

Een sneeuwbaaleffect in het recht: hoe geboortegeslacht genderidentiteit m/v werd en uitdijt naar een x

Dr. M. van den Brink & dr. J. Tigchelaar, datum 15-06-2022

Datum

15-06-2022

Auteur

Dr. M. van den Brink & dr. J. Tigchelaar^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS652702:1

Vakgebied(en)

Personen- en familierecht / Algemeen

Personen- en familierecht / Huwelijk, relaties en echtscheiding

In 2007 gaf de Hoge Raad aan dat uit artikel 8 EVRM een positieve verplichting kan voortvloeien voor de juridische erkenning van een neutrale genderidentiteit, mits er een maatschappelijke en juridische trend naar erkenning zou zijn. Nu, vijftien jaar later, lijkt er daadwerkelijk sprake van zo'n trend. Deze bijdrage gaat daarop in en beschrijft hoe een 'derde geslacht', een non-binaire genderidentiteit, vorm krijgt in de wisselwerking tussen wetgever en rechtspraak in Nederland.^[2]

1. Inleiding

In 2021 was er een lawine aan lagere rechtspraak over verzoeken tot wijziging van het bij geboorte geregistreerd geslacht in een genderneutrale registratie. Het beginpunt van deze rechtspraak kan in 2007 worden gelegd, toen de Hoge Raad zich voor het eerst uitliet over een verzoek tot erkenning van een neutrale genderidentiteit.^[3] Veel rechters grijpen terug op dat arrest. De aanleiding voor de jurisprudentiegolf kan ook worden gezocht in de Transgenderwet van 2014.^[4] Bij de totstandkoming van die wet werd gevraagd om onderzoek naar de 'mogelijkheden en consequenties van het onbepaald laten van het geslacht' met het oog op de groep mensen die zich noch man noch vrouw voelen.^[5] Vanwege de complexiteit van het onderwerp werd deze vraag echter buiten het wetgevingstraject gehouden.^[6] De Transgenderwet van 2014 betrof daarom uitsluitend de wijziging van registratie van 'm' naar 'v' en *vice versa*. De wet bracht door de afschaffing van de voorwaarde van lichamelijk aanpassing aan 'het nieuwe geslacht' wel een verschuiving teweeg van registratie op grond van uiterlijke kenmerken naar die op grond van genderidentiteit. Het was een kwestie van tijd voordat personen die hun gender noch als mannelijk noch als vrouwelijk beleven aanklopten bij de rechter. Veel rechters bleken bereid om tegemoet te komen aan de wens om niet als mannelijk of vrouwelijk te zijn geregistreerd. Nadat de minister eerder had aangegeven de ontwikkelingen in de jurisprudentie te willen afwachten, besloot hij in 2021 de mogelijkheden en (financiële) gevolgen van een genderneutrale registratie in kaart te laten brengen.^[7] De druk om tot een wettelijke regeling te komen werd kort daarna opgevoerd door een amendement op het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging Transgenderwet' van Tweede Kamerlid Van Ginneken (D66).^[8] Het amendement wilde een wijziging in de geboorteakte van een registratie als 'x' net zo gemakkelijk maken als een wijziging in mannelijk of vrouwelijk, namelijk – zonder deskundigenverklaring en zonder tussenkomst van de rechter – bij de ambtenaar van de burgerlijke stand.

In dit artikel wordt de jurisprudentieontwikkeling over genderneutrale registratie geschetst en in de context van het wetgevingsproces geplaatst. Gegeven de beperkte omvang is deze bijdrage primair beschrijvend en worden sommige aspecten summier behandeld (zoals bewijskwesties of de inbreng van de ambtenaar van de burgerlijke stand) en blijven andere helemaal buiten beschouwing (zoals de wijze waarop rechters omgaan met genderneutrale taal).

2. Van de Hoge Raad naar de lagere rechtspraak

In 2007 vroeg K de rechter diens geslachtsaanduiding op de geboorteakte door te halen, zonder er iets voor in de plaats te zetten. K identificeerde zich als 'niet-geseksueerd'. De Hoge Raad overwoog dat uit artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) een positieve verplichting zou kunnen voortvloeien om de geslachtsaanduiding in de geboorteakte aan te passen aan het geslacht waartoe de betrokkene volgens diens vaste overtuiging behoort. Voor de

vaststelling of een dergelijke positieve verplichting bestaat in geval van een non-binaire geslachtelijke identiteit – of dat het valt binnen de ‘margin of appreciation’ van de staat – moet een *fair balance* (redelijk evenwicht) worden getroffen tussen het algemeen belang en de belangen van betrokkene. In 2007 ging het algemeen belang bij handhaving van de bestaande wettelijke regeling van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte voor.^[9] Het verzoek om geslachtsvermelding achterwege te laten werd daarom afgewezen. De Hoge Raad oordeelde echter dat het individuele belang meer gewicht zou kunnen krijgen als er sprake zou zijn van een (trend naar) juridische erkenning van een neutrale genderidentiteit.

