52] Er is in Nederland geen reden om te twijfelen aan de goede en redelijke werking van het wetgevingsproces. Bovendien is er geen *common ground* onder lidstaten over de juridische erkenning van non-binaire genders, waardoor de toetsing marginaal zou zijn. Toch is de rechtvaardiging van de minister voor het onderscheid niet objectief en redelijk. Deze rechtvaardiging is immers slechts dat de minister verdere juridische ontwikkelingen wenst af te wachten. Met het oog op de ontwikkelingen die zich sindsdien hebben voorgedaan in de rechtspraak is deze rechtvaardiging inmiddels achterhaald. Als het recht op zelfbeschikking, zoals de minister stelt, leidend is bij de keuze voor geslachtsregistratie, dient dit altijd op dezelfde wijze te gelden, ongeacht of de gekozen geslachtsaanduiding wel of niet binnen het binaire systeem past. Bovendien streeft het onderscheid geen legitiem doel na. Ook als het onderscheid wel een legitiem doel na zou streven, is dit onderscheid nog steeds niet proportioneel. Het onderscheid tussen transgender en non-binaire personen is dus ongerechtvaardigd, en derhalve een schending van artikel 14 EVRM.

5.3. Amendement geslachtsregistratie 'X'

Er is getracht non-binaire geslachtsregistratie te bewerkstelligen middels het, inmiddels weer ingetrokken, wetsvoorstel van Kamerlid Van Ginneken.^[53] In het navolgende zal het amendement ondanks de intrekking kort inhoudelijk worden behandeld, aangezien hieruit mogelijk lering kan worden getrokken voor het voorgenomen wetsvoorstel. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft reeds aangegeven dat in het amendement onvoldoende rekening wordt gehouden met de neveneffecten van het amendement en dat onterecht wordt gesproken van een louter procedurele wijziging.^[54] Immers, anders dan in het amendement wordt beweerd, bestaat thans niet de wettelijke mogelijkheid om een non-binaire geslachtsaanduiding te verkrijgen. Naast deze twee aspecten, is nog een kritiekpunt uiteen te zetten, concluderend op het voorgaande. In het amendement wordt gesteld dat er thans een ongerechtvaardigd onderscheid is tussen personen die zich identificeren als man dan wel vrouw enerzijds en personen die zich identificeren als non-binair anderzijds.^[55] Door te spreken van 'personen die zich identificeren als man of vrouw' worden ook cisgender personen vergeleken met non-binaire personen. Deze categorieën zijn echter onvoldoende vergelijkbaar, zoals ook blijkt uit het arrest *Hämäläinen/Finland*. Cisgender personen identificeren zich wel met hun geboortegeslacht en zullen derhalve überhaupt geen gebruik maken van de mogelijkheid tot geslachtswijziging, hetgeen onvergelijkbaar is met nonbinaire personen, van wie de genderidentiteit zelfs buiten de binariteit ligt. Er kan in dit kader derhalve geen sprake zijn van een ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen cisgender en non-binaire personen.

5.4. Conclusie

Gelet op het feit dat het belang bij juridische erkenning van een non-binaire genderidentiteit groot is, en het feit dat ingrijpen van de overheid vereist is om deze vrijheid uit te oefenen, is er thans geen sprake van een *fair balance* tussen de belangen van non-binaire personen en het belang van de samenleving. Het belang van het individu om juridische erkenning te verkrijgen van diens zelf-gedefinieerde genderidentiteit dient zwaarder te

wegen dan het belang van de samenleving bij strikte handhaving van de huidige wettelijke regelingen. Dit wordt beaamd door de Yogyakarta-beginselen plus 10, die aangeven dat de zelfgedefinieerde genderidentiteit van een persoon juridische erkenning moet genieten, gelet op het volledig kunnen uitoefenen van het recht op zelfbeschikking. Ook binnen de nationale context wordt zelfbeschikking steeds meer het uitgangspunt bij het denken over gender en geslacht. Zo blijkt onder meer uit het wetsvoorstel, waarin het vereiste van een deskundigenverklaring voor geslachtswijziging vervalt. Nu de mogelijkheid tot geslachtswijziging zo wordt aangepast dat enkel het recht op zelfbeschikking van een persoon hierbij relevant is, ligt het voor de hand om dit door te trekken naar de non-binaire genderidentiteit. Transgender en non-binaire personen zijn immers voldoende vergelijkbaar wanneer het gaat om de erkenning van hun genderidentiteit. Er is tot nu toe echter niet voor gekozen om non-binaire geslachtsregistratie mogelijk te maken. Doordat de minister hiervoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging heeft gegeven, is het onderscheid dat met die keuze wordt gemaakt ongerechtvaardigd. Daarmee is sprake van een schending van artikel 14 EVRM. Door het uitblijven van *common ground* onder de lidstaten en de daaruit volgende grote *margin of appreciation* vloeit uit artikel 8 EVRM geen positieve verplichting voort om een non-binaire geslachtsaanduiding mogelijk te maken. Het recht op zelfbeschikking blijft echter een integraal onderdeel van de genderidentiteit, waardoor het uitblijven van non-binaire geslachtsregistratie in individuele gevallen wel kan leiden tot een inbreuk op artikel 8 EVRM. Dit wordt versterkt door de schending van artikel 14 EVRM, die in individuele gevallen doorslag kan geven om wel een non-binaire genderidentiteit toe te kennen.

