

ANNOTATIE

Y t. Frankrijk (EHRM, nr. 76888/17) – Weigering rechter tot aanpassing bevolkingsregister voor intersekse persoon niet in strijd met EVRM

prof. mr. A.C. Hendriks en M.C. de Vries

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 31-01-2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817 (EHRC-2023-0071)

1. De uitspraak van het Hof in de zaak *Y t. Frankrijk* is het eerste oordeel over een intersekse persoon die had verzocht om aanpassing van het bevolkingsregister. Hen had daartoe gesteld dat Frankrijk het respect op het recht op privéleven had geschonden. Deze uitspraak volgt op eerdere oordelen van het Hof over het al dan niet wijzigen van het bevolkingsregister. Zo heeft het Hof sinds 1980 diverse malen uitspraak gedaan over het gebruik van de geslachtsaanduiding van personen in het bevolkingsregister^[1] en, sinds 2014, over de aanduiding van de privé- en gezinsrelatie tussen kinderen en ouders.^[2] Ondanks grote gelijkenissen, kiest het Hof in de zaak *Y t. Frankrijk* voor een terughoudender opstelling dan in eerdere uitspraken. Er komt geen positieve verplichting voor verdragsstaten om een derde gendercategorie aan het bevolkingsregister toe te voegen. Hieronder trachten wij de overwegingen van het Hof hiertoe te verklaren en hebben daarop ook wel enige kritiek.

2. Overheden schrijven hun inwoners na de geboorte in in een bevolkingsregister. De gegevens in dit register bevatten essentiële informatie over de bewoners, zoals de voornamen en achternaam, het geboorteland, de trouwdatum en de eventuele datum, plaats en het land van overlijden. Ook wordt daarin het geslacht van de betrokkene opgenomen. De precieze inrichting van het bevolkingsregister verschilt per land. Alle Europese landen hebben evenwel gemeen dat het bevolkingsregister de autoriteiten inzicht geeft in de omvang en samenstelling

van de bevolking. Burgers kunnen zich aan de hand van de gegevens uit dit register ('uittreksel') identificeren of moeten die gegevens overleggen voor de inschrijving bij een woningbouwvereniging of het afleggen van bepaalde examens. Tegen deze achtergrond kan worden verklaard waarom bepaalde personen gegevens in dit register soms willen laten wijzigen vanwege feitelijke of ervaren onjuistheden.

3. In 1980 reageerde het Hof gereserveerd in de eerste zaak van een – wat door het Hof toen werd aangeduid als een – 'transseksueel' met betrekking tot een verzoek om wijziging van de geslachtsaanduiding in het bevolkingsregister. In de daarop volgende jaren is het Hof het belang van de juiste aanduiding van het geslacht bij transseksuele personen in het bevolkingsregister vanwege de privacy-implicaties meer gaan onderkennen. Zo kunnen derden op basis van deze gegevens te weten komen dat een vrouwelijke persoon als man is geboren – iets wat betrokkenen vaak heel vervelend vinden. Of krijgen zij deze informatie te zien doordat een persoon een uittreksel moet overleggen met daarop het 'oude' geslacht. Niettemin overwoog het Hof aanvankelijk, in de zaak *Rees* (1986), dat het verplichten tot het toestaan van geslachtsveranderingen bij transseksuele personen in het bevolkingsregister het registratiesysteem fundamenteel zou veranderen.[3] Er was, aldus het Hof in deze zaak, nog niet gebleken dat een geslachtsveranderende operatie bij de betrokkene had geresulteerd in het verkrijgen van nieuwe biologische eigenschappen van het andere geslacht. In 1990, in de zaak *Cossey*, overwoog het Hof dat er nog geen 'significante wetenschappelijke ontwikkelingen hadden plaatsvonden' om geslachtsveranderingen te erkennen.[4] In 1992 was kennelijk in beginsel wel aan deze voorwaarden voldaan. In de zaak *B. t. Frankrijk* oordeelde de Grote Kamer van het Hof dat een weigering van de overheid om de geslachtsaanduiding bij een transseksuele persoon in het bevolkingsregister te wijzigen een schending oplevert van artikel 8 EVRM,[5] al ging het Hof definitief om in de zaak *Christine Goodwin*. [6] De Grote Kamer van het Hof oordeelde in deze zaak dat klaagster ten onrechte niet kon trouwen omdat de autoriteiten weigerden haar nieuwe geslacht te erkennen. Daardoor was er sprake van een schending van artikel 8 EVRM. De aanduiding van het geslacht bij transseksuele personen betreft namelijk de persoonlijke intimiteit van de betrokkene, zoals beschermd door artikel 8 EVRM.[7]