In 2018, elf jaar later dus en vier jaar na de afschaffing van de fysieke aanpassingsvoorwaarden voor transgender personen, oordeelde de rechtbank Limburg dat inmiddels wel sprake was van een maatschappelijke erkenning en ook – in ieder geval een trend naar – juridische erkenning van een neutrale geslachtelijke identiteit.^[10]

2.1 Maatschappelijke en juridische erkenning van genderneutrale identiteit

Ter onderbouwing van de gesignaleerde maatschappelijke trend verwijst de rechtbank Limburg naar de toenemende aandacht voor genderneutraal taalgebruik, toiletten en kinderkleding alsook naar het schrappen van de geslachtsaanduiding op de OV-chipkaart. De trend naar juridische erkenning baseert de rechtbank op internationale, Europese en nationale ontwikkelingen, waaronder de niet-bindende maar ook door Nederland onderschreven Yogyakarta Beginselen^[11] en Resolutie 2048 (2015) van de Raad van Europa, waarin de lidstaten worden opgeroepen om wettelijke regelingen voor geslachtsregistratie in te voeren die zijn gebaseerd op zelfbeschikking en om een derde genderaanduiding in identiteitspapieren mogelijk te maken. De rechtbank erkent dat er op Europeesrechtelijk vlak nog geen relevante regelgeving is, maar wijst op jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens (EHRM), die steeds meer ruimte zou bieden voor de erkenning van een derde genderidentiteit.^[12] Met betrekking tot Nederland, noemt de rechtbank onder meer de voorgestelde verduidelijking in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) dat onder geslacht ook geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie wordt verstaan.^[13]

De rechtbank Limburg was hiermee de eerste rechter in Nederland die, in dit geval naar aanleiding van een verzoek van de Officier van Justitie, tegemoetkwam aan de wens van belanghebbende om geregistreerd te worden met een neutrale geslachtelijke identiteit. De rechtbank overweegt nadrukkelijk dat – in lijn met de Transgenderwet van 2014 – bij het bepalen van het geslacht gekeken moet worden naar de genderbeleving van een persoon in plaats van de fysieke verschijningsvorm of medische conditie.^[14] De rechtbank vindt ook dat de beleving ‘noch man noch vrouw’ als zodanig vermeld zou moeten kunnen worden in de akten van de burgerlijke stand, door bijvoorbeeld een X. Maar omdat het aan de wetgever is om hierin keuzes te maken, grijpt de rechtbank Limburg terug op de voorziening van artikel 1:19d BW en gelast het opmaken van een *nieuwe* akte met als vermelding ‘het geslacht kan niet worden vastgesteld’. Het jaar erna volgt de rechtbank Noord-Nederland.^[15] Ook de rechtbank Midden-Nederland wijst een verzoek toe, maar vindt het opmaken van een nieuwe akte onjuist en gelast een *verbetering* middels een latere vermelding in de geboorteakte.^[16]

In 2021 barst het echt los: er worden door rechtbanken 15 eindbeschikkingen gepubliceerd en twee tussenbeschikkingen.^[17] Dertien verzoeken worden toegewezen. Dat gebeurt twaalf keer door verbetering van (of latere vermelding in) de geboorteakte, aanhakend bij artikel 1:19d BW (‘het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld’). De rechters onderkennen dat de wet niet voor deze gevallen van genderbeleving van volwassenen is bedoeld. Eén rechter doet het anders en kent een ‘x’ toe aan drie verzoekers, naar aanleiding van hun primaire verzoek om een ‘x’.^[18] De rechter past artikel 1:28a en b BW toe, en baseert zich daarbij op de overweging dat door deze bepalingen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt “tussen personen die de overtuiging hebben tot *het* andere geslacht te behoren en personen die de overtuiging hebben buiten de exclusief mannelijk of vrouwelijke geslachtsaanduiding te vallen (non-binair)”.^[19] Deze rechter verwijst ook naar de hiervoor genoemde en inmiddels in werking getreden wijziging in de AWGB.^[20]

De meeste rechters haken voor toewijzing van verzoeken aan bij de positieve verplichting die de overheid op grond van artikel 8 EVRM zou hebben. In het najaar van 2021 overweegt de rechtbank Rotterdam dat registratie van geslacht door de Staat in strijd kan zijn met de negatieve verplichting om niet onnodig inbreuk te maken op het privéleven.^[21] De rechtbank Rotterdam betwijfelt of een afdoende rechtvaardiging voor een dergelijke inbreuk bestaat, nu bij de geboorte het juridisch geslacht wordt toegekend op grond van uiterlijke kenmerken, terwijl bij een latere wijziging de innerlijke – niet bewijsbare – overtuiging bepalend is. Het algemeen belang bij de betrouwbaarheid van openbare registers en de bewijskracht van de geboorteakte is met de invoering van de Transgenderwet in 2014 duidelijk afgezwakt.^[22] Hoe verfrissend de aanvullende argumentatie van de rechtbank Rotterdam ook is, de verzochte vermelding ‘het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld’, wordt ‘gewoon’ toegewezen “zolang geslachtsregistratie plaatsvindt”.

Zo variëren de rechters die de verzoeken tot seksneutrale registratie toewijzen in hun juridische ankerpunten en uitkomsten. De rechters erkennen dat er geen wettelijke voorziening is voor een genderneutrale geslachtsaanduiding, anders dan de tijdelijke voorziening voor pasgeboren baby’s met ambivalente geslachtskenmerken en wijzen naar de wetgever die dit zou moeten regelen. Niettemin is de algemene lijn dat de overheid op grond van artikel 8 EVRM een positieve verplichting heeft om de registratie van geslacht overeenkomstig de overtuiging van de verzoeker te realiseren. In de afweging van het algemeen belang bij een registratie zoals wettelijk is voorzien en het individueel belang van respect

voor het privéleven, het zelfbeschikkingsrecht en de persoonlijke autonomie, moet het laatste zwaarder wegen. Belangrijke argumenten daarvoor zijn: de (trend naar) maatschappelijke en juridische erkenning van een genderneutrale identiteit en de wetgever die stilzit en afwacht hoe de jurisprudentie zich uitkristalliseert. In 2021 oordelen de rechters vrijwel steeds dat de geboorteakte moet worden verbeterd door de latere vermelding ‘het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld’.

