

LJN: AZ5686, Hoge Raad , R06/013HR

Datum 30-03-2007

uitspraak:

Datum 30-03-2007

publicatie:

Rechtsgebied: Personen-en familierecht

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Op art. 1:24 BW gegrond verzoek tot doorhaling geslachtsaanduiding in geboorteakte zonder opneming nieuwe geslachtsaanduiding in die akte. 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 art. 8 EVRM.

Vindplaats(en): FJR 2007, 90

JB 2007, 99

JOL 2007, 224

NJ 2007, 609 m. nt. J. de Boer

NJB 2007, 836

Rechtspraak.nl

RFR 2007, 68

RvdW 2007, 357

Uitspraak

30 maart 2007

Eerste Kamer

Rek.nr. R06/013HR

MK/RM

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking

in de zaak van:

[Verzoeker],
wonende te Portugal,
VERZOEKER tot cassatie,
advocaat: mr. J.P. Heering,

t e g e n

DE GEMEENTE ENSCHEDE,
gevestigd te Enschede,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. J. van Duijvendijk-Brand.

1. Het geding in feitelijke instanties

Met een op 19 november 2004 ter griffie van de rechtbank te Almelo ingediend verzoekschrift heeft verzoeker tot cassatie - verder te noemen: [verzoeker] - zich gewend tot die rechtbank en verzocht bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, te bepalen dat de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van [verzoeker] wordt doorgehaald zonder een nieuwe geslachtsaanduiding aan te brengen in die geboorteakte.

Verweerster in cassatie - verder te noemen: de Gemeente - heeft het verzoek bestreden.

De rechtbank heeft bij beschikking van 1 juni 2005 het verzoek afgewezen.

Tegen deze beschikking heeft [verzoeker] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij beschikking van 15 november 2005 heeft het hof de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.

De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft [verzoeker] beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Gemeente heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van [verzoeker] heeft bij brief van 19 januari 2007 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

[Verzoeker] is op [geboortedatum] 1947 geboren te [geboorteplaats]. 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 mannelijk 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.

3.2. 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 die op de voet van art. 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 art. 8 EVRM gewaarborgde recht op respect voor het privé-leven.

De rechtbank en het hof hebben het verzoek van [verzoeker] niet toewijsbaar geacht.

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.

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 misslag 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 misslagen 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, lichamenlijk 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 misslag (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 misslag 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 misslag 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 transseksualiteit 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 transseksualiteit. 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 transseksualiteit (rechtsoverweging 84). Waar het in deze zaak om gaat is of ook voor gevallen van interseksualiteit 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 een "a continuing international trend towards legal recognition" van interseksualiteit 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 transseksualiteit en interseksualiteit 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 interseksualiteit zoals bij [verzoeker] moeten worden beoordeeld zoals gevallen van transseksualiteit. Voorzover het hof op grond van zijn uitleg van de aan het slot van rov. 4.8 bedoelde gedingstukken heeft geoordeeld dat gevallen van interseksualiteit anders kunnen worden beoordeeld dan gevallen van transseksualiteit, 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 transseksuelen 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.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 30 maart 2007.

Conclusie

Rekestnr. R06/013HR
mr. E.M. Wesseling-van Gent
Parket, 5 januari 2007

Conclusie inzake:

[Verzoeker]

tegen

Gemeente Enschede

Het gaat in deze zaak om de vraag of het Burgerlijk Wetboek voorziet in de mogelijkheid dat de geslachtsaanduiding in de geboorteakte wordt doorgehaald zonder dat er een andere geslachtsaanduiding voor in de plaats komt en of, zo dit niet het geval is, dit een schending oplevert van art. 8 EVRM.

1. Feiten en procesverloop(1)

1.1 Verzoeker(2) tot cassatie, [verzoeker], is op [geboortedatum] 1947 geboren te [geboorteplaats].

1.2 De akte van geboorte, die op 27 maart 1947 is opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Enschede, vermeldt dat [verzoeker] van het mannelijke geslacht is en dat aan hem de voornamen "[verzoeker]" zijn gegeven(3).

1.3 [Verzoeker] is op een gegeven moment tot de overtuiging gekomen dat hij tot het vrouwelijke geslacht behoort.

1.4 In 1973 heeft [verzoeker] een sekseveranderende operatie ondergaan(4).

1.5 Op verzoek van [verzoeker] heeft de arrondissementsrechtbank te Almelo bij beschikking van 22 november 1978 gelast dat de in de registers van de gemeente voorkomende akte van geboorte van [verzoeker] zodanig wordt gewijzigd dat de daarin vermelde voornamen worden veranderd in: "[verzoeker]"(5).

1.6 Nadat [verzoeker] tot de overtuiging was gekomen dat hij evenmin tot het vrouwelijke geslacht behoort, heeft hij in 1989 andermaal een geslachtsaanpassende operatie ondergaan.

1.7 Op verzoek van [verzoeker] heeft de arrondissementsrechtbank te Zutphen bij beschikking van 30 november 1989 de ambtenaar van de burgerlijke stand te Enschede gelast de in de registers van de gemeente voorkomende akte van geboorte van [verzoeker] aldus te wijzigen dat de daarin vermelde voornamen worden veranderd in: "[verzoeker]".

1.8 [Verzoeker] is thans op grond van langdurige en consistente gevoelens tot de overtuiging gekomen dat hij 'niet-geseksueerd' is.

1.9 Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van de arrondissementsrechtbank te Almelo op 2 februari 2001, heeft [verzoeker] de rechtbank verzocht op grond van art. 1:19d BW te bepalen dat de geslachtsaanduiding in zijn geboorteakte zal worden doorgehaald zonder dat daar een andere geslachtsaanduiding voor in de plaats wordt gesteld.

1.10 Bij beschikking van 21 maart 2001 heeft de rechtbank dit verzoek afgewezen.

1.11 Bij dit geding inleidend verzoekschrift van 18 november 2004 heeft [verzoeker] zich ten tweede male gewend tot de rechtbank Almelo met het verzoek om bij uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking te bepalen dat de geslachtsaanduiding in [verzoekers] geboorteakte wordt doorgehaald zonder dat er in zijn geboorteakte een nieuwe geslachtsaanduiding wordt vermeld.

1.12 Aan zijn verzoek heeft [verzoeker] onder meer ten grondslag gelegd dat de huidige

geslachtsaanduiding in de geboorteakte niet overeenstemt met datgene wat hij beleeft, voelt en ervaart, nu hij immers heeft geconstateerd dat hij 'niet-geseksueerd' is. Daarbij heeft [verzoeker] zich in de eerste plaats beroepen op art. 1:24 BW omdat er in zijn ogen sprake is van een voor verbetering vatbare misslag en in de tweede plaats, indien dit verzoek onverenigbaar zou worden geacht met de systematiek van het BW, op art. 8 EVRM in combinatie met de artikelen 3 en 14 EVRM, omdat het recht op respect voor het privé leven wordt geschonden.

1.13 Verweerster in cassatie, de gemeente Enschede, heeft het verzoek van [verzoeker] bestreden en - zakelijk weergegeven - gesteld dat ingevolge art. 1:28 BW in de geboorteakte het geslacht niet onvermeld mag blijven(6).

1.14 Het arrondissementsparket Almelo heeft naar aanleiding van een brief van de rechtbank waarin het parket werd aangemerkt als belanghebbende, bij brief van 24 januari 2005(7) geadviseerd tot afwijzing van het verzoek. Het OM heeft daartoe aangevoerd dat het huidige wettelijke registratiesysteem krachtens het stelsel van de wet, in het bijzonder art. 1:28 BW, op een indeling in twee geslachten berust en dat uitbreiding van deze indeling met een derde 'geslachtsvariant' zou leiden tot een uitbreiding van het aantal identificatievariabelen, hetgeen zou (kunnen) leiden tot maatschappelijk onaanvaardbare consequenties. Volgens het OM weegt het algemeen belang van het voortbestaan van het huidige registratiesysteem zwaarder dan het belang van [verzoeker].

1.15 Bij beschikking van 1 juni 2005 heeft de rechtbank het verzoek afgewezen.

1.16 [Verzoeker] is van deze beschikking onder aanvoering van drie grieven (gronden) in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Arnhem. Hij heeft daarbij verzocht de beschikking van de rechtbank te vernietigen en opnieuw rechtdoende bij uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking te bepalen dat de geslachtsaanduiding in [verzoekers] geboorteakte wordt doorgehaald zonder dat daarin een nieuwe geslachtsaanduiding wordt vermeld.

