

8

S.V. t. Italië

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
11 oktober 2018, 55216/08,
ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608
(Sicilianos (President), Pardalos, Raimondi,
Pejchal, Turković, Harutyunyan, Koskelo)
Noot dr. M. van den Brink, dr. J. Tigchelaar

**Recht op privéleven. Genderidentiteit.
Naamrecht. Positieve verplichting. Margin of
appreciation. Schending.**

[EVRM art. 8, 3, 14]

S.V. is geboren met mannelijke fysieke kenmerken, en is daarom bij haar geboorte (in 1965) geregistreerd als man, maar zij voelt zich vrouw en gaat ook als zodanig door het leven. Haar omgeving, inclusief bijvoorbeeld haar collega's, kennen haar als vrouw. Zij heeft een vrouwenvoornaam (S.) en de foto op haar ID-kaart laat een vrouwengezicht zien. In 2001 krijgt ze van de Italiaanse rechter toestemming tot het ondergaan van een geslachtsbevestigende behandeling. Kort daarna vraagt ze de prefect van Rome een nieuwe (vrouwen)voornaam goed te keuren om verdere vernederende en genante situaties ten gevolge van de discrepantie tussen haar voornaam en haar uiterlijk te voorkomen. S.V.'s verzoek wordt afgewezen, omdat het Italiaanse naamrecht verlangt dat iemands voornaam correspondeert met diens (geregistreerde) sekse. S.V. kan pas een vrouwenvoornaam krijgen, als de rechter haar fysieke geslachtsaanpassing bevestigt en toestemming geeft tot wijziging van haar juridisch geslacht. Pas in 2003 voldoet S.V. aan die voorwaarden en wordt haar voornaam gewijzigd. S.V. heeft in de tussentijd doorgeprocedeerd, maar zonder succes. Klaagster wendt zich in 2008 tot het EHRM. Zij stelt dat de twee en een half jaar die zij heeft moeten wachten op een passende voornaam een schending oplevert van art. 8 EVRM, in het bijzonder haar privéleven, art. 3 EVRM (foltering en onmenselijke of vernederende behandeling) en art. 14 EVRM (non-discriminatie) in combinatie met art. 8 EVRM.

Het Hof concentreert zich op art. 8 EVRM en laat art. 3 en 14 EVRM onbesproken. Na een korte uiteenzetting van de jurisprudentie met betrekking tot genderidentiteit tot dusver, concludeert het Hof dat het voorliggende verzoek voor hem een nieuwe kwestie betreft. Eerdere zaken gingen over de juridische erkenning van een fysieke geslachtsverandering, over de voorwaarden voor toegang tot geslachtsbevestigende behandelingen, en over wijziging van het juridisch geslacht van personen die niet aan de wettelijke voorwaarde van fysieke 'aanpassing' voldoen.

Het Hof acht het evident dat voornaamswijziging van belang is voor het door art. 8 EVRM beschermde privéleven. Het Hof begrijpt anderzijds waarom beslissingen over naamsverandering door een rechter moeten worden genomen en ziet ook het belang dat is gelegen in het beschermen van de burgerlijke staat, in de consistentie en betrouwbaarheid van openbare registers waarin die burgerlijke staat wordt vermeld en waarmee de rechtszekerheid wordt gediend. Het verzoek van klaagster om haar voornaam te mogen wijzigen is echter op wel erg formalistische gronden afgewezen, vooral ook gezien het feit dat klaagster al jaren in transitie was en ze al langere tijd door het leven ging als vrouw. Het Hof ziet niet hoe het publieke belang kan zijn gediend met een wachttijd van twee en een half jaar. Die termijn is ook onredelijk in het licht van klaagsters belang om niet voortdurend te leven met gevoelens van kwetsbaarheid, vernedering en angst. Daarnaast merkt het Hof op dat Italië inmiddels (in 2011) de wetgeving op dit punt heeft aangepast en kennelijk minder rigide is geworden. Gelet op die omstandigheden constateert het Hof – unaniem – een schending van art. 8 EVRM, nu Italië zijn positieve verplichting om het recht op privéleven van klaagster te respecteren niet is nagekomen.

S.V.
tegen
Italië

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

NOOT

1. In dit arrest komen twee thema's samen die in de loop der jaren voor nogal wat jurisprudentie hebben gezorgd: genderidentiteit en naamrecht. Het Hof beschouwt beide elementen als wezenlijke aspecten van persoonlijke identiteit, maar behandelt ze niettemin verschillend. Terwijl de beleidsruimte ('margin of appreciation') voor verdragspartijen steeds verder is ingeperkt ten aanzien van genderidentiteit (par. 62), geldt voor de wijziging van voor- en achternamen nog steeds een ruime marge (par. 61). Dat betekent dat ook in situaties waar het publiek belang hetzelfde is, te weten het zoveel mogelijk ongewijzigd laten van persoonsgegevens, het in het ene geval minder snel de doorslag zal geven dan in het andere. Anders gezegd, het *fundamentele* individuele belang bij een 'passend' geslacht wordt als essentiëler, namelijk als een 'intiëmer' aspect van het privéleven, aangemerkt dan een 'passende' naam.