Eén rechtbank, de rechtbank Noord-Nederland komt tot een ander oordeel. Zij vindt het algemene belang bij handhaving van de wettelijke registratie (vooralsnog) zwaarder wegen.^[23] De rechter merkt op dat er weliswaar internationaalrechtelijke ontwikkelingen zijn, maar dat specifieke Europeesrechtelijke wetgeving of rechtspraak ontbreekt. De rechtbank zwakt ook de maatschappelijke ontwikkeling af: die “is kennelijk niet zodanig dat de wetgever de ruimte ziet of neemt om wetgeving op dit punt te overwegen”. De Nederlandse wetgever heeft namelijk in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ‘Vereenvoudiging Transgenderwet’^[24] dat op 4 mei 2021 werd ingediend, volgens de rechtbank “de bewuste en weloverwogen keuze gemaakt om hiervoor nog geen wetgeving te maken, ondanks de recente jurisprudentie van de [...] rechtbanken”. De rechtbank vindt dat in deze situatie de wetgever moet worden gevolgd. Wel wordt gesuggereerd dat hoger beroep op zijn plaats zou zijn.

Deze afwijzende beschikking betrof een minderjarige, waarschijnlijk een tiener. Door de uitkomst van de belangenafweging komt de rechter niet toe aan de vraag of genderneutrale registratie ook voor jongeren onder de 16 jaar moet worden opengesteld. Dat gebeurt wel in een tweede afwijzende beschikking, over het verzoek van ouders om het geslacht van hun baby te registreren als ‘het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld’. Zij vinden dat uiterlijke kenmerken niets zeggen over hoe het kind de eigen genderidentiteit zal ontwikkelen in een ‘genderautonome’ opvoeding. De rechtbank oordeelt echter dat artikel 1:19d BW geen keuzevrijheid geeft aan ouders. Zij vindt dat het de taak van de wetgever is “om een brede uitwerking van de maatschappelijke ontwikkeling voor de situatie van de aangifte van geboorte van een baby in kaart te brengen en daarover beslissingen te nemen, waarbij ook andere dan juridische aspecten zoals de sociaal-emotionele ontwikkeling van een kind of administratieve gevolgen een rol zullen spelen”.^[25]

De rechtbank Noord-Holland houdt één keer een verzoek aan, omdat de rechter vindt dat er – naar analogie van de nog bestaande regeling voor transgenderpersonen in artikel 1:28a BW – een deskundigenverklaring moet worden overgelegd ter bevestiging van de genderidentiteit van verzoeker.^[26] Alleen de rechtbank Limburg had eerder, in 2017, in een tussenbeschikking om nader ‘bewijs’ gevraagd, maar zag daar later van af.^[27] In de praktijk overleggen verzoekers wel vaak verklaringen van artsen of psychologen, ter staving van de door hen gestelde genderbeleving.

Na ontvangst van de deskundigenverklaring, loopt de zaak bij de rechtbank Noord-Holland verdere vertraging op, vanwege een verwijzing naar de meervoudige kamer en vanwege een kritische ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze ambtenaar merkt op dat de wet een registratie van een ‘x’, zoals de rechtbank Amsterdam (toen nog als enige) had toegewezen, niet kent en toewijzing daarvan daarom niet uitvoerbaar is en tot problemen leidt bij de uitgifte van bijvoorbeeld een paspoort of rijbewijs. De ambtenaar concludeert dat een goede regeling meer vergt dan alleen een x in een geboorteakte. De rechtbank beslist anders dan de ambtenaar, maar dat gebeurt pas in 2022.^[28]

3. Terug naar de Hoge Raad: over de verhouding tussen rechter en wetgever

De lagere rechtspraak inzake genderneutrale seksregistratie wordt in 2021 afgesloten met een knal: de rechtbank Den Haag stelt op 17 december 2021 prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in een tussenbeschikking en houdt de verdere behandeling van de zaak aan.^[29] De rechtbank vindt dat prejudiciële vragen op zijn plaats zijn, omdat er een (onwenselijke) patstelling dreigt te ontstaan tussen de rechter, die in beginsel moet wachten op de wetgever, en de wetgever die afwacht wat de rechter doet. Zoals hierboven beschreven, hebben rechters inmiddels zelf voorzieningen getroffen, maar – zo stelt de rechtbank – onduidelijk is of de rechter deze ruimte mag nemen. Bovendien geven de ontwikkelingen in de lagere rechtspraak geen eenduidig beeld, hetgeen niet ten goede komt aan de rechtseenheid en rechtszekerheid.