1.17 De gemeente Enschede heeft het beroep bestreden.

1.18 Na behandeling van de zaak op 20 oktober 2005 in aanwezigheid van de advocaat van [verzoeker], heeft het hof bij beschikking van 15 november 2005 de beschikking van de rechtbank van 1 juni 2005 bekrachtigd.

1.19 [Verzoeker] heeft tegen deze beschikking tijdig(8) beroep in cassatie ingesteld. De gemeente Enschede heeft een verweerschrift in cassatie ingediend.

2. Algemeen deel

2.1 Alvorens op het cassatiemiddel in te gaan, zal ik in dit algemeen deel een schets geven van (A) de wettelijke regeling met betrekking tot (de registers van) de burgerlijke stand, (B) de wet houdende nadere regelen ten behoeve van transsexuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunnen in de akte van geboorte en (C) de jurisprudentie op art. 8 EVRM.

Terminologie interseksueel en niet-geseksueerd

2.2 Om verwarring te voorkomen zij er op gewezen dat [verzoeker], waar hij zichzelf typeert als 'interseksueel' alsook in de overige gevallen waarin hij deze term hanteert, daaraan een andere betekenis toekent dan wordt gedaan door de Nederlandse wetgever, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens alsmede in de (medische) literatuur.

2.3 Bij de behandeling van het hierna te bespreken wetsvoorstel 17 297 betreffende het recht van transsexuelen om, indien aan de gestelde voorwaarden is voldaan, de geslachtsaanduiding in de geboorteakte te laten wijzigen, heeft de wetgever de volgende betekenis van 'interseksuelen' gehanteerd:

"Uit het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat een absoluut voor alle individuen geldend geslachts criterium niet bestaat. Bij de vaststelling van het geslacht aan de hand van de bovengenoemde somatische criteria kan een aantal personen niet onder de tweedeling man-vrouw

worden gebracht. Hiertoe behoren de mensen die bekend staan onder de verzamelnaam <> en de jongens die worden geboren met een vergaande vorm van hypospadie. Onder <> worden verstaan personen die tegelijkertijd geslachtelijke kenmerken van beide seksen bezitten. Somatisch gezien is het lichamelijke geslacht van interseksuelen niet volledig mannelijk of volledig vrouwelijk."(9)

2.4 Deze invulling van het begrip 'interseksualiteit' is gelijk aan die van Pinkhof Geneeskundig woordenboek(10), waarin de volgende definitie is opgenomen:

"aanwezigheid van vrouwelijke en mannelijke organen (in wisselende proporties) in één individu."

In Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal(11) wordt het begrip 'interseksueel' als synoniem gebruikt voor 'hermafrodit' of 'tweeslachtige', dus voor iemand die de fysieke kenmerken van twee geslachten in zich draagt.

2.5 Het EHRM heeft 'interseksualiteit' in zijn arrest I. tegen het Verenigd Koninkrijk omschreven als een situatie waarin "biological criteria at birth are not congruent"(12).

2.6 [Verzoeker] reserveert deze term echter, vrij vertaald, voor degenen die op psychologische gronden tot de vaste overtuiging zijn gekomen dat zij tot geen der beide seksen behoren, ongeacht of zij ook de fysieke kenmerken van beide geslachten in zich verenigen. [Verzoeker] omschrijft het diepgewortelde gevoel tot geen der beide seksen te behoren echter tevens met de term 'niet-geseksueerdheid'.

2.7 Ik zal hierna met de term 'interseksualiteit' aansluiten bij de door de wetgever omschreven situatie, terwijl in het geval als door [verzoeker] bedoeld de term 'niet-geseksueerdheid' zal worden gebruikt.

A. Wettelijke regeling met betrekking tot de burgerlijke stand

2.8 De maatschappij heeft belang bij een goed geordende registratie van geboorte, erkenning, huwelijk, echtscheiding en overlijden, waardoor inzicht en zekerheid kan worden verschaft ten aanzien van de staat van personen(13). De burgerlijke stand voorziet in deze behoefte aan registratie. Daarnaast heeft de burgerlijke stand ten doel aan de akten bewijskracht te verlenen(14). Zo bepaalt art. 1:22 lid 1 BW bijvoorbeeld dat de akte van geboorte tegenover een ieder het bewijs oplevert dat op de dag, de plaats en het tijdstip, vermeld in de akte, uit de in de akte genoemde moeder een kind van het in de akte vermelde geslacht is geboren. Aan de authentieke afschriften en uittreksels die door een ieder, na een daartoe strekkend verzoek, kunnen worden verkregen, komt dezelfde bewijskracht toe.

De burgerlijke stand dient aldus het algemeen belang.

2.9 Het begrip 'burgerlijke stand' is een vertaling van het Franse begrip 'état civil'(15), dat werd gebruikt ter aanduiding van de staat der natuurlijke personen. Totdat in 1811 de Code Napoleon in werking trad, kende Nederland geen algemene registratie van de aard en de omvang die de burgerlijke stand nu biedt(16). Voor die tijd was de registratie van geboorten en sterfgevallen in handen van geestelijken.

De invoering van het Burgerlijk Wetboek op 1 oktober 1838 heeft nauwelijks verandering gebracht in de regeling van de burgerlijke stand(17).

2.10 Sinds de in werking treding op 1 januari 1970 van het NBW behelst de wet slechts de essentialia van de regeling van de burgerlijke stand en is de uitwerking van de meer technische bijzonderheden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur, te weten het Besluit Burgerlijke Stand (BBS 1969)(18). Op 1 januari 1995 is titel 4 van boek 1 vervolgens ingrijpend veranderd en is het Besluit burgerlijke stand 1994(19), Bbs 1994, in werking getreden.

Thans is de regeling van de burgerlijke stand verspreid over het Burgerlijk Wetboek en een tweetal algemene maatregelen van bestuur, het Bbs 1994 en het Besluit bijzondere akten van de Burgerlijke stand (BBABS)(20). Het Bbs 1994 behelst onder meer nauwkeurige voorschriften met betrekking tot de inhoud en de opmaak van de verschillende akten.

2.11 De wet geeft een limitatieve opsomming van de voor inschrijving vatbare akten(21). Deze akten worden opgenomen in de registers van de burgerlijke stand. Iedere gemeente houdt ingevolge art. 1:17 BW een aantal afzonderlijke registers van de burgerlijke stand, te weten: een register van geboorten, van huwelijken, van geregistreerde partnerschappen en van sterfgevallen. De ambtelijke vastlegging van deze gegevens werd dusdanig zwaarwichtig geacht dat de toenmalige regering het noodzakelijk vond voor te schrijven welke registers de gemeenten dienden te houden en wat zij daarin dienden op te nemen(22).

2.12 De wet schrijft voorts niet alleen voor dat er in elke gemeente ambtenaren van de burgerlijke stand zijn (art. 1:16 BW), maar ook dat het niet ter vrije discretie van dezen staat om te bepalen op welke wijze de akten worden ingericht en wat daarin wordt opgenomen. Art. 1:18 BW bepaalt in dit verband in het eerste lid dat de ambtenaar van de burgerlijke stand alleen datgene in de akten mag opnemen wat ingevolge "het bij of krachtens de wet bepaalde moet worden verklaard of opgenomen" en bevat vervolgens in het derde lid het voorschrift dat bij algemene maatregel van bestuur al datgene wordt geregeld dat het opmaken van akten betreft. De hier bedoelde regeling is het Bbs 1994, waarin de desbetreffende voorschriften zijn te vinden in art. 15 e.v. Ingevolge art. 15 Bbs 1994 bevatten de akten geen andere gegevens dan die, welke zijn vermeld in hoofdstuk 2 van het Bbs. Dit hoofdstuk (art. 36 e.v.) omvat gedetailleerde bepalingen over de inhoud en de indeling van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand op te maken akten en de hierop betrekking hebbende latere vermeldingen.

2.13 Art. 43 lid 1 en onder e Bbs 1994 bepaalt dat de akte van geboorte in het eerste gedeelte het geslacht van het kind vermeldt. Daarbij baseert de ambtenaar van de burgerlijke stand zich op de bij de aangifte van de geboorte over te leggen verklaring van een arts of een verloskundige waarin het geslacht van het kind is weergegeven (art. 27 Bbs 1994)(23).

Deze vermelding is dus een essentieel element van de geboorteakte. Art. 18 lid 5 Bbs 1994 bepaalt dat het geslacht wordt weergegeven met de tekst: "F(24) (vrouwelijk)" of "M (mannelijk)". Wordt de 'kunne' niet in de akte weergegeven, dan is de akte niet rechtsgeldig(25).