In de aanloop naar een keuze voor een ruime of smalle beleidsruimte benadrukt het Hof eerst dat zowel genderidentiteit als naam wezenlijke elementen van het privéleven zijn, die worden beschermd door art. 8 EVRM. Par. 55 effent vervolgens de weg naar het toekennen van een enge beleidsruimte. Onder verwijzing naar *Van Kück t. Duitsland*, EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, «EHRC» 2003/61, m.nt. Gerards en *Schlumpf t. Zwitserland*, EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0108JUD002900206, «EHRC» 2009/35, m.nt. Hendriks herhaalt het Hof dat de vrijheid van mensen om zelf te bepalen hoe (dat wil onder meer zeggen, in welk geslacht) zij zich willen presenteren, behoort tot een van de meest essentiële elementen van het zelfbeschikkingsrecht zoals dat besloten ligt in art. 8 EVRM. Daarmee legt het Hof het zwaartepunt op genderidentiteit, waarvan voornamen slechts een onderdeel zijn.

2. Het Hof erkent vervolgens zonder omhaal (par. 69) het belang van de overheid bij het registreren van allerlei persoonsgegevens en bij het Italiaanse 'beginsel van de onbeschikbaarheid' (het 'principe de l'indisponibilité'). Dit laatste houdt in dat burgers in beginsel geen zeggenschap hebben over de registratie van de gegevens over hun burgerlijke staat en die dus ook niet zelf kun-

nen wijzigen. De praktijk van overheden om persoonsgegevens überhaupt te registreren en hun belang daarbij staat niet ter discussie, en dat geldt ook voor het registreren van sekse en namen. Dat komt mede tot uitdrukking in de constructie van de inbreuk op het privéleven van verzoekster als een schending van een positieve verplichting (par. 60 en 75). Vanuit een iets fundamenteler perspectief kan echter worden betoogd dat overheidsregistratie juist om een rechtvaardiging vraagt, omdat het een inbreuk is op de negatieve verplichting van staten om de privacy van ingezetenen te respecteren. Het Hof gaat echter niet zo ver. Dat is jammer, omdat alternatieve praktijken zo buiten beeld blijven. Het soepele naamrecht in bijvoorbeeld Verenigd Koninkrijk laat zien dat een streng regime niet nodig is voor het effectief functioneren van de overheid. Maar, als gezegd, het Hof laat staten op dit punt een zeer ruime beleidsvrijheid. Het is niet helemaal duidelijk waarom, nu volgens het Hof namen van groot belang zijn voor de individuele identiteit, terwijl andere identificatiemiddelen, zoals een burgerservicenummer, met de digitalisering voor veel overheden belangrijker zijn geworden, zeker sinds 1994, toen het Hof daarover een relativerende opmerking heeft gemaakt (in de zaak *Stjerna t. Finland*, EHRM 25 november 1994, nr. 18131/91, ECLI:CE:ECHR:1994:1125JUD001813191 (par. 39)). Met betrekking tot juridische sekse geldt eveneens dat de registratie en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten niet ter discussie staan. Wel wordt het overheidsbeleid om wijzigingen (niet) toe te staan veel strenger getoetst vanwege de beperktere beleidsvrijheid sinds de zaak *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 11 juli 2002 (GK), nr. 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, «EHRC» 2002/74, m.nt. Van der Velde). Maar ook met betrekking tot sekseregistratie blijft de toetsing beperkt tot de individuele situatie en tot wijzigingen binnen de binaire, dichotome categorieën: van m naar v of andersom. Daarmee wordt feitelijk het overheidsmonopolie op registratie van persoonsgegevens bevestigd.

Het lijkt echter, gegeven het toenemend aantal mensen dat zich identificeert als non-binair, slechts een kwestie van tijd voordat de eerste zaak over non-binaire registratie, of het achterwege laten van registratie, zich in Straatsburg zal aandienen.