De eerste prejudiciële vraag stelt aan de orde of de rechter, mede gelet op de afwachtende opstelling van de wetgever, de ruimte heeft om een verzoek tot een genderneutrale registratie in de registers van de burgerlijke stand toe te wijzen. De andere twee prejudiciële vragen bouwen hierop voort.^[30]

Het gaat allemaal sneller dan de rechtbank blijkbaar verwachtte. Zoals al aangestipt in de Inleiding, wilde de minister voor Rechtsbescherming in mei 2021 de ontwikkelingen in de rechtspraak nog afwachten, alvorens wetgeving te overwegen. Daarbij speelde een rol dat het kabinet het wetsvoorstel ‘Vereenvoudiging Transgenderwet’ niet op deze ontwikkelingen wilde laten wachten.^[31] De minister maakt echter een ommezwaai in november 2021 bij de behandeling van genoemd wetsvoorstel.^[32] De minister erkent dan dat “[e]r [...] vandaag de dag zowel maatschappelijk als in de uitvoeringspraktijk van de burgerlijke stand behoefte [blijkt] te bestaan aan wetgeving om wijziging van geslachtsregistratie in een non-binaire optie (zoals «X») mogelijk te maken. Ook uit de rechtspraak blijkt dat wetgeving hiervoor nodig is”. De minister vervolgt: “Ik breng op dit moment de mogelijkheden voor en de gevolgen van het regelen van een dergelijke optie in kaart. Hierbij worden ook de kosten betrokken die een dergelijke wijziging met zich brengt, alsmede de daarvoor benodigde dekking”.^[33]

Kort daarna (op 30 november 2021) dient Tweede Kamerlid Van Ginneken een amendement in op het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging Transgenderwet', met als strekking dat in artikel 1:28e BW ook moet worden opgenomen dat registratie van een x mogelijk wordt zonder tussenkomst van de rechter.^[34] Tussenkomst van de rechter werpt een onnodige drempel op die strijdig zou zijn met internationale verdragen en uitspraken die het belang van eenvoudige, duidelijke en toegankelijke procedures benadrukken.^[35] Ze stelt dat het amendement geen nieuwe categorie introduceert, maar steunt op de mogelijkheid die door jurisprudentie is gecreëerd, namelijk de toekenning van de vermelding 'het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld' waardoor de registratie van de bestaande categorie 'o' van onbekend in de Basis Registratie Persoonsgegevens komt en 'x' in het paspoort beschikbaar wordt. Hoewel het amendement aanhaakt bij artikel 1:19d BW, acht de indiener, in navolging van de rechtbank Amsterdam,^[36] een 'x' aansluitend bij artikel 1:28 BW meer recht doen aan de non-binaire genderidentiteit van verzoekers, omschreven als de overtuiging *niet of niet exclusief* tot het mannelijke of vrouwelijke geslacht te behoren.^[37] Van Ginneken verwacht jaarlijks enkele honderden registraties, die handmatig door de ambtenaren verwerkt kunnen worden.^[38] De indiener voorziet – kennelijk – geen andere problemen.

De regering reageert op 17 december 2021 (op dezelfde dag dat de rechtbank Den Haag prejudiciële vragen stelt aan de Hoge Raad) met een brief aan de Tweede Kamer dat dit amendement zo'n substantiële uitbreiding behelst van het voorliggende wetsvoorstel met naar verwachting significante consequenties voor de uitvoering, dat het kabinet ter beoordeling van het amendement een adviesverzoek heeft voorgelegd aan diverse uitvoeringsorganisaties en adviesorganisaties (VNG, NVVB en Staatscommissie IPR). Daarna zal ook advies worden gevraagd aan de Raad van State.^[39]

De Hoge Raad laat intussen verrassend snel van zich horen, op 4 maart 2022.^[40] De snelheid is wel begrijpelijk, gezien de inhoud van de uitspraak. De Hoge Raad meent (in navolging van advocaat-generaal Vlas in zijn conclusie) dat de prejudiciële vragen zich niet (meer) voor beantwoording lenen. De afwachtende houding van de wetgever is verlaten; de wetgever heeft juist hernieuwd aandacht voor het vraagstuk van een genderneutrale registratie in de geboorteakte en bereidt zelfs wetgeving voor. Beantwoording zou op dit moment de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaan. De Hoge Raad haalt onder meer het zogeheten Regenboogakkoord^[41] aan, waaraan de huidige coalitie zich gecommitteerd heeft in het Coalitieakkoord 2021-2025. In het regenboogakkoord staat dat eenieder de mogelijkheid krijgt om, zonder tussenkomst van de rechter, geslachtsvermelding in officiële documenten zoals het paspoort te laten doorhalen met een 'x'. Weliswaar vraagt dat nadere uitwerking en besluitvorming van het nieuwe kabinet, maar de intentie is er.^[42]

De Hoge Raad legt de bal weer terug bij de rechtbanken: "Zolang er geen wettelijke regeling is, is het aan de rechter om in elke concrete zaak aan de hand van de aard en inhoud van het verzoek en de verdere omstandigheden van het geval te beslissen, met inbegrip van de mogelijkheid om de beslissing op het verzoek aan te houden".^[43]

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft op 6 april 2022 advies uitgebracht aan de minister voor Rechtsbescherming over het amendement van Van Ginneken. Het advies is op 3 juni 2022 openbaar gemaakt en gepubliceerd naar aanleiding van een concreet verzoek op grond van de Wet open overheid.