2.14 De geboorteakte vormt een momentopname van de feiten die bij geboorte zijn gebleken(26). In sommige gevallen is het geslacht van het kind twijfelachtig. Indien daarover twijfel bestaat - het betreft in een dergelijk geval uiteraard fysieke criteria -, wordt een geboorteakte opgemaakt waarin wordt vermeld dat het geslacht van het kind niet is kunnen worden vastgesteld (art. 1:19d lid 1 BW in verbinding met art. 45 lid 1 Bbs 1994). Is er na drie maanden nog geen medische verklaring overgelegd waaruit kan worden opgemaakt tot welke sekse het kind behoort of blijkt uit de aangeleverde medische verklaring dat niet kan worden vastgesteld tot welk geslacht het kind moet worden gerekend, dan vermeldt de nieuwe geboorteakte, op grond van art. 1:19d BW in verbinding met art. 45 lid 2 Bbs 1994, dat het geslacht van het kind niet is kunnen worden vastgesteld. Het Burgerlijk Wetboek noch het Bbs 1994 voorziet derhalve in de mogelijkheid dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de geslachtsaanduiding achterwege laat.

2.15 Art. 1:20 BW geeft de ambtenaar van de burgerlijke stand de mogelijkheid vermeldingen toe te voegen aan de onder hem berustende akten. Deze latere vermeldingen mogen echter geen andere gegevens bevatten dan die welke zijn vermeld in hoofdstuk 2 van het Bbs 1994 (art. 15 lid 2 Bbs 1994).

2.16 Indien een akte een misslag bevat, kan zij, na een daartoe strekkend verzoek van een belanghebbende of van de officier van justitie, krachtens art. 1:24 lid 1 BW, op last van de rechter worden aangepast.

B. De wet houdende nadere regelen ten behoeve van transsexuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunnen in de akte van geboorte

2.17 Op 1 augustus 1985 is de wet houdende "nadere regelen ten behoeve van transsexuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunnen in de akte van geboorte", in werking getreden (art. 1:28 tot en met 28c BW)(27). Voordat deze wettelijke regeling van kracht werd, is de rechter een aantal keren verzocht te gelasten dat de geslachtsaanduiding in de geboorteakte zal worden gewijzigd omdat de vermelding van de kunne onjuist zou zijn en dus zou getuigen van een misslag(28). Directe aanleiding tot deze wetgeving zijn de beschikkingen (beide op voordracht en vordering tot cassatie in

het belang der wet) van de Hoge Raad van 13 december 1973, NJ 1975, 130 m.nt. EAAL en met zoveel woorden die van 3 januari 1975, NJ 1975, 187 m.nt. EAAL(29).

2.18 In eerstgenoemde zaak was om verbetering van de geboorteakte verzocht, in de eerste plaats op de grond dat de geboorteakte onvolledig zou zijn, omdat geen melding werd gemaakt van een geslachtsverandering die na verzoekers geboorte had plaatsgevonden, en in de tweede plaats omdat de geboorteakte een misslag zou bevatten nu de geboorteakte in strijd met de realiteit vermeldde dat de betreffende persoon nog steeds van het mannelijke geslacht was. Nadat de rechtbank het verzoek had afgewezen en het hof het verzoek had toegewezen, heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden cassatie in het belang der wet ingesteld. De Hoge Raad achtte het middel gegrond en overwoog daartoe het volgende:

"dat het Hof heeft geoordeeld dat het geslacht van R. tijdens zijn geboorte mannelijk was en dat dit thans vrouwelijk is;
dat het Hof daaruit terecht de conclusie heeft getrokken dat de geboorteakte het geslacht van verzoeker ten tijde van de geboorte juist heeft vermeld, zodat van een misslag ten aanzien van de vermelding van verzoekers geslacht in de geboorteakte geen sprake is geweest(30);
dat daaruit echter volgt dat voor verbetering van de geboorteakte, als bedoeld in art. 29 van Boek 1 BW (oud, thans art. 1:24 BW, toevoeging W-vG), geen plaats is;
dat toch de geboorte-akte - die zowel krachtens art. 31-oud, aanhef en sub 2*, als krachtens art. 17 lid 1 sub d van boek 1 "de kunne van het kind" moet vermelden - volgens art. 26 lid 1 ten aanzien van een ieder bewijst dat op de in de akte vermelde plaats, dag en uur uit de daarin genoemde moeder een kind van de "daarin vermelde kunne" is geboren;
dat met de "kunne van het kind" niet anders bedoeld kan zijn dan de kunne van het kind ten tijde van de geboorte; dat, nu in de onderhavige geboorteakte dit gegeven juist is vermeld, voor een verbetering als bedoeld in art. 29 (oud, thans art. 1:24 BW, toevoeging W-vG) geen grond is;
dat de wet geen voorziening kent welke het mogelijk maakt om een wijziging van het geslacht, als waarvan te dezen naar 's Hofs oordeel sprake is, in de registers van de burgerlijke stand te vermelden;
dat toch in de registers van de burgerlijke stand alleen die gegevens behoren te worden opgenomen welke daarin volgens de desbetreffende wettelijke bepalingen moeten voorkomen en de wet geen bepaling kent volgens welke een geslachtsverandering als gegeven in de registers van de burgerlijke stand moet worden verwerkt;
dat in het bijzonder tot de rechterlijke uitspraken waarvan volgens de wet inschrijving moet geschieden (art. 21 lid 1) niet behoort een rechterlijke uitspraak waarbij een geslachtsverandering als hier bedoeld is vastgesteld;"

2.19 Ook in de zaak die leidde tot de beslissing van de Hoge Raad van 3 januari 1975, NJ 1975, 187 was sprake van transseksualiteit en had het hof geoordeeld dat van een misslag kan worden gesproken indien moet worden aangenomen dat een persoon ten tijde van zijn geboorte tot het geslacht behoorde dat niet in de geboorteakte is vermeld. De Hoge Raad oordeelde dat de wet geen aanknopingspunt biedt voor een vaststelling van het in de geboorteakte te vermelden geslacht van het kind achtereenvolgens naar tweeërlei kenmerken, eerst bij de geboorte naar de uiterlijk waarneembare en achteraf, maar met terugwerkende kracht tot de geboorte, naar uiterlijk niet waarneembare, door deskundigen aan de rechter kenbaar gemaakte kenmerken. Volgens de Hoge Raad zou de opvatting van het hof afbreuk doen aan de rechtszekerheid die de registers van de burgerlijke stand beogen te bieden, en met name aan de bewijskracht, die de geboorteakte ten aanzien van een ieder heeft, juist ook met betrekking tot de daarin vermelde kunne van het kind. De Hoge Raad vernietigde de beslissing van het hof na te hebben overwogen:

"dat alleen de wetgever bij machte is, op gronden als in dit geding door het Hof aanvaard een aanvulling van de registers van de Burgerlijke Stand - onder de nodige waarborgen en met uitsluiting of beperking van terugwerkende kracht - mogelijk te maken;"

2.20 Uit deze beschikking komt nadrukkelijk naar voren dat de geslachtsregistratie bij geboorte plaats vindt op basis van uiterlijke geslachtskenmerken(31). Zoals de Hoge Raad met zoveel woorden heeft geoordeeld, was wetswijziging nodig om transseksuelen die een geslachtsveranderende operatie hebben ondergaan, uitzicht te bieden op een verandering van de geslachtsaanduiding in de akte van geboorte. Die wetswijziging is er, zoals vermeld, na een

uitgebreid en langdurig wetgevingsproces, uiteindelijk ook gekomen.

2.21 Transseksualiteit - door de wetgever omschreven als "een verschijnsel, waarbij iemand met normale in- en uitwendige geslachtsorganen van de ene sexe in de onweerlegbare overtuiging leeft tot de andere sexe te behoren, terwijl er geen ernstige psychopathologische verschijnselen in psychotische zin bestaan"(32) - is lange tijd maatschappelijk en medisch-ethisch onbegrepen en niet geaccepteerd geweest(33). Tekenend is bijvoorbeeld dat in de jaren zestig van de vorige eeuw nog werd gepleit voor justitieel ingrijpen bij een geslachtsveranderende operatie(34) en dat in de medische wereld lange tijd weerstand bestond tegen het verrichten van geslachtsveranderende operaties(35). Het fenomeen transseksualiteit is van alle tijden(36), maar de manier waarop daar tegenaan wordt gekeken, de maatschappelijke opvattingen over dit verschijnsel, zijn tot op zekere hoogte tijdgebonden(37). Volgens de wetgever zijn de opvattingen in de maatschappij in een betrekkelijk kort tijdsbestek sterk geëvolueerd(38).