Voetnoten

- [1] Mr. I. van Oosterhout is docent familie- en jeugdrecht aan Tilburg University, Department of Private, Business and Labour Law.
- [2] [Kamerstukken II 2020/21, 35825](#).
- [3] Zie onder meer Rb. Limburg 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.
- [4] [Kamerstukken II 2021/22, 35825, nr. 10](#), later gewijzigd in [Kamerstukken II 2021/22, 35825, nr. 13](#).
- [5] Naar aanleiding van dit amendement is in dit tijdschrift recentelijk een Focus-bijdrage verschenen, waarin het wetgevingsproces wordt beschreven en naar de rechtsgeschiedenis wordt gekeken: H.U. Jessurun D'Oliveira, 'De nieuwe Transgenderwet en de hermafrodit in het Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten (1794)', *NJB* 2022/2548, afl. 36. Onderliggende bijdrage omschrijft de ontwikkelingen, en het uitblijven daarvan, omtrent non-binaire geslachtsregistratie in de wet en jurisprudentie en zet het vraagstuk af tegen een kader ontwikkeld uit het EVRM.
- [6] H. Felten & E. Bos, *Handreiking LHBTI-emanicipatie: feiten en cijfers op een rij*, Utrecht: Movisie 2018.
- [7] *Stb.* 1985, 243.
- [8] Art. 1:29a tot en met 1:29d BW (oud).
- [9] Artikelsgewijs commentaar E.W.M. Gubbels, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:28 BW, aant. 2.
- [10] [Kamerstukken II 1998/99, 26672, nr. 3](#), p. 10.
- [11] *Stb.* 2014, 222.
- [12] [Kamerstukken II 2011/12, 33351, nr. 3](#), p. 7-8.
- [13] [Kamerstukken II 2011/12, 33351, nr. 3](#), p. 3.
- [14] [Kamerstukken II 2011/12, 33351, nr. 3](#), p. 7.

- [15] Gubbels, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:28 BW, aant. 3.
- [16] M.J.C. Koens, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:19d BW.
- [17] HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5686, m.nt. A.J.M. Nuytinck.
- [18] Rb. Limburg 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.
- [19] Zie ook M. van den Brink & J. Tigchelaar, 'Een sneeuwbaaleffect in het recht: hoe geboortegeslacht genderidentiteit m/v werd en uitdijt naar een x', *FJR* 2022/41, afl. 7/8, p. 196-202. In hun bijdrage richten Van den Brink & Tigchelaar zich op de uitspraken tot april 2022, in onderliggende bijdrage worden de uitspraken tot en met 15 september 2022 gecategoriseerd en gekwalificeerd.
- [20] Laatstelijk op 2 november 2022 is via rechtspraak.nl gezocht met behulp van de zoektermen: 'non-binair' (48 hits), 'geslacht' (parameter 'personen- en familierecht' 401 hits), 'gender' (195 hits), '1:19d BW' (54 hits) en '1:28 BW' (52 hits). Telkens zijn de zoekresultaten gesorteerd op 'datum uitspraak nieuwste boven'. Vervolgens zijn de resultaten tot en met 28 mei 2018 handmatig geselecteerd op relevantie. Uitspraken werden relevant geacht indien het een eindbeschikking betrof over een verzoek om een non-binaire geslachtsaanduiding.
- [21] Rb. Noord-Nederland 7 juli 2021 ECLI:NL:RBNNE:2021:3179, vernietigd in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6917; en Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021, nr. 511966, vernietigd in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8003.
- [22] Rb. Midden Nederland 21 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3298.
- [23] Rb. Noord-Nederland 24 juli 2019 ECLI:NL:RBNNE:2019:3437; Rb. Midden-Nederland 10 februari 2020 ECLI:NL:RBMNE:2020:522; Rb. Gelderland 20 januari 2021 ECLI:NL:RBGEL:2021:325; Rb. 's-Gravenhage 13 april 2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:3907; Rb. Midden-Nederland 28 april 2021 ECLI:NL:RBMNE:2021:4549; Rb. Noord-Holland 6 mei 2021 ECLI:NL:RBNHO:2021:4479; Rb. Zeeland-West-Brabant 15 juni 2021 ECLI:NL:RBZWB:2021:3064; Rb. 's-Gravenhage 29 juni 2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:8133; Rb. Midden-Nederland 30 augustus 2021 ECLI:NL:RBMNE:2021:4163; Rb. Noord-Holland 29 september 2021 ECLI:NL:RBNHO:2021:8413; Rb. Midden-Nederland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5054; Rb. Overijssel 3 november 2021, ECLI:NL:ROVE:2021:4321; Rb. Rotterdam 12 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11028; Rb. Gelderland 3 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6592; Rb. Gelderland 17 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6997.
- [24] Rb. Amsterdam 21 juli 2021 ECLI:NL:RBAMS:2021:3732; Rb. Noord-Holland 8 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2040; Rb. Overijssel 7 april 2022, ECLI:NL:ROVE:2022:963; Rb. Overijssel 7 april 2022, ECLI:NL:ROVE:2022:962; Rb. Gelderland 8 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1824; Rb. Rotterdam 6 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4326; Rb. Noord-Nederland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2611; Rb. Noord-Nederland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2612; Rb. Den Haag 7 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6785; Rb. Amsterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4832; Rb. Amsterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4834; Rb. Amsterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4835; Rb. Amsterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4836; Rb. Gelderland 5 augustus 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4695; Rb. Limburg 1 september 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6715.
- [25] Rb. Amsterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4837.
- [26] Rb. Limburg 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931, r.o. 2.5.
- [27] Van den Brink & Tigchelaar, 2022, p. 198.
- [28] M. van den Brink & D. Snaathorst, *Recht doen aan genderidentiteit: evaluatie drie jaar transgenderwet in Nederland 2014-2017*, Utrecht: WODC 2017.