De Afdeling gaat in op de verhouding van het voorstel tot invoering van geslachtsneutrale registratie met artikel 8 EVRM. Een positieve verplichting tot invoering van een 'x' volgt niet dwingend uit de jurisprudentie van het EHRM, en valt binnen de beoordelingsmarge van de lidstaten. De wetgever is dus wel bevoegd maar niet gehouden om deze genderneutrale registratie mogelijk te maken. Volgens de Afdeling leidt het amendement tot een belangrijke aanpassing van het wettelijk systeem met aanzienlijke consequenties, onder andere op ICT-terrein. Daarom adviseert de Afdeling om de mogelijkheid tot wijziging naar een genderneutrale registratie niet in de aanpassing van de Transgenderwet te regelen, maar via een afzonderlijk wetsvoorstel. Op 3 juni 2022 heeft Van Ginneken daarop aangekondigd haar amendement in te trekken en er een aparte, eigen initiatiefwet van te maken.

4. De lagere rechter weer aan zet: hoe verder?

Met een enkele uitzondering namen de lagere rechters vorig jaar voortvarend de ruimte om noodvoorzieningen te treffen. Nu is het speelveld veranderd. De Hoge Raad geeft expliciet ruimte aan de rechtspraak, er ligt een amendement voor de invoering van een 'x', het kabinet heeft zich steviger gecommitteerd aan de invoering van zo'n 'x'. Hiermee is, zoals rechtbank Noord-Holland opmerkt, het bestaan van een trend naar juridische erkenning ten minste bevestigd, of zelfs versterkt.^[44]

Wat doen de rechters hiermee? Duidelijk is dat rechters niet zullen wachten op wetgeving: het individuele belang gaat voor.^[45] De eerste beschikkingen uit 2022 laten verder zien dat rechters vrijmoediger worden om de voorzichtige optie van een extensieve uitleg van artikel 1:19d BW los te laten en aan te haken bij de principiële optie van een analoge interpretatie van artikel 1:28-1:28c BW. De rechtbank Noord-Holland is de eerste rechter in 2022 die dat doet.^[46] De rechtbank Gelderland volgt en verwoordt de koerswijziging expliciet: inmiddels kan de rechtbank zich niet langer verenigen met de – door diverse rechtbanken en ook eerder zelf gevolgd – oplossing van "het geslacht is niet kunnen worden

^[47]

vastgesteld" en kiest voor een benadering waarin het draait om de overtuiging.^[47] Ook de rechtbank Overijssel kent in twee uitspraken een 'x' toe, inbegrepen een zaak waarin werd verzocht om de aanduiding dat "het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld".^[48] De rechtbank presenteert die toewijzing als anticiperende interpretatie, door te overwegen het belangrijk te vinden om "ten aanzien van de geslachtsvermelding zoveel mogelijk aan te sluiten bij de visie en bedoeling van de wetgever". Die visie leidt de rechtbank af uit het amendement van Van Ginneken en het Regenboogakkoord waarin gesproken wordt over het mogelijk maken van een 'x'.^[49] Gezien deze ontwikkelingen, komt de dagvaarding van de Staat voor de rechtbank Den Haag om registratie van een non-binaire genderidentiteit mogelijk te maken middels een toegankelijke procedure, wat laat.^[50] Anderzijds zal het ongetwijfeld bijdragen aan het opvoeren van de druk op de regering om de problematiek nu voortvarend ter hand te nemen.

Wellicht zullen er ook terughoudender rechters zijn, die (blijven) kiezen voor de veilige(r) optie van een extensieve uitleg van artikel 1:19d BW en een verzoek aanhouden als dat aanhaakt bij artikel 1:28 tot en met 1:28c BW. Op deze manier lopen rechters de wetgever niet voor de voeten. Dat kan veranderen als het wetgevingsproces lang gaat duren. Een andere redenen voor de rechter om zich terughoudend op te stellen kan gelegen zijn in de lastig voorspelbare internationale ontwikkelingen. Zo merkten diverse rechtbanken, het scherpst de rechtbank Noord-Nederland, op dat de trend naar internationale erkenning voorsnel nog wankel is. Er zijn nog geen uitspraken van het EHRM die een positieve verplichting voor erkenning en registratie van een non-binaire genderidentiteit bevestigen. In Duitsland is na een uitspraak van het Grondwettelijk Hof (2017) de mogelijkheid geïntroduceerd om de geslachtsregistratie te wijzigen in 'divers', maar die staat slechts open voor mensen die een intersekse conditie kunnen aantonen.^[51] In 2019 vernietigde het Belgische Constitutioneel Hof de transwet deels en droeg de wetgever op alternatieve registratie mogelijk te maken voor mensen met een niet-binaire genderidentiteit en voor genderfluïde personen. Op dit moment ligt er nog geen wetsvoorstel. Malta introduceerde een 'x' in 2018, IJsland in 2019, en in 2020 wees een Griekse rechter een verzoek om een genderneutrale registratie toe.^[52] Daartegenover staan afwijzende uitspraken van de hoogste Engelse rechter^[53] en de hoogste Franse rechter.^[54] Die laatste ligt nu voor bij het EHRM.^[55] De uitkomst is moeilijk te voorspellen, maar de (relatief) trage vorderingen in Europese landen in aanmerking genomen, is zeer wel denkbaar dat het EHRM de introductie van een 'x' voorsnel, bij gebreke van een internationale 'trend', aan de lidstaten zal overlaten.