2.22 De wetgever heeft ruimschoots de tijd genomen om in kaart te brengen op welke wijze de sekseverandering in de geboorteakte doorwerkt in andere deelgebieden van het recht(39). Daarbij is onder meer aandacht besteed aan de vraag of aan de sekseverandering terugwerkende moest worden verleend, of alimentatieverplichtingen in stand moesten blijven, wat de gevolgen zijn voor erkenningen en wat de consequenties zouden zijn op het punt van adopties en wat de erfrechtelijke positie is van buiten echt verwekte, niet-erkende kinderen(40). Daarnaast heeft de wetgever ook acht geslagen op de ontwikkelingen in de ons omringende landen en is verschillende instanties om advies gevraagd en zijn tevens diverse maatschappelijke kringen in de gelegenheid gesteld om hun visie naar voren te brengen(41). Aan het wetsontwerp is voorts een grondige studie van de medische aspecten van het verschijnsel transseksualiteit voorafgegaan(42).

2.23 Gelet op de belangrijke maatschappelijke en juridische gevolgen die aan de wijziging van de geslachtsaanduiding zijn verbonden, was het volgens de wetgever van groot belang dat de criteria op grond waarvan de rechter het verzoek om wijziging van de geslachtsaanduiding moet beoordelen, hem de redelijke zekerheid bieden dat het verzoek om aanpassing terecht is gedaan en dat de betrokkene niet op zijn verzoek zal terugkomen(43). De wetgever heeft daarbij benadrukt dat het niet de opzet van de regeling is dat de rechter een uitspraak doet over de vraag of een persoon man of vrouw is.

2.24 De aan een verzoek tot wijziging van de geslachtsaanduiding te stellen voorwaarden (art. 1:28a BW) zijn in de parlementaire behandeling uitgebreid aan de orde gekomen. Nu geslachtelijke differentiatie, aldus de minister, een kwestie is die de openbare orde en zeden raakt, is de onwrikbare overtuiging tot het andere geslacht te behoren alleen niet voldoende geacht(44). Met betrekking tot de overige voorwaarden voor wijziging van de geslachtsaanduiding heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de medisch-psychische criteria die worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of de betrokkene in medisch opzicht als transseksueel kan worden aangemerkt(45).

2.25 Het uitgangspunt van het wetsontwerp is dat bij de geboorteaangifte het geslacht van het kind in beginsel met zekerheid kan worden vastgesteld op grond van de uiterlijke geslachtskenmerken. Voor die gevallen waarin het op grond van deze somatische criteria vastgestelde geslacht afwijkt van het door het psychische criterium bepaalde geslacht voorziet het wetsontwerp in de mogelijkheid tot wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte. Daarbij zit de gedachte voor dat in deze gevallen het criterium van de genderidentiteit moet prevaleren boven de andere criteria(46).

2.26 Volgens de wetgever moet 'transseksualiteit' worden onderscheiden van 'interseksualiteit', nu de transseksueel in tegenstelling tot de interseksueel in "chromosomaal, gonadaal en genitaal opzicht onmiskenbaar óf een man óf een vrouw" is(47). Interseksuele personen van wie op een gegeven moment blijkt dat zij tot een ander geslacht behoren dan het geslacht dat hen bij geboorte in de geboorteakte is toegedicht en waarvan zij toentertijd (naast die van het andere geslacht) de somatische geslachtskenmerken bezaten, of die voor een ander geslacht kiezen, hebben de mogelijkheid om langs de weg van (thans) art. 1:24 BW (toentertijd art. 1:29 BW) om aanpassing van de registratie van de 'kunne' te verzoeken op de grond dat er sprake is van een misslag(48).

2.27 Van een misslag in de zin van art. 1:24 BW is geen sprake in die gevallen waarin iemand als gevolg van transseksualiteit tot een ander geslacht behoort dan het geslacht dat is vermeld in de geboorteakte. De in het leven geroepen wettelijke regeling van de geslachtsaanduiding van

transseksuelen berust dan ook op de gedachte dat sprake is van een wetenschappelijk erkende, therapeutisch verantwoorde ingreep, die in de administratieve aanpassing zijn sluitstuk en bevestiging vindt. De minister verwoordde de ratio en uitwerking van de aanpassing van de geboorteakte aan de sekseverandering van transseksuelen als volgt:

"Zoals uit het vorenstaande blijkt, heeft aan de acceptatie van geslachtstransformerende operaties niet de gedachte ten grondslag gelegen dat elk mens vrij is te beschikken over zijn lichaam, maar het op wetenschappelijk onderzoek en ervaring gebaseerde oordeel dat somatische aanpassing een therapeutisch verantwoorde ingreep is, waardoor het lijden van transsexuelen aanzienlijk kan worden verzacht.

(...)

De administratieve aanpassing strekt er toe de door de transsexueel gevoelde genderidentiteit ook in de geboorteakte tot uitdrukking te brengen. Door de somatische aanpassing heeft de transsexueel - voor zover mogelijk - de uiterlijke kenmerken verkregen van de sekse waartoe hij de overtuiging heeft te behoren. De administratieve wijziging is dan ook bedoeld om de geslachtsaanduiding in de geboorteakte, die niet meer overeenstemt met de feitelijke bestaande toestand, daaraan aan te passen.

(...)

De administratieve aanpassing, die de genderidentiteit van de transsexueel bevestigt en te beschouwen is als een psycho-sociale component van de medische behandeling, is een zeer belangrijk middel om de transsexueel in staat te stellen zich in de maatschappij zo goed mogelijk te ontplooien."(49)

Tussenconclusie

2.28 In de eerste plaats blijkt uit de hiervoor genoemde beschikkingen van de Hoge Raad alsmede uit de hiervoor weergegeven parlementaire behandeling van wetsvoorstel 17 297 dat de regeling van verbetering van een misslag van art. 1:24 BW slechts toepasselijk is op 'interseksuelen' als gedefinieerd onder 2.3-2.6 en niet op transseksuelen en mitsdien ook geen toepassing vindt ten aanzien van 'niet-geseksueerden'.

2.29 In de tweede plaats maken verschillende passages uit de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 17 297 duidelijk dat de wetgever zich op het standpunt stelt dat ieder mens ofwel als man ofwel als vrouw moet worden geregistreerd. Dit blijkt reeds uit de verplichting voor de ambtenaar van de burgerlijke stand om - de hiervoor onder 2.14 vermelde uitzondering daargelaten - de 'kunne' van het geboren kind in de geboorteakte te vermelden, welke verplichting tijdens de parlementaire behandeling van de regeling voor transseksuelen als volgt is onderstreept:

"Het voorstel van mr. F.A. van der Reijt om in de geboorteakte het geslacht niet te vermelden en aan de betrokkene een keuzemogelijkheid te geven onderschrijf ik niet. Ik ben van mening dat een dergelijk stelsel alleen maar tot zekerheid (bedoeld wordt uiteraard "onzekerheid", toevoeging W-vG) zal leiden, zowel voor de persoon in kwestie als voor derden. Met de vermelding van het geslacht in de geboorteakte wordt immers beoogd het maatschappelijk leven te ordenen en de rechtsbetrekkingen tussen individuen te regelen. Bovendien is mij niet gebleken dat aan het huidige - in artikel 17 Boek 1 BW - neergelegde stelsel zoveel bezwaren kleven dat aan een andere inrichting van de geboorteakte behoefte bestaat."(50)

Weliswaar zijn de opvattingen over de inrichting van de burgerlijke stand tot op zekere hoogte tijdgebonden, maar er zijn geen aanwijzingen dat de wetgever er op dit punt thans anders over denkt.

2.30 Uit deze wetsgeschiedenis blijkt in de derde plaats dat om het onderhavige verzoek in te willigen het stelsel van de wet ingrijpend dient te worden gewijzigd, hetgeen een zeer zorgvuldig wetgevingstraject vereist, waarin de medische, medisch-psychologische, medisch-ethische, sociale en juridische facetten van deze problematiek tegen het licht worden gehouden en waarin nauwkeurig in kaart is gebracht welke juridische consequenties uit een dergelijke uitbreiding van de registratie voortvloeien. De wetgever zal bovendien heldere criteria moeten formuleren voor de onderbouwing van het verzoek. In dit kader zal mede acht moeten worden geslagen op de wetgeving in de ons omringende landen en op de gevolgen van dergelijke wetgeving voor de verplichtingen die voortvloeien uit internationale verdragen.

2.31 M.i. betreft het onderhavige verzoek een problematiek die de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat(51).

C. Art. 8 EVRM

2.32 Om te kunnen beoordelen of art. 8 EVRM wordt geschonden doordat de Nederlandse wetgeving in de weg staat aan doorhaling van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van degene die tot de overtuiging is gekomen dat hij tot geen der beide seksen behoort, zal hieronder worden ingegaan op de betekenis van dit artikel.