Als het Hof registratie van persoonsgegevens niet als vanzelfsprekendheid tot uitgangspunt zou nemen, en niet de (on)mogelijkheid van een wijziging (positieve verplichting), maar de registratie als zodanig (negatieve verplichting) als een te rechtvaardigen inmenging zou aanmerken, zou het Hof misschien wel toekomen aan enkele van de fundamentele onderliggende vragen. Vanuit zo'n benadering kan dan bijvoorbeeld worden nagegaan in hoeverre het überhaupt van belang is om bepaalde gegevens zoals naam en geslacht te registreren, en of dergelijke gegevens dan ook mogen worden gebruikt voor alle doeleinden. Mogelijk zou zo'n benadering ook kunnen verhelderen waarom in het ene geval (van namen) een ruime 'margin of appreciation' is toegestaan en in het andere geval (van geslacht) niet, dan wel dat zo'n onderscheid niet meer houdbaar is, omdat bijvoorbeeld tegenover een sterk individueel belang een zwak overheidsbelang bij registratie van bepaalde gegevens staat. De huidige benadering van het Hof bevestigt feitelijk het overheidsmonopolie op registratie van persoonsgegevens en stelt dat monopolie en de registratiepraktijk niet ter discussie.

3. Tegenover het overheidsbelang van een betrouwbare persoonsregistratie staat de situatie van verzoekster, die al jaren bezig is met haar transitie, ook lichamelijke ingrepen heeft ondergaan en die door haar omgeving wordt gezien als vrouw en bekend staat met de nu op haar verzoek te formaliseren voornaam. Verzoekster heeft twee en een half jaar gewacht op wijziging van haar voornaam en in die tijd moeten lijden onder de discrepantie tussen haar sociale verschijning enerzijds en haar juridische identiteit anderzijds. Het Hof concludeert dat die periode onredelijk lang is geweest, nu de beslissing tot afwijzing van het verzoek uitsluitend is genomen op formele gronden met voorbijgaan aan de individuele situatie van verzoekster. Hiermee oordeelt het Hof (impliciet) in lijn met eerdere uitspraken, waarin het ervaren van een bepaalde mate van ongemak ('inconvenience') bij het dragen van een bepaalde naam relevant is voor de beoordeling door het Hof van de afwijzing van een wijzigingsverzoek door een lidstaat (vgl. *Guillot* t. Frankrijk, EHRM 24 oktober 1996, nr. 22500/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1024JUD002250093, *Stjerna*, reeds aangehaald en *Henry Kismoun* t. Frankrijk, EHRM 5 december 2013, nr. 32265/10,

ECLI:CE:ECHR:2013:1205JUD003226510, «EHRC» 2014/46). Met andere woorden, waar zwaarwegende individuele belangen in geding zijn, kan een overheid niet volstaan met een zuiver formele toepassing van de regels inzake naamskeuze of -wijziging. Zij moet daarentegen een billijke afweging maken tussen de publieke en individuele belangen, en daarvoor moet de context worden meegenomen. Het gewicht van het individuele belang is overigens, ook los van een concrete context, door het Comité van Ministers van de Raad van Europa verwoord in een aanbeveling om verandering van juridisch geslacht en naam in officiële documenten snel, transparant en toegankelijk te maken (par. 27; Rec(2010)5).

4. Met de uitspraak in *S.V.* forceert het Hof een uitzondering op het seks specifieke Italiaanse naamrecht, maar helaas wordt die regeling als zodanig niet ter discussie gesteld. Dat ligt waarschijnlijk aan de rechtsvraag (par. 66), die de afwijzing door de Italiaanse overheid van het verzoek tot naamswijziging plaatst in de context van het transitieproces van *S.V.* De ruime beleids marge die staten wordt gelaten op het terrein van het naamrecht, doet bovendien vermoeden dat het Hof niet snel zou concluderen tot een schending van art. 8 EVRM. Niettemin is het jammer dat het Hof hieraan voorbijgaat, zowel vanuit het perspectief van rechten van transpersonen als vanuit gendergelijkheid in algemenere zin. Dat het ook anders kan, blijkt uit de recente zaak *Pojatina* t. Kroatië, waarin het Hof Kroatië tot twee maal toe uitnodigt om de wet te verbeteren (overigens zonder dat tot een schending wordt geconcludeerd) (vgl. *Pojatina* t. Kroatië, EHRM 4 oktober 2018, nr. 18568/12, ECLI:CE:ECHR:2018:1004JUD001856812, «EHRC» 2018/247, m.nt. Hendriks, par. 72 en 82). Het zou mooi zijn als het Hof bij een volgende gelegenheid een vergelijkbare opmerking zou maken ten aanzien van de vraagstukken die in *S.V.* aan de orde zijn.