Spannend is ook hoe de regeling van een 'x' precies vorm zal krijgen.^[56] Voor introductie van het (ingetrokken) voorstel van Van Ginneken lijkt geen ingrijpende wijziging van het werkproces van de burgerlijke stand vereist. Ook nu al is het mogelijk (soms zelfs voorgeschreven, ingeval juridisch valide bewijs van het geslacht van een persoon ontbreekt) om mensen anders dan met 'm' of 'v' te registreren. Daar staat tegenover dat invoering van een voor ieder eenvoudig toegankelijke, formele, derde categorie tal van complexe problemen kan veroorzaken, omdat het geslacht als 'organisatieprincipe' zo hecht is verankerd in het Nederlandse recht en beleid.^[57] Ook rechters, ambtenaren van de burgerlijke stand en de wetgever hebben herhaaldelijk aangegeven dat het een complex onderwerp betreft dat zorgvuldige afweging vraagt. In het amendement van Van Ginneken werd hierop niet ingegaan. In de toelichting op het amendement werd alleen de registratie door de overheid in de geboorteakte, BRP en paspoort besproken, maar niet de registratie door anderen, die al-dan-niet via autorisatiebesluiten hun systemen daarop moeten aanpassen.^[58] Ook werden de rechtsgevolgen voor betrokkenen met een 'x' niet genoemd, terwijl toch nog steeds in het recht regelmatig naar 'man' en 'vrouw' of andere sekse/gender gerelateerde begrippen wordt verwezen.^[59]

5. Conclusie

De ontwikkelingen in de rechtspraak ten aanzien van de wijziging van registratie van het geboortegeslacht in een registratie van een seksneutrale genderidentiteit gaan snel, wellicht mede omdat dergelijke procedures niet op tegenspraak worden gevoerd. De jurisprudentie reflecteert de snelle emancipatie van transgender personen. De Transgenderwet uit 2014 maakte de wijziging van het juridisch 'geslacht' gemakkelijker voor personen die de transitie van m naar v of andersom willen maken, door het vervallen van de ingrijpende eis van lichamelijke aanpassing. De bepalende factor werd genderidentiteit. Hiermee kregen personen met een non-binaire genderidentiteit eveneens een instrument in handen om erkenning te vragen voor hun situatie. Het gevolg is dat de overheidsregistratie minder eenduidig wordt en daardoor ook minder betrouwbaar en minder 'objectief'. Dat is voor de overheidsregistratie en de beleidsdoelen daarvan misschien niet zo erg, zolang het een kleine groep betreft, terwijl het veel kan betekenen voor non-binaire transgenders: zij hebben bijvoorbeeld geen gedoe meer bij identificatie. Dat neemt niet weg dat problemen met identificatie wellicht ook op een andere manier kunnen worden opgelost. Terugdringing van onnodige verstrekking en verwerking van 'geslacht' als persoonsgegevens helpt ook. Er kunnen wel andere problemen ontstaan, vooral waar wetgeving nog sterk uitgaat van binair geslacht en dat ook beoogt, zoals in geval van bescherming van zwangerschap en in familierelaties. Hier zijn uiteraard oplossingen denkbaar, zoals blijkt uit het ontwerpbesluit om de aanduiding van moederschap op de geboorteakte in bepaalde gevallen te vervangen door 'de geboorteouder'.^[60] Hierover moet echter wel zorgvuldig worden nagedacht zodat niet per ongeluk het kind met het badwater wordt weggegooid. Daarbij verdient zeker ook het achterwege laten van registratie van geslacht en/of gender overweging. Het wordt een kunst om het vraagstuk in de juiste proporties te

bespreken. Het is de vraag of een aansprakelijkstelling van de overheid hiervoor de beste manier is, gezien bijvoorbeeld de uiterst beperkte Duitse regeling naar aanleiding van de opdracht van het Duits Grondwettelijk Hof om vóór het einde van het jaar een regeling te treffen. Wel is duidelijk dat niet langer alleen de rechter, maar nu ook de (initiatief)wetgever aan zet is en dat voortvarendheid geboden is: wie m/v zegt moet nu ook x zeggen.

Voetnoten

[2]

Deze bijdrage werd afgesloten op 7 juni 2022.

[1]

Dr. M. (Marjolein) van den Brink is universitair docent bij het Studie en informatiecentrum Mensenrechten (SIM) aan de Universiteit Utrecht. Dr. J. (Jet) Tigchelaar is universitair docent bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht. Beide auteurs zijn als onderzoekers verbonden aan de Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF).

[3]

HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5686.

[4]

Wet van 18 december 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte. *Stb.* 2014, 1. De wet trad in werking op 1 juli 2014.

[5]

Het COC had in de consultatieronde bij de staatssecretaris op een onderzoek aangedrongen. Tweede Kamerlid Pia Dijkstra dient een motie met deze vraag in: [Kamerstukken II 2012/13, 33351, 10](#). Naar aanleiding van de motie is het rapport 'M/V en verder. Sekserregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders' verschenen: [Kamerstukken II 2014/15, 27859, 76](#).

[6]

De staatssecretaris wilde de vraag of het doorhalen van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte zonder nieuwe geslachtsvermelding, vanwege de complexiteit buiten het wetgevingstraject houden. Zie: [Kamerstukken II 2011/12, 33351, 3](#), p. 5.