2.33 Art. 8 lid 1 EVRM bepaalt - voorzover thans van belang - dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privé leven. Op grond van het tweede lid is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van rechten en vrijheden van anderen.

Privé leven en respect daarvoor

2.34 "Privé leven" in de zin van art. 8 EVRM is een ruim begrip dat zich niet leent voor een uitputtende definitie en met de tijd evolueert(52). In een reeks van uitspraken heeft het EVRM privé leven gedefinieerd als:

"a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. It can sometimes embrace aspects of an individual and social identity. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere, protected by Article 8."(53)

2.35 In het Handboek EVRM wordt art. 8 EVRM dan ook als volgt gekarakteriseerd:

"Art. 8 EVRM vormt een normatief open bepaling, die verwijst naar een niet door het rechtssysteem gecreëerde, maar daaraan voorgegeven persoonlijke en/of maatschappelijke realiteit(54). Art. 8 EVRM somt een 'aantal' rechten op die raken aan de individualiteit van de burger, en waarvan de bescherming een ontplooiing van zijn persoonlijkheid en zijn welzijn moet garanderen."(55)

2.36 Ook de betekenis van het begrip 'respect' is, evenals de positieve verplichting die daarin besloten ligt, niet steeds eenduidig, maar moet van geval tot geval worden beoordeeld. Volgens het EHRM moet om vast te stellen of het recht op respect voor privé leven in een concreet geval een dergelijke positieve verplichting behelst, rekening worden gehouden met een juist evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu, zoals blijkt uit de volgende rechtsoverweging van het EHRM:

"44. La notion de "respect" inscrite à l'article 8 (art. 8), la Cour le rappelle d'emblée, manque de netteté. Il en va surtout ainsi quand il s'agit, comme en l'occurrence (arrêts Rees et Cossey c. Royaume-Uni des 17 octobre 1986 et 27 septembre 1990, série A no 106, p. 14, par. 35, et no 184, p. 15, par. 36), des obligations positives qu'elle implique, ses exigences variant beaucoup d'un cas à l'autre selon les pratiques suivies et les conditions régnant dans les États contractants. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu."(56)

Positieve verplichting

2.37 Art. 8 EVRM heeft in de eerst plaats tot doel dat een ieders recht op een privé leven door de overheid wordt beschermd. Daarnaast vloeit voor de staat uit deze bepaling de positieve verplichting voort om het recht op respect voor die rechten daadwerkelijk te effectueren(57). Deze zaak betreft een dergelijke positieve verplichting, te weten of van de staat mag worden verwacht dat hij stappen zet om volledige doorhaling van de sekse aanduiding in de geboorteakte mogelijk te

maken. Het gaat dus om de vraag of, zoals het EHRM het formuleert:

"the respondent State has failed to comply with a positive obligation to ensure respect for their rights to respect for their private lives."(58)

2.38 Nu het begrip 'respect' in het bijzonder waar het mogelijkwerijs daaruit voortvloeiende positieve verplichtingen betreft, niet duidelijk is afgebakend, komt aan de staten een ruime beoordelingsvrijheid toe, of zoals het EHRM dit verwoordt:

"Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals (...)."(59)

Daarbij heeft te gelden dat geen enkel grondrecht absolute gelding geniet, maar dat elk grondrecht zijn grens vindt waar de vrijheden van anderen of het algemeen belang in het gedrang dreigen te komen(60).

2.39 Voor de interpretatie van art. 8 EVRM is voorts van belang dat in het oog wordt gehouden dat het EVRM geen statisch verdrag is, maar, zoals het EHRM dit betitelt:

"a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions."(61)

Dit brengt volgens het EHRM "a dynamic and evolutive approach" van het verdrag mee. Het hof overwoog dienaangaande:

"While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases (see, for example, *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I, § 70). However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (see, amongst other authorities, the *Cossey* judgment, p. 14, § 35, and *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, judgment of 28 May 2002, to be published in ECHR 2002-, §§ 67-68). It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement (...)."(62)

2.40 Een dergelijke uitlegmethode kan evenwel niet tot gevolg hebben dat aan het EVRM een recht wordt ontleend dat daarin niet reeds besloten ligt(63). In dit verband zij er op gewezen dat een aantal rechters van het EHRM in een joint dissenting opinion onder de aandacht heeft gebracht dat de evolutieve of dynamische interpretatie van de conventie voldoende basis moet vinden in veranderende omstandigheden binnen de samenlevingen van de verdragsstaten, waaronder een groeiende consensus over de aan te leggen maatstaven(64).

2.41 Aan het EHRM is tot heden niet de vraag voorgelegd of op een verdragsstaat uit hoofde van art. 8 EVRM de verplichting rust om degenen die tot de overtuiging zijn gekomen dat zij tot geen der beide seksen behoren (door aanpassing van de regelgeving) de mogelijkheid te bieden om de geslachtsaanduiding in hun geboorteakte te laten verwijderen zonder dat er een nieuwe geslachtsaanduiding voor in de plaats komt.

Om te bepalen of in dit geval een dergelijke positieve verplichting bestaat, zal derhalve acht moeten worden geslagen op jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van enigszins verwante kwesties, zoals bijvoorbeeld juridische erkenning van transseksualiteit. De desbetreffende uitspraken hebben veelal betrekking op een afwijzing door de nationale rechter van het verzoek om de geboorteakte aan te passen aan de geslachtsverandering die een transseksueel heeft ondergaan. Uit die jurisprudentie kan worden afgeleid op welke wijze een kwestie als deze moet worden benaderd.

2.42 Het gaat daarbij om de zaken EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81 (Rees tegen het Verenigd Koninkrijk), EHRM 27 september 1990, nr. 10843/84 (*Cossey* tegen het Verenigd Koninkrijk), EHRM

25 maart 1992, nr. 13343/87 (B. tegen Frankrijk), EHRM 30 juli 1998, nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019 (Sheffield en Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 11 juli 2002, 28957/95 (Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk).

Daaraan vooraf ging de zaak Oosterwijck tegen België, waarin de commissie (unaniem) tot de conclusie kwam dat er in dit geval, waarin het verzoek van Oosterwijck tot aanpassing van de geboorteakte aan de sekseverandering die zij had ondergaan in eerste aanleg en appel door de nationale rechter was afgewezen, sprake was van een schending van art. 8 EVRM(65). Het EHRM kwam in deze zaak niet aan een inhoudelijke beoordeling toe, omdat de nationale rechtsmiddelen niet waren uitgeput en het verzoek daarom niet in behandeling kon worden genomen.

2.43 De zaak Rees tegen het Verenigd Koninkrijk uit 1986 had ook betrekking op een weigering tot aanpassing van de geboorteakte aan de sekseverandering. Bij zijn beoordeling van de klacht heeft het EHRM veel gewicht toegekend aan de rechtsontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk en in de overige verdragsstaten alsook aan de (rechts)gevolgen die de verzochte juridische erkenning binnen verschillende contexten met zich mee zou brengen. Dit blijkt onder meer uit de volgende rechtsoverwegingen van het EHRM:

"These observations are particularly relevant here. Several States have, through legislation or by means of legal interpretation or by administrative practice, given transsexuals the option of changing their personal status to fit their newly-gained identity. They have, however, made this option subject to conditions of varying strictness and retained a number of express reservations (for example, as to previously incurred obligations). In other States, such an option does not - or does not yet - exist. It would therefore be true to say that there is at present little common ground between the Contracting States in this area and that, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation.
(...)

Transsexualism is not a new condition, but its particular features have been identified and examined only fairly recently. The developments that have taken place in consequence of these studies have been largely promoted by experts in the medical and scientific fields who have drawn attention to the considerable problems experienced by the individuals concerned and found it possible to alleviate them by means of medical and surgical treatment.
(...)

It is also clear that the United Kingdom does not recognise the applicant as a man for all social purposes. Thus, it would appear that, at the present stage of the development of United Kingdom law, he would be regarded as a woman, inter alia, as far as marriage, pension rights and certain employments are concerned (...).
(...)

Albeit with delay and some misgivings on the part of the authorities, the United Kingdom has endeavoured to meet the applicant's demands to the fullest extent that its system allowed. The alleged lack of respect therefore seems to come down to a refusal to establish a type of documentation showing, and constituting proof of, current civil status. The introduction of such a system has not hitherto been considered necessary in the United Kingdom. It would have important administrative consequences and would impose new duties on the rest of the population. The governing authorities in the United Kingdom are fully entitled, in the exercise of their margin of appreciation, to take account of the requirements of the situation pertaining there in determining what measures to adopt. While the requirement of striking a fair balance, as developed in paragraph 37 above, may possibly, in the interests of persons in the applicant's situation, call for incidental adjustments to the existing system, it cannot give rise to any direct obligation on the United Kingdom to alter the very basis thereof.
(...)