- [29] [Kamerstukken II 2020/21, 35825, nr. 3](#), p. 4-5.
- [30] [Kamerstukken II 2020/21, 35825, nr. 3](#), p. 9.
- [31] [Kamerstukken II 2020/21, 35825, nr. 3](#), p. 10-11.
- [32] Coalitieakkoord 15 december 2021, p. 26.
- [33] Zie coc.nl/COC-Regenboog-Stembusakkoord-2021.
- [34] Zie onder meer Rb. Overijssel 3 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4321, r.o. 5.4 en Rb. Amsterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4832, r.o. 2.3.
- [35] Zie bijvoorbeeld EHRM 10 maart 2015 (*Y.Y./Turkije*), 14793/08 & EHRM 6 april 2017 (*Garçon en Nicot/Frankrijk*), 79885/12, 52471/13 en 52596/13.
- [36] T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.2.2.
- [37] EHRM 16 december 2010 (*A, B en C/Ierland [GC]*), 25579/05, r.o. 248.
- [38] EHRM 10 maart 2015 (*Y.Y./Turkije*), 14793/08, r.o. 101.
- [39] [Kamerstukken II 2016/17, 34650, nr. 3](#), p. 2.
- [40] M. O'Flaherty, 'The Yogyakarta Principles at Ten', *Nordic Journal of Human Rights* 2015, vol. 33, no. 4, p. 283.
- [41] Introductie bij Yogyakarta-beginselen +10, yogyakartaprinciples.org/principlesen/official-versions-pdf/.
- [42] P. Cannoot, 'Voorbij de binariteit in de geslachtsregistratie: de internationale praktijk in vogelvlucht', *FJR* 2021/46, afl. 9, p. 209.
- [43] EHRM 29 april 2008 (*Burden/Verenigd Koninkrijk [GC]*), 13378/05, r.o. 60.
- [44] A. Timmer, 'Seksediscriminatie onder art. 14 EVRM: over principes, pragmatisme en problemen', *NTM/NJCM-Bull.* 2019/24, nr. 4, p. 394.
- [45] EHRM 20 juli 1998, 31-32/1997/815- 816/1018-1019 (*Sheffield en Horsham/ Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 november 2010, 35159/09 (*P.V./Spanje*); EHRM 16 juli 2014, 37359/09 (*Hämäläinen/Finland*).
- [46] EHRM 10 maart 2015, 14793/08 (*Y.Y./ Turkije*), r.o. 102; en EHRM 12 juni 2003, ECLI:EC:ECHR:2003:0612JUD003596897 (*Van Kück/Duitsland*).
- [47] EHRM 14 juni 2016, 49304/09 (*Birzietis/Litouwen*).
- [48] M. van den Brink & P. Dunne, *Trans and intersex equality rights in Europe - a comparative analysis*, Brussel: Europese Commissie 2018.
- [49] Van den Brink & Dunne 2018, p. 56-57; zie ook BVerfG 10 oktober 2017, ECLI:DE:BVerfG:2017:rs2017, 1010.1bvr201916.
- [50] Grondwettelijk Hof 19 juni 2019, nr. 99/2019.
- [51] Kamerstukken II 2020/21, 35825, nr. 3.
- [52] J. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM: Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm

met tanden'?', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 185-186.

[53] [Kamerstukken II 2021/22, 35825, nr. 10](#), later gewijzigd in [Kamerstukken II 2021/22, 35835, nr. 13](#).

[54] raadvanstate.nl/adviezen/@130115/w16-22-0029-ii/.

[55] [Kamerstukken II 2021/22, 35825, nr. 13](#), p. 6-8.