[7]

Zie voor de overweging van de minister om de ontwikkelingen in de jurisprudentie af te wachten en om het wetsvoorstel Vereenvoudiging Transgenderwet niet te vertragen: [Kamerstukken II 2020/21, 35825, 3](#), p. 10-11. Een onderzoek naar de mogelijkheden en gevolgen van een genderneutrale registratie werd al in december 2019 afgesloten. Zie: 'Onderzoek geslachtsregistraties', Bijlage bij [Kamerstukken II 2019/20, 27859, 145](#). Op 19 november 2021 suggereert de minister echter dat er een wetsvoorstel tot wijziging van geslachtsregistratie in een non-binaire optie in het verschiet kan liggen, maar dat het nieuwe kabinet daarover moet beslissen. Zie daarvoor: de Nota naar aanleiding van het verslag, [Kamerstukken II 2021/22, 35825, 7](#), p. 27-28. Zie ook hieronder in paragraaf 3.

[8]

Zie voor het amendement dat Van Ginneken (D66) op 30 november 2021 heeft ingediend: [Kamerstukken II 2021/22, 35825, 10](#); zie voor het gewijzigd amendement: [Kamerstukken II 2021/22, 35825, 13](#). 2 juni 2022 heeft Van Ginneken aangekondigd haar amendement in te zullen trekken naar aanleiding van een daartoe strekkend advies van de Raad van State, zie <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/@130115/w16-22-0029-ii/> en <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6938556645769678848/>.

[9]

De Hoge Raad overweegt dat de bestaande wettelijke 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".

[10]

Rb. Limburg 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.

[11]

Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, 2006 en de Yogyakarta Principles +10. Zie <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/official-versions-pdf/>.

[12]

Zie r.o. 2.5.3. Voor een overzicht van recente internationale ontwikkelingen zie: Pieter Cannoot, 'Voorbij de binariteit in de geslachtsregistratie: de internationale praktijk in vogelvlucht', *FJR* 2021/46, p. 206-215.

[13]

[Kamerstukken II 2017/18, 34650](#). Inmiddels is dit voorstel wet geworden (*Stb.* 2019, 302).

[14]

De overweging dat er geen medisch bewijs nodig is, wordt pas in de eindbeschikking (Rb. Limburg 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931) gegeven. In de tussenbeschikking (Rb. Limburg 6 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10713) waarin ervan wordt uitgegaan dat de belanghebbende een

interseksuele conditie heeft, wordt dat nog wel nodig gevonden.

[15]

Rb. Noord-Nederland 24 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3437.

[16]

Rb. Midden-Nederland 10 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:522. Zie met name r.o. 4.12. Over de ontwikkelingen in deze eerste jaren zie: Charlotte Kersten, 'De "derde gender"-optie: de stand van zaken in Nederland in rechtsvergelijkend perspectief', *Ars Aequi*, januari 2021, p. 18-28.

[17]

Rb. Gelderland 20 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:325; Rb. Den Haag 13 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3907; Rb. Midden-Nederland 28 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4549; Rb. Noord-Holland 6 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4479 (tussenbeschikking); Rb. Zeeland/West-Brabant 15 juni 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:3064; Rb. Den Haag 29 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8133; Rb. Noord-Nederland 7 juli 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3179; Rb. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3732; Rb. Midden Nederland 21 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3298; Rb. Midden-Nederland 30 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4163; Rb. Noord-Holland, 29 september 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8413; Rb. Midden-Nederland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5054; Rb. Overijssel 3 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4321; Rb. Rotterdam 12 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11028; Rb. Gelderland 3 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6592; Rb. Gelderland 17 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6997; Rb. Den Haag 17 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13984 (tussenbeschikking).

[18]

Rb. Amsterdam, 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3732. Dit was de eerste keer dat in een primair verzoek om vermelding van een X werd gevraagd.

[19]

R.o. 4.3.

[20]

De Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksuele personen is per 1 november 2019 in werking getreden (*Stb.* 2019, 397).

[21]

Rb. Rotterdam 12 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11028. De rechtbank wijst op twee (niet bindende) internationale bronnen: een ontwerp-resolutie van het Europees Parlement en op beginsel 31 van de aangevulde Yogyakarta-beginselen plus 10 uit 2017. Het Duitse Constitutioneel Hof overwoog eerder iets vergelijkbaars, en liet de wetgever de keuze om hetzij ruimte te maken voor een positieve erkenning van genderbeleving anders dan m/v, dan wel om te stoppen met het registreren van sekse. Zie BVERFG, 1 BvR 2019/16 (Okt. 10, 2017).

[22]

Zie r.o. 4.20 waarin de rechtbank verwijst naar de conclusie van advocaat-generaal Wesseling-van Gent bij het arrest van de Hoge Raad uit 2007 (conclusie A-G 30 maart 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ5686, r.o. 2.8.).

[23]

Rb. Noord-Nederland 7 juli 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3179.

[24]

Het wetsvoorstel heeft als officiële titel: 'Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het veranderen van de voorwaarden voor wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte'. Zie [Kamerstukken II 2020/21, 35825, 2](#).

[25]

Rb. Midden-Nederland 21 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3298.

[26]

Rb. Noord-Holland 6 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4479. De tussenbeschikking wordt gegeven twee dagen na de indiening van het wetsvoorstel Vereenvoudiging Transgenderwet dat onder meer beoogt de deskundigenverklaring af te schaffen.

[27]

Rb. Limburg 6 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10713 (tussenbeschikking) en Rb. Limburg 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931. De rechter gaf in eerste instantie opdracht tot een medisch onderzoek naar de interseksuele conditie zoals aangegeven door de verzoeker, maar constateerde later dat het om genderbeleving ging, hetgeen medisch onderzoek niet kan vaststellen.

[28]

Rb. Noord-Holland 8 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2040.