In order to overcome these difficulties there would have to be detailed legislation as to the effects of the change in various contexts and as to the circumstances in which secrecy should yield to the public interest. Having regard to the wide margin of appreciation to be afforded the State in this area and to the relevance of protecting the interests of others in striking the requisite balance, the positive obligations arising from Article 8 (art. 8) cannot be held to extend that far.
(...)

That being so, it must for the time being be left to the respondent State to determine to what extent it can meet the remaining demands of transsexuals. However, the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. The Convention has always to be

interpreted and applied in the light of current circumstances (see, *mutatis mutandis*, amongst others, the Dudgeon judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 23-24, paragraph 60). The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments."

2.44 Het EHRM heeft aan het slot van het arrest benadrukt dat oog moet worden gehouden voor wetenschappelijke en maatschappelijke ontwikkelingen op dit vlak, waarmee het EHRM te kennen heeft gegeven dat het wellicht na verloop van tijd, als zich op deze terreinen de nodige ontwikkelingen hebben voorgedaan, anders zal oordelen over een klacht als deze.

2.45 Dat was nog niet het geval in de zaak Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk uit 1990, die in grote lijnen overeenkomt met de zaak Rees. Het EHRM concludeerde dat er weliswaar sinds 1986 zekere ontwikkelingen waren opgetreden in de wetgeving van enkele verdragsstaten, maar dat niettemin "the same diversity of practice" bestond als ten tijde van het Rees-arrest. De uitkomst en de motivering van deze zaak waren in hoofdlijnen hetzelfde als in de Rees-zaak, maar de getalsverhouding tussen rechters die meenden dat er wel en de rechters die meenden dat er geen sprake was van een schending van art. 8 EVRM was gewijzigd ten faveure van de voorstanders van een regeling voor transseksuelen.

2.46 In de zaak B. tegen Frankrijk - het betrof wederom afwijzing van een verzoek om de geslachtsaanduiding in de geboorteakte in overeenstemming te brengen met de tot stand gebrachte sekseverandering - kwam het EHRM op 25 maart 1992 ineens wel tot de conclusie dat art. 8 EVRM was geschonden. Deze uitspraak was veeleer ingegeven door de rechtsontwikkelingen binnen Frankrijk dan door een bijstelling van de visie van het EHRM of door een significante evolutie binnen de medische wetenschap of binnen het recht van de verschillende verdragsstaten, zoals ook blijkt uit de volgende rechtsoverweging:

"A ces divers égards, il ne règne pas encore entre les États membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour amener la Cour à des conclusions opposées à celles de ses arrêts Rees et Cossey."

2.47 In de zaak Sheffield en Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk uit 1998 was een krappe meerderheid van het EHRM (11-9) nog van oordeel dat aan een geslaagd beroep op art. 8 EVRM in de weg stond dat er binnen wetenschappelijke kringen nog steeds twijfels bestonden over de oorzaken voor het fenomeen transseksualiteit en dat er nog steeds geen algemeen gedeelde benadering was van de complexe wetenschappelijke, juridische, morele en sociale problemen die samenhangen met transseksualiteit. Het Hof overwoog als volgt:

"In the view of the Court, the applicants have not shown that since the date of adoption of its Cossey judgment in 1990 there have been any findings in the area of medical science which settle conclusively the doubts concerning the causes of the condition of transsexualism. While Professor Gooren's research into the role of the brain in conditioning transsexualism may be seen as an important contribution to the debate in this area (see paragraph 43 above), it cannot be said that his views enjoy the universal support of the medico-scientific profession. Accordingly, the non-acceptance by the authorities of the respondent State for the time being of the sex of the brain as a crucial determinant of gender cannot be criticised as being unreasonable. The Court would add that, as at the time of adoption of the Cossey judgment, it still remains established that gender reassignment surgery does not result in the acquisition of all the biological characteristics of the other sex despite the increased scientific advances in the handling of gender reassignment procedures.

(...)

57. As to legal developments in this area, the Court has examined the comparative study which has been submitted by Liberty (see paragraph 35 above). However, the Court is not fully satisfied that the legislative trends outlined by amicus suffice to establish the existence of any common European approach to the problems created by the recognition in law of post-operative gender status. In particular, the survey does not indicate that there is as yet any common approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection, or the circumstances in which a transsexual may be compelled by law to reveal his or her pre-operative gender.

58. The Court is accordingly not persuaded that it should depart from its Rees and Cossey decisions

and conclude that on the basis of scientific and legal developments alone the respondent State can no longer rely on a margin of appreciation to defend its continuing refusal to recognise in law a transsexual's post-operative gender. For the Court, it continues to be the case that transsexualism raises complex scientific, legal, moral and social issues, in respect of which there is no generally shared approach among the Contracting States (...)."(66)

2.48 In zijn dissenting opinion signaleerde Van Dijk dat het Verenigd Koninkrijk toentertijd de enige lidstaat was die (nog) geen volledige juridische erkenning verleende aan transseksuelen. Hij schrijft hierover onder meer:

"3. As far as the legal status of transsexuals is concerned, one cannot say that landslide changes have taken place in the member States of the Council of Europe since the Court gave judgment in the Cossey case. However, at the very least, there has been a steady development in the direction of fuller legal recognition and there is no sign of any retreat in that respect. Among the member States of the Council of Europe which allow the surgical reassignment of sex to be performed on their territories, the United Kingdom appears to be the only State that does not recognise the legal implications of the result to which the treatment leads.

The recommendations and resolutions of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the European Parliament, although not legally binding, are also indicative of the same trend towards legal recognition and of the growing awareness that post-operative transsexuals are entitled to such recognition.

(...)

Thirdly, and most importantly, what is at stake here is the fundamental right to self-determination: if a person feels that he belongs to a sex other than the one originally registered and has undergone treatment to obtain the features of that other sex to the extent medically possible, he is entitled to legal recognition of the sex that in his conviction best responds to his identity. The right to self-determination has not been separately and expressly included in the Convention, but is at the basis of several of the rights laid down therein, especially the right to liberty under Article 5 and the right to respect for private life under Article 8. Moreover, it is a vital element of the "inherent dignity" which, according to the Preamble to the Universal Declaration of Human Rights, constitutes the foundation of freedom, justice and peace in the world."

2.49 De ommezwaai is gekomen in het arrest *Christine Goodwin* tegen het Verenigd Koninkrijk uit 2002. In deze zaak, waarin *Christine Goodwin* zich er over beklaagde dat het niet mogelijk bleek om officiële overheidsdocumenten aan te laten passen aan de geslachtsverandering die zij had ondergaan, oordeelde het EHRM dat op het Verenigd Koninkrijk een positieve verplichting rust om volledige juridische erkenning te verlenen aan de geslachtsverandering die *Christine Goodwin* heeft ondergaan (67):

"77. It must also be recognised that serious interference with private life can arise where the state of domestic law conflicts with an important aspect of personal identity (see, *mutatis mutandis*, *Dudgeon v. the United Kingdom* judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, § 41). The stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognise the change of gender cannot, in the Court's view, be regarded as a minor inconvenience arising from a formality. A conflict between social reality and law arises which places the transsexual in an anomalous position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety.

(...)

79. The Court notes that the unsatisfactory nature of the current position and plight of transsexuals in the United Kingdom has been acknowledged in the domestic courts (see *Bellinger v. Bellinger*, cited above, paragraph 52) and by the Interdepartmental Working Group which surveyed the situation in the United Kingdom and concluded that, notwithstanding the accommodations reached in practice, transsexual people were conscious of certain problems which did not have to be faced by the majority of the population (paragraph 50 above).

80. Against these considerations, the Court has examined the countervailing arguments of a public interest nature put forward as justifying the continuation of the present situation. It observes that in the previous United Kingdom cases weight was given to medical and scientific considerations, the state of any European and international consensus and the impact of any changes to the current birth register system.

(...)

The Court is not persuaded therefore that the state of medical science or scientific knowledge provides any determining argument as regards the legal recognition of transsexuals.

(...)

In the later case of Sheffield and Horsham, the Court's judgment laid emphasis on the lack of a common European approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection. While this would appear to remain the case, the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising.

(...)

The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals.

(...)

Furthermore, the Court notes that the Government have recently issued proposals for reform which would allow ongoing amendment to civil status data (see paragraph 54). It is not convinced therefore that the need to uphold rigidly the integrity of the historic basis of the birth registration system takes on the same importance in the current climate as it did in 1986. (...)

Nonetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings (see, inter alia, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, judgment of 29 April 2002, § 62, and *Mikulic v. Croatia*, no. 53176/99, judgment of 7 February 2002, § 53, both to be published in ECHR 2002-...). In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable. Domestic recognition of this evaluation may be found in the report of the Interdepartmental Working Group and the Court of Appeal's judgment of *Bellinger v. Bellinger*.

(...)

No concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost.

(...)

Having regard to the above considerations, the Court finds that the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant. There has, accordingly, been a failure to respect her right to private life in breach of Article 8 of the Convention."(68)

2.50 Het EHRM plaatst de juridische erkenning van post-operatieve transseksuelen in deze zaak uitdrukkelijk in de sleutel van het recht op respect voor menselijke waardigheid en vrijheid. Het EHRM benadrukt ook nog eens dat wetgeving die conflicteert met een belangrijk aspect van de persoonlijke identiteit een serieuze inmenging in het (door art. 8 EVRM beschermde) privé leven oplevert. Volgens het Hof is medisch-wetenschappelijke kennis noch (andersoortige) wetenschappelijke kennis van doorslaggevende betekenis voor de juridische erkenning van transseksualiteit. Kernoverweging is m.i. dat er een continue internationale trend is, niet alleen van sociale acceptatie van transseksuelen, maar ook van juridische erkenning van de nieuwe 'geslachtelijke identiteit van post-operatieve transseksuelen'(69).

'Niet-geseksueerdheid' en privé leven

2.51 Gelet op het feit dat het begrip 'privé leven' met de tijd evolueert en de hiervoor besproken jurisprudentie in ogenschouw genomen, kan niet worden uitgesloten dat de diepgewortelde overtuiging tot geen der beide seksen te behoren tot het ingevolge art. 8 EVRM te respecteren 'privé leven' moet worden gerekend. Daaruit vloeit echter niet automatisch voort dat er (thans) op de Nederlandse staat een positieve verplichting rust om er voor zorg te dragen dat de 'niet-geseksueerden' hun geslachtsaanduiding in de geboorteakte kunnen laten doorhalen zonder dat er een nieuwe geslachtsaanduiding voor in de plaats komt.

2.52 Van een geconstateerde continue internationale trend van sociale acceptatie en juridische erkenning van het fenomeen 'niet-geseksueerdheid' is geen sprake. Een door mij op het internet uitgevoerd (geenszins als uitputtend bedoeld) onderzoek naar de stand van de wetenschap op het gebied van 'niet-geseksueerdheid' en de internationale juridische ontwikkelingen op dat terrein, leverde alleen het volgende op(70).

"Niet-geseksueerdheid" is geen volkomen onbekend fenomeen. In India en Bangladesh komt een bepaalde gemeenschap voor, aangeduid als de Hijra, die wordt gevormd door mensen die zich noch tot de mannelijke noch tot de vrouwelijke, maar tot een derde sekse rekenen(71). Zij verwerpen het gangbare maatschappijbeeld dat uitgaat van een indeling in twee geslachten. De zogeheten "third gender" is ook in Thailand geen onbekend verschijnsel(72). Het is bovendien geen recent fenomeen. In de oudheid treft men reeds verwijzingen aan naar een derde sekse, bijvoorbeeld in de Mesopotamische mythologie en in Egypte gedurende (in ieder geval) de periode van 2000 tot 1800 voor Christus.

In de verdragsstaten heb ik niet veel aandacht kunnen bespeuren voor 'niet-geseksueerdheid'. Mij is ook niet gebleken dat het in de verdragsstaten met enige regelmaat voorkomt dat mensen er van overtuigd zijn dat zij niet tot een der beide seksen, maar tot een derde sekse, behoren (waaruit ik, zo wil ik hier benadrukken, niet de conclusie wil trekken dat dit niet voorkomt, doch slechts dat dit kennelijk niet vaak in de publiciteit komt).

Ook, en belangrijker nog, ben ik niet gestuit op bronnen die aantonen dat er sprake is van een (groeierende) acceptatie van 'niet-geseksueerdheid' binnen medische kringen, onder juristen, of in de maatschappij als geheel. Enige wetenschappelijke criteria (van medisch of medisch-psychologische aard) aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of iemand als 'niet-geseksueerd' moet worden bestempeld en dat zijn overtuiging tot geen der beide seksen te behoren, als blijvend van aard mag worden beschouwd, ben ik niet tegen gekomen; ik heb zelfs niet kunnen ontdekken dat hierover wordt gediscussieerd.

2.53 Er is mij niet gebleken dat in een van de verdragsstaten van het EVRM wetgeving in voorbereiding is, die een regeling biedt voor doorhaling van de geslachtsaanduiding van 'niet-geseksueerden'. Hierover vindt, voor zover mij bekend, in Nederland net zo min als in de verdragsluitende staten een serieus discours plaats.

2.54 Er is binnen de medische wetenschap bovendien geen duidelijk en evenwichtig medisch-wetenschappelijk beeld waarop wetgeving kan worden gebaseerd. Over deze punten en ook over de medisch-therapeutische implicaties van de voorgestane wijziging van de geboorteakte, zal eerst meer klaarheid moeten komen binnen de medische wetenschap voordat ook maar kan worden overwogen om de wetgeving aan te passen.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatieverzoekschrift bevat één middel dat uiteenvalt in drie onderdelen en diverse subonderdelen.

De onderdelen 2 en 3 - onderdeel 1 bevat een inleiding - houden naar de kern genomen in dat [verzoekers] verzoek moet worden toegewezen op grond van het bepaalde in de artt. 1:24 en 1:19d BW dan wel op de voet van art. 8 EVRM, nu 'niet-geseksueerdheid' wat betreft het recht op respect voor privé leven, op één lijn moet worden gesteld met 'transseksualiteit'.

3.2 Deze onderdelen stuiten af op het voorgaande en behoeven derhalve geen afzonderlijke bespreking.

3.3 De klachten van onderdeel 4 richten zich tegen rechtsoverweging 4.9, waarin het hof als volgt

heeft geoordeeld:

"Het rapport van de Human Rights Commission San Francisco en de uitspraak van het Constitutionele Hof van Colombia hebben beiden 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 een "a continuïng international trend towards legal recognition" van interseksualiteit 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 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."

3.4 De klachten houden - zakelijk weergegeven - in dat het hof het door [verzoeker] in het geding gebrachte rapport van de Human Rights Commission San Francisco en de uitspraak van het Constitutionele Hof van Colombia onjuist heeft geïnterpreteerd, nu het hof tot het oordeel is gekomen dat het rapport noch de uitspraak betrekking heeft op 'niet-geseksueerden' en hierin derhalve, anders dan [verzoeker] betoogt, geen aanwijzing kan worden gevonden voor een bestendige internationale trend van juridische erkenning van 'niet-geseksueerdheid'.

3.5 Het onderdeel faalt.

Zowel het rapport van de Human Rights Commission San Francisco als de uitspraak van het Constitutionele Hof van Colombia zien op 'interseksualiteit' in de betekenis van het bezit van de geslachtelijke kenmerken van beide seksen bij één persoon en niet op 'interseksualiteit' in de door [verzoeker] gebruikte zin, namelijk als aanduiding voor 'niet-geseksueerdheid'. Het rapport en de uitspraak kunnen dan ook, zoals het hof terecht heeft overwogen, geen van beide dienen ter onderbouwing van [verzoekers] stelling dat er sprake is van een groeiende internationale juridische erkenning van 'niet-geseksueerdheid'. De uitleg die het hof aan het rapport en de uitspraak heeft gegeven is dan ook geenszins onbegrijpelijk.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

1 Zie de beschikking van de rechtbank Almelo van 1 juni 2005 en van het hof Arnhem van 15 november 2005. De beschikking van het hof is gepubliceerd in NJF 2006/188.

2 Enkel omwille van de duidelijkheid wordt aan [verzoeker] gerefereerd in het mannelijk enkelvoud.

3 De geboorteakte van [verzoeker] is als productie 1 gevoegd bij het beroepschrift van [verzoeker] van 21 juni 2005.

4 Zie de beschikking van de rechtbank Almelo van 21 maart 2001.

5 De beschikking van de rechtbank Almelo van 22 november 1978 is als productie 2 gevoegd bij het beroepschrift van [verzoeker] van 21 juni 2005.

6 Dit verweerschrift bevindt zich uitsluitend in het B-procesdossier.

7 Deze brief bevindt zich eveneens uitsluitend in het B-dossier.

8 Het cassatieverzoekschrift is op 14 februari 2006 ter griffie van de Hoge Raad ingekomen.

9 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 6.

10 Pinkhof geneeskundig woordenboek, 11e herziene druk, 2006.

11 Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, 14e editie, 2005.