5. Eveneens onduidelijk blijft in hoeverre het in deze zaak verschil maakt dat *S.V.* al verschillende operaties en andere geslachtsbevestigende behandelingen heeft ondergaan. Italië betoogt dat het *S.V.* er uitsluitend om te doen is de eis van lichamelijke aanpassingen te omzeilen (par. 49), hetgeen *S.V.* bestrijdt (par. 48 en 65). In het licht van de uitspraak in *AP, Garçon en Nicot* lijkt het voor de hand te liggen dat fysieke aanpassingen geen, of op z'n minst geen grote rol meer zouden

mogen spelen, maar het Hof wijst daar niet op (*AP, Garçon en Nicot t. Frankrijk*, EHRM 6 april 2017, nrs. 79885/12, 52471/13 en 52596/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512). Het lijkt erop dat het Hof de kwestie ontwijkt. Het concludeert alleen dat 'dus' de voorgelegde kwestie niet gaat over lichamelijke integriteit (para. 65). Zo blijft het voorlopig bijvoorbeeld gissen in hoeverre dezelfde periode van twee en een half jaar als onredelijk lang zal worden beoordeeld in het geval andere trans-Italianen hun naam willen wijzigen zonder zich vooreerst of überhaupt aan medisch ingrijpen te willen onderwerpen. Zou het Hof zo'n periode ook onredelijk achten als degene die wordt geconfronteerd met een discrepantie tussen naam en genderidentiteit, geen medische behandeling heeft ondergaan?

6. Het is te verwachten dat 's Hof's oordeel in *S.V.* voor voornaamswijzigingen in Nederland niet direct van belang is. In Nederland beslist de rechter over verzoeken tot wijziging van de voornaam (art. 1:4 lid 4 BW). Daarvoor beoordeelt de rechter onder meer of de verzoeker een voldoende zwaarwichtig belang heeft. Hierbij sluit de rechter aan bij de jurisprudentie van het Europees Hof. Zo overwoog de Rechtbank Maastricht op 14 november 2012 (ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4807) het volgende: "Bepalend bij de vraag of een weigering het gebruik van een bepaalde voornaam toe te staan een ongerechtvaardigde inmenging [in het privéleven, zoals bedoeld in art. 8 EVRM; *MvdB & JT*] oplevert, is de mate van ongemak/overlast ('*the degree of inconvenience*') die de betrokkene hiervan ondervindt. Daarbij dienen alle feiten en omstandigheden te worden meegewogen, waaronder ook de vraag of het voor de betrokkene feitelijk toch mogelijk is de gewenste voornaam te voeren." Het tijdsaspect van het ongemak van een voornaam kan dus een rol spelen als één van de feiten of omstandigheden die aangeven dat de verzoeker een voldoende zwaarwichtig belang heeft bij naamswijziging. Maar in *S.V.* ging het meer specifiek om het langdurige ongemak als gevolg van wettelijke regels over juridische geslachtsverandering in combinatie met geslachtsspecifieke voornamen. Nederland kent geen wettelijke voorschriften over mannen- en vrouwenvoornamen en er is, sinds 1 juli 2014, speciaal voor voornaamswijziging in verband met wijziging van het juridisch geslacht, voorzien in een relatief snelle administratieve procedure bij de ambtenaar van de bur-

gerlijke stand. Tegelijkertijd met de aangifte van de overtuiging tot het andere geslacht te behoren dan is vermeld in de geboorteakte en de overhandiging van een deskundigenverklaring kan op verzoek van de betrokkene wijziging van de voornamen plaats vinden (zie m.n. art. 1:28b lid 2 BW). Van deze regeling wordt veel gebruik gemaakt. Er zijn echter ook mensen die ontevreden zijn met deze regeling en dat lijkt in het bijzonder te gelden voor mensen die zich niet heel sterk als man óf vrouw identificeren. Enerzijds zijn er degenen die (al) wel hun naam zouden willen wijzigen, maar niet hun geslacht en anderzijds zijn er mensen die wel hun geslacht willen wijzigen maar (nog) niet hun naam (M. van den Brink m.m.v. D. Snaathorst, *Recht doen aan genderidentiteit; Evaluatie drie jaar Transgenderwet in Nederland 2014-2017*, Den Haag: WODC 2017, p. 27 en 67). Wie geslacht en naam niet tegelijkertijd wil wijzigen, is voor de naamswijziging aangewezen op de gewone, aanzienlijk duurdere procedure via de rechter. Vanuit een oogpunt van gelijke behandeling lijkt dat niet onredelijk. Het is echter de vraag of de aanzienlijk zwaardere procedure voor naamswijziging stand zal houden, gegeven het essentiële belang dat het Hof toekent aan erkenning van genderidentiteit.

dr. M. van den Brink
Netherlands Institute of Human Rights, tevens verbonden aan het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF), Universiteit Utrecht

dr. J. Tigchelaar
Vakgroep Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie, tevens verbonden aan het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF), Universiteit Utrecht