[29]

Rb. Den Haag 17 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13948. Op dezelfde dag wordt nog een beschikking gewezen, maar die is conform de dominante lijn van de rechtspraak uit 2021 (namelijk toewijzing van de vermelding "het geslacht is niet kunnen worden vastgesteld". Wel wijdt de rechter een extra motivering aan de vraag waarom een latere vermelding de voorkeur verdient boven doorhalen van de huidige akte en opmaken van een nieuwe akte. Zie Rb. Gelderland: ECLI:NL:RBGEL:2021:6997.

[30]

De tweede vraag stelt aan de orde wat de rechter kan of mag doen in geval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: a. de geboorteakte

doorhalen en een nieuwe genderneutrale geboorteakte opmaken, of b. de geboorteakte wijzigen en daarin niet langer een geslacht opnemen of c. de geboorteakte wijzigen en een genderneutrale geslachtsaanduiding opnemen. De derde vervolgvraag is dan hoe een genderneutrale vermelding moet luiden: een 'X', een '-', 'waarvan het geslacht niet is kunnen worden vastgesteld', of nog anders.

[31]

Memorie van toelichting, [Kamerstukken II 2020/21, 35825, 3](#), p. 10-11.

[32]

Nota naar aanleiding van het verslag, [Kamerstukken II 2021/22, 35825, 7](#), p. 27.

[33]

Kennelijk is dit een vervolg op een eerder onderzoek 'Geslachtsregistraties' dat in 2019 in opdracht van de staatssecretaris van BZK is uitgevoerd en dat door de minister van OCW op 3 juli 2020 als bijlage bij de 'Voortgangsbrief onnodige seksregistratie' aan de Tweede en Eerste Kamer is aangeboden (zie o.a. [Kamerstukken II 2020/21, 27859, nr. 145](#)). In dat rapport worden globale schattingen gemaakt van de kosten, waarbij (op p. 82) is opgemerkt dat "er [...] een duidelijk verschil [is] tussen een toenemend gebruik van de bestaande 'O' in de BRP en het introduceren van een geheel nieuwe neutrale registratie van het geslacht in de BRP, zoals bijvoorbeeld een G voor genderneutraal. De impact van een nieuwe optie zal vele malen groter zijn, omdat geen enkel systeem daar nu op ingericht is."

[34]

[Kamerstukken II 2021/22, 35825, 10](#) (amendement) en [13](#) (gewijzigd amendement; 24 januari 2022).

[35]

[Kamerstukken II 2021/22, 35825, 10](#) (amendement), p. 6.

[36]

Rb. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3732.

[37]

Aldus het in het amendement voorgestelde nieuwe artikel 1:28e BW.

[38]

[Kamerstukken II 2021/22, 35825, 13](#), p. 7-8.

[39]

Brief aan de Tweede Kamer, [Kamerstukken II 2021/22, 35825, 11](#).

[40]

HR 4 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:336. De rechtbank Limburg houdt op 1 februari 2022 de beslissing nog aan, in afwachting van de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad: ECLI:NL:RBLIM:2022:746.

[41]

Voor de inhoud zie: <https://www.coc.nl/wp-content/uploads/2021/03/COC-Regenboog-Stembusakkoord-2021.pdf>.

[42]

Zie hiervoor ook 2.10 in de Conclusie van advocaat-generaal Vlas: ECLI:NL:PHR:2022:131.

[43]

HR 4 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:336, r.o. 4.9.

[44]

Rb. Noord-Holland 8 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2040.

[45]

Rb. Gelderland 8 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1824 en Rb. Overijssel 7 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:962 en 963.

[46]

Rb. Noord-Holland 8 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2040.

[47]

Rb. Gelderland 8 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1824.

[48]

Rb. Overijssel 7 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:962.

[49]

Rb. Overijssel 7 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:962 en 963.

[50]

'Nederlandse staat gedaagd om niet erkennen non-binaire genderidentiteit', *NRC* 23 maart 2022.

[51]

[52]

<https://equal-eyes.org/database/2020/9/20/greece-non-binary-recognition-of-gender-identity-by-the-magistrates-court-of-kallithea>.

[53]

R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2021] UKSC 56 On appeal from: [2020] EWCA Civ 363.

[54]

Cour de cassation, 4 mai 2017, Pourvoi n° 16-17.189.

[55]

EHRM, *Y contre la France*, Requête no 76888/17, 31 oktober 2017.

[56]

Zie ook het editorial van J.H. Lieber in *FJR* 2022/24, 'Een non-binair personen- en familierecht: een eerste vingeroefening'.

[57]

Zie bijv. het rapport 'M/V en verder. Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders', [Kamerstukken II 2014/15, 27859, 76](#).

[58]

Zie voor een inschatting van ICT-technische gevolgen van genderneutrale geslachtsregistratie: 'Onderzoek geslachtsregistraties', Bijlage bij [Kamerstukken II 2019/20, 27859, 145](#).

[59]

In 2014 is hiervan een inventarisatie gemaakt. Zie: bijlage 7 'Een inventarisatie van Nederlandse wetgeving met sekse specifieke aanduidingen of de term 'geslacht' bij M. van den Brink en J. Tigchelaar, 'M/V en verder: Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders', 2014, te raadplegen via de site van het WODC.

[60]

Zie [Kamerstukken II 2021/22, 35825, nr. 7](#), p. 28. De consultatieronde sloot op 3 mei 2022.