12 EHRM 11 juli 2002, nr. 25680/94 (I. tegen het Verenigd Koninkrijk). Zie bijvoorbeeld ook EHRM 27 september 1990, nr. 10843/84 (Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk).

13 Elenbaas, Handboek voor de burgerlijke stand, deel I, 5e druk, Samsom Alphen aan den Rijn 1952, p. 1. Zie ook G. Luttenberg, verzameling van wetten, besluiten, reglementen enz. betrekkelijk de acten van den burgerlijken stand, met aantekeningen, J.J. Tijl, Zwolle 1834, p. 1.

- 14 Asser-De Boer, 2002, nrs. 64 en 85. Zie ook G. Luttenberg, a.w., p. 6 en de noot van EAAL onder HR 13 december 1973, NJ 1975, 130.
- 15 Elenbaas, a.w., p. 1; J. Kampers, *Inleiding tot de burgerlijke stand*, 1998, p. 17.
- 16 De Code Napoleon, die een regeling van 'l' état civil' kende, werd met ingang van 1 januari 1811 van kracht beneden de grote rivieren en met ingang van 1 maart 1811 boven de grote rivieren. Het wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland, van 1809, was voor de burgerlijke stand van gering belang, niet alleen omdat het slechts twee jaren heeft gegolden maar vooral omdat het uitvoeringbepalingen ontbeerde. Zie Elenbaas, a.w., p. 3.
- 17 Kampers, a.w., p. 18.
- 18 Koninklijk Besluit van 21 juli 1969, Stb. 326. Zie daarover ook Asser-De Boer, 1998, nr. 64 e.v.
- 19 Besluit van 25 februari 1994, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van het bepaalde in Titel 4 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, als vastgesteld bij wet van 14 oktober 1993, Stb. 555. Het Bbs 1994 heeft sindsdien enige wijzigingen ondergaan.
- 20 Besluit van 11 september 1997, Stb. 400.
- 21 Asser-De Boer, 2002, nr. 68. Zie ook de noot van EAAL onder HR 13 december 1973, NJ 1975, 130.
- 22 Elenbaas, a.w., p. 202. Hierin is vermeld dat de regering bij de behandeling van het wetsontwerp van 11 november 1822 opmerkte: "Men vermeent dat de zaak te gewichtig is, om die aan de willekeur van iedere administratie over te laten en dat de goede orde mede brengt om ieder register afzonderlijk te houden."
- 23 Bij overlegging van een dergelijke verklaring kan worden vermeden hetgeen Louis Couperus is overkomen. Toen hij op 10 juni 1863 was geboren, werd hij vernoemd naar zijn drie inmiddels overleden zusjes. Door de vrouwelijke voornamen werd hij als meisje ingeschreven bij het bevolkingsregister en bleef hij als zodanig tot zijn 18e geregistreerd staan, zie "Zoo ik iets ben, ben ik een Hagenaar", samengesteld door José Buschman, Bas Lubberhuizen, 1996, p. 52.
- 24 Wellicht uit het Frans afkomstig.
- 25 Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit HR 24 maart 1987, NJ 1987, 867 m.nt. ThWvV.
- 26 Kampers, a.w., p. 23. Zie ook de noot van EAAL onder HR 13 december 1973, NJ 1975, 130.
- 27 Wet van 24 april 1985, Stb. 243 (17 297).
- 28 Zie onder meer Asser-De Boer, 2002, nr. 94.
- 29 Kamerstukken II 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 24, Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 2, 3 en Kamerstukken I, 1984-1985, 17 297, nr. 12b, p. 2.
- 30 Het oordeel dat het enkele feit dat de geboorteakte het geslacht vermeldt dat de desbetreffende persoon bezat voordat hij een sekseveranderende operatie onderging, geen misslag als bedoeld in (thans) art. 1:24 BW oplevert, is (zoals hieronder zal blijken) in lijn met dat van de wetgever.
- 31 De wetgever verstaat hieronder, zoals hij bij herhaling tot uitdrukking heeft gebracht, "de uiterlijke geslachtskenmerken van het kind ten tijde van de geboorte". Zie bijvoorbeeld: Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 5.
- 32 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 7.
- 33 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 9 en Kamerstukken I, 1984-1985, 17 297, nr. 12b, p. 3.
- 34 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 11, 12.
- 35 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 9.
- 36 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 26.
- 37 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 13, 23.
- 38 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 4.
- 39 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 17.
- 40 Kamerstukken I, 1984-1985, 17 297, nr. 12b, p. 4.
- 41 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 4, p. 9, p. 17 en p. 23.
- 42 Kamerstukken I, 1984-1985, 17 297, nr. 12b, p. 2.
- 43 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nr. 6, p. 14 en p. 37.
- 44 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 19.
- 45 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 14.
- 46 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 26.
- 47 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 297, nrs. 1-4, p. 7.
- 48 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 1, 2.
- 49 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 22.
- 50 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 25.
- 51 In dit verband kan naast de eerder aangehaalde beschikkingen van de Hoge Raad van 13 december

- 1973, NJ 1975, 130 en van 3 januari 1975, NJ 1975, 187, nog worden gewezen op de uitspraak van de Hoge Raad van 23 september 1988, NJ 1989, 740 m.nt. E.A.A.
- 52 Jacobs and White, *The European Convention on Human Rights*, Fourth edition, University press, Oxford 2006, p. 243.
- 53 Zie bijv. EHRM 6 februari 2001, 44599/98 (Bensaid tegen het Verenigd Koninkrijk) met verdere verwijzingen en EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (Pretty tegen het Verenigd Koninkrijk).
- 54 Johan vande Lanotte en Yves Haeck, *Handboek EVRM*, deel 2. Artikelsgewijze Commentaar, Volume I, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2005, p. 722. Zie ook P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2006, p. 664.
- 55 A.w., p. 711.
- 56 EHRM 25 maart 192, nr. 13343/87 (B. tegen Frankrijk).
- 57 Dit heeft het EHRM onder meer op 13 juni 1979 uitgemaakt in Marckx tegen België (6833/74). Weliswaar had deze uitspraak betrekking op bescherming van familielevens maar de positieve verplichting geldt ook voor de andere krachtens art. 8 lid 1 EVRM te respecteren rechten.
- 58 EHRM 30 juli 1998, nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019 (Sheffield en Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk). Zie daarover Van Dijk, a.w., p. 739: "Within the scope of Article 8 the Court has frequently made use of the concept of 'positive obligations', the assumption being that the national authorities may be under an obligation actively to respect the individual's right protected under Article 8."
- 59 EHRM 18 december 1986, 9697/82 (Johnston en anderen tegen Ierland) en bijvoorbeeld ook EHRM 28 mei 1985, nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81, Abdulaziz, Cabales en Balkandali tegen het Verenigd Koninkrijk.
- 60 *Handboek EVRM* 2005, p. 712.
- 61 EHRM 26 februari 2002, nr. 36515/97 (Fretté tegen Frankrijk).
- 62 EHRM 11 juli 2002, 28957/95 (Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk). Zie ook EHRM 28 mei 2002, nr. 46295/99 (Stafford tegen het Verenigd Koninkrijk).
- 63 EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82 (Johnston en anderen tegen Ierland).
- 64 De joint dissenting opinion van Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler en Jebens bij EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01 (Hirst tegen het Verenigd Koninkrijk).
- 65 EHRM 6 november 1980, nr. 7654/76 (Oosterwijck tegen België).
- 66 EHRM 30 juli 1998, nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019.
- 67 In een enigszins vergelijkbare zaak van dezelfde datum, I. tegen het Verenigd Koninkrijk (nr. 25680/94) komt het EHRM op vergelijkbare gronden tot de conclusie dat het op het Verenigd Koninkrijk krachtens art. 8 EVRM een positieve verplichting rust tot juridische erkenning van geslachtsverandering. In het arrest van 23 mei 2006, nr. 32570/03 (Grant tegen het Verenigd Koninkrijk) heeft het EHRM de zaak Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk nog eens bevestigd.
- 68 EHRM 11 juli 2002, 28957/95.
- 69 Zie ook Jacobs en White, a.w., p. 276 en Van Dijk e.a., a.w., p. 684.
- 70 De geraadpleegde internet-encyclopedie Wikipedia bevat een vrijwaringsclausule waarin er op wordt gewezen dat, hoewel vrijwel iedereen die deelneemt ernstig probeert correcte informatie te verstrekken, er wat dat betreft geen garantie gegeven kan worden.
- 71 Zie bijvoorbeeld: http://en.wikipedia.org/wiki/Third_gender.
- 72 Zie bijvoorbeeld: http://en.wikipedia.org/wiki/Third_gender.