4. In zaken over de aanduiding van privé- en gezinsrelaties tussen in het buitenland verwekte kinderen en de ouders die feitelijk het gezag uitoefenen over de kinderen was aanvankelijk sprake van een soortgelijke mate van gereserveerdheid van het Hof. De zaak *Menesson* (2014) betrof een Frans echtpaar dat in de Verenigde Staten de wettige ouders waren geworden van een tweeling die via tussenkomst van een draagmoeder was geboren. De Franse autoriteiten weigerden de door een Amerikaanse rechter opgestelde ouderschapsverklaringen over te nemen in het bevolkingsregister. Het Hof oordeelde in deze zaak, waarin het veel

gewicht toekende aan het belang van het kind, dat deze handelwijze van de Franse autoriteiten een inbreuk maakte op het privéleven van de tweeling, maar niet op dat van de ouders. In een op basis van Protocol 16 EVRM gegeven advies (2018) naar aanleiding van vragen van het Franse *Cour de Cassation* werkte het Hof deze uitspraak nader uit. Redenerend vanuit het belang van het kind dient de nationale wetgeving te voorzien in de erkenning van de juridische kind-ouderrelatie bij een via kunstmatige voortplantingstechnieken geboren kind.[8]

5. De vraagstelling die aan de zaak *Y t. Frankrijk* ten grondslag lag kent overeenkomsten met de verzoeken van transgender personen om de door hen gewenste geslachtsaanduiding in het bevolkingsregister te wijzigen en de wensen van ouders over de aanduiding van hun relatie tot hun via kunstmatige voortplantingstechnieken geboren kinderen. Y had verzocht hun geslachtsaanduiding in het bevolkingsregister te wijzigen van mannelijk naar neutraal dan wel intersekse. Dat verzoek was door de Franse autoriteiten afgewezen. De stelling van klager was dat hen een interseksuele genderidentiteit heeft en henzelf noch als mannelijk, noch als vrouwelijk beschouwt. Deze omstandigheden lijken door niemand te worden betwist. Het Franse bevolkingsregister kent echter maar twee soorten van geslachtsaanduidingen: mannelijk en vrouwelijk. Een derde categorie is afwezig. De Franse nationale rechter zag geen mogelijkheid om deze indeling onrechtmatig te verklaren. Terzijde, de Franse rechter duidt klager consequent aan met 'hij' en 'hem'.

6. De Franse nationale rechter had de botsing tussen de ervaren genderidentiteit van Y en de bestaande registratie erkend. Ook had hij opgemerkt dat intersekse personen ervoor zouden moeten kunnen kiezen om in een neutrale gendercategorie in het bevolkingsregister te worden opgenomen dan wel het toegewezen gender te kunnen wijzigen. Erkenning van het verzoek van Y zou, aldus de Franse nationale rechter, impliceren dat een derde geslachtscategorie ontstaat. De Franse nationale rechter vond het vanwege de gevoelige biologische, morele en ethische aspecten niet aan de rechter om daarover te beslissen, maar een zaak waarover de wetgever zich zou moeten buigen. Dit niet in de laatste plaats omdat, zoals de *Cour de Cassation* had overwogen, de toevoeging van een neutrale categorie aan het bevolkingsregister door de rechter verreikende gevolgen zou hebben en moeten leiden tot veel wetswijzigingen.

7. Het Hof stemt in met het oordeel van de Franse rechters, maar niet voordat het het grote belang heeft onderstreept van het erkennen van een derde geslachtscategorie voor intersekse personen in het bevolkingsregister. Het Hof stelt vast dat er in de onderhavige situatie sprake is van een botsing tussen de individuele belangen van Y en het belang van de staat bij het beschikken over betrouwbare officiële registers, de onvervreemdbaarheid van een burgerlijke status en het behoud van de sociale en juridische inrichting van het Franse bevolkingsregister.

8. Voordat het Hof de door Y gestelde schending van artikel 8 EVRM afwijst, merkt het nog enkele zaken op. Het Hof neemt afstand van het oordeel van de Franse rechter dat sociaal gedrag en de uiterlijke kenmerken van een persoon zwaarder wegen dan de biologische realiteit van het intersekse zijn. De identiteit van personen kan niet worden gereduceerd tot de wijze waarop een persoon door anderen worden gezien. Tegelijkertijd erkent het Hof dat de rol van rechters in een rechtsstaat begrensd is. Het Hof moet dat ook respecteren, gelet op de *margin of appreciation* die verdragsstaten toekomt. Deze beleidsruimte is in de onderhavige situatie ruim gelet op de verschillende opvattingen over intersekse in verschillende Europese landen (zie randnummer 11). De Franse nationale rechter laat het reguleren van het bevolkingsregister en de daarin opgenomen categorieën daarom over aan de wetgever. Het Hof concludeert aldus dat er geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM, ook al onderkent het de moeilijke situatie waarin intersekse personen zich kunnen bevinden. Het Hof benadrukt voorts dat het EVRM moet worden gezien als een ‘living instrument’, waarbij de inhoud en omvang van de rechten afhankelijk zijn van maatschappelijke ontwikkelingen.

9. Hoewel het Hof beargumenteert waarom het in de zaak *Y t. Frankrijk* de gestelde schending van artikel 8 EVRM afwijst, kunnen bij het eindoordeel vragen worden geplaatst. Dat geldt niet voor de ‘begripvolle’ overwegingen van het Hof naar klager toe en het belang van erkenning van intersekse. Door aldus te overwegen lijkt het Hof, anders dan in zijn eerder genoemde uitspraken in de zaken *Rees* en *Cossey*, niet te twijfelen aan de genderidentiteit van intersekse personen en de implicaties van toevoeging van een nieuwe, derde categorie aan het bevolkingsregister. Ook onderkent het Hof de problemen die intersekse personen kunnen ervaren en geeft het Hof nadrukkelijk aan dat het kunnen wijzigen van het bevolkingsregister voor deze groep in de toekomst wellicht mogelijk is. Niettemin oordeelt het Hof uiteindelijk dat er op grond van artikel 8 EVRM geen positieve verplichting voor de nationale rechter bestaat om het bevolkingsregister aan te passen. Dat vanwege het ontbreken van Europese consensus over dit vraagstuk (zie randnummer 11) en de machtenscheiding in Frankrijk.

10. Wij menen dat dit eindoordeel ook anders had kunnen luiden. Anders dan in de eerder aangehaalde zaak *Rees* wilde het Hof zich in de zaak *Y t. Frankrijk* niet verschuilen achter het argument dat er met betrekking tot het gender intersekse geen maatschappelijke of wetenschappelijke consensus bestaat. Ook anderszins zie het Hof de noodzaak tot erkenning. Toegegeven, niet iedereen onderschrijft het belang van erkenning van een derde gender, net zomin iedereen de noodzaak ziet om de relatie tussen ouders met via kunstmatige voortplantingstechnieken geboren kind goed te regelen. Bovenal denken we dat het Hof strenger had kunnen oordelen.

11. De uitspraak van het Hof in de zaak *Y t. Frankrijk* is alles bij elkaar hoopvol, maar tegelijkertijd wat teleurstellend. Hoopvol omdat het Hof het belang van erkenning van de

gendercategorie intersekse onderkent en ook het belang van respectering van de belangen van deze groep personen. De teleurstelling betreft de omstandigheid dat het Hof de mogelijkheid tot aanpassing van het bevolkingsregister c.q. toevoeging van een nieuwe categorie geheel aan de nationale autoriteiten laat. Evenmin draagt het Hof Frankrijk op de bestaande regels binnen een bepaalde periode te heroverwegen. Naar onze mening bestaan er geen wezenlijke, althans juridisch relevante, verschillen tussen het doorvoeren in het bevolkingsregister van een geslachtsverandering en het toevoegen van een nieuwe genderidentiteit. Duitsland heeft het eigen bevolkingsregister in 2018 aldus aangepast: naast mannelijk en vrouwelijk bestaat daar de categorie 'intersekse' of 'anders'. Dit op basis van een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* uit 2017 waarin dit hof de wetgever tot eind 2018 de tijd gegeven de wetgeving aan te passen.[9] Ook het Grondwettelijk Hof in België had grote moeite met het binaire systeem van de Belgische Transgenderwet. Het Hof heeft een bepaling in die wet opgeheven wegens strijd met het zelfbeschikkingsbeginsel en de wetgever opgeroepen meer genderidentiteiten toe te staan dan thans het geval is.[10] Ook enkele andere Europese landen – IJsland, Malta, Nederland en Oostenrijk – staan het wijzigen van het bevolkingsregister bij intersekse personen op onderdelen toe. De meerderheid van de Europese landen is evenwel nog niet zover. Wat ons betreft is het de hoogste tijd in dat laatste verandering te brengen. Toevoeging van een derde gendercategorie aan het bevolkingsregister is een relatief beperkte verandering, maar kan voor de betrokkenen veel betekenen.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

M.C. de Vries

Kinderarts en hoogleraar normatieve aspecten van de geneeskunde, LUMC

[1] *Van Oosterwijk t. België*, EHRM 6 november 1980, nr. 7654/76,

ECLI:CE:ECHR:1980:1106JUD000765476.

[2] *Mennesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11,
ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211, «EHRC» 2014/222, m.nt. Koffeman.

[3] *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81,
ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281, *NJ* 1987/945, m.nt. Alkema.

[4] *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1990, nr. 10843/84,

ECLI:CE:ECHR:1990:0927JUD001084384

[5] *B. t. Frankrijk*, EHRM (GK) 25 maart 1992, nr. 13343/87,
ECLI:CE:ECHR:1992:0325JUD001334387, NJ 199/679, m.nt. Alkema.

[6] *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95,
ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, «EHRC» 2002/74, m.nt. Janssen en Van der Velde.

[7] *Schlumpf t. Zwitserland*, EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06,
ECLI:CE:ECHR:2009:0108JUD002900206, «EHRC» 2009/35, m.nt. Hendriks; *Van Kück t. Duitsland*, nr. 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, «EHRC» 2003/61, m.nt. Gerards; *A.P., Garçon en Nicot t. Frankrijk*, EHRM 6 april 2017, nr. 79885/12, 52471/13 en 52596/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512, «EHRC» 2017/13; *S.V. t. Italië*, EHRM 11 oktober 2018, nr. 55216/08, ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608, «EHRC» 2019/8 m.nt. Tichelaar; *Y.T. t. Bulgarije*, EHRM 9 juli 2020, nr. 41701/16,
ECLI:CE:ECHR:2020:0709JUD004170116, «EHRC» 2020/203; *Rana t. Hongarije*, EHRM 16 juli 2020, nr. 40888/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD004088817, «EHRC» 2020/209; *X en Y t. Roemenië*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2145/16 en 20607/16,
ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516, «EHRC» 2021/055 en *A.D. e.a. t. Georgië*, EHRM 1 december 2022, nr. 57864/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD005786417, «EHRC» 2022/308.

[8] Advisory Opinion, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, EHRM (GK) 10 april 2019, Request no. P16-2018-001.

[9] BVerfG 10 oktober 2017, 1 BvR 2019/16, ECLI:DE:BVerfG:2017:rs20171010.1bv201916.

[10] Grondwettelijk Hof 19 juni 2019, rolnummer 6813, arrest nr. 99/2019, <https://www.const-court.be/public/n/2019/2019-099n.pdf>.