

---

Vergaderjaar 2003–2004 B

---

29 501**Overeenkomst betreffende de erkenning van beslissingen inzake de vaststelling van een geslachtswijziging; Wenen, 12 september 2000**

Nr. 2

**ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 20 december 2002 en het nader rapport d.d. 18 maart 2004, aangeboden aan de Koningin door de minister van Buitenlandse Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 14 oktober 2002, no.02.004692, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Buitenlandse Zaken mede namens de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de Overeenkomst betreffende de erkenning van beslissingen inzake de vaststelling van een geslachtswijziging; Wenen, 12 september 2000 (Trb.2001, 17), met toelichtende nota.*

*De Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (ICBS) heeft zich beziggehouden met rechtsvergelijkend onderzoek naar de wettelijke regelingen, die betrekking hebben op geslachtswijziging, en naar internationale aspecten van beslissingen dienaangaande.*

*De Raad van Europa kwam op basis van ICBS-rapportage tot de conclusie dat het essentieel is voor betrokkenen dat in hun geboorteakte het geslacht en de voornaam gewijzigd kunnen worden, waarna ook andere stukken dienovereenkomstig aangepast kunnen worden. Aangezien deze materie gelegen is op het terrein van de burgerlijke stand, heeft de Raad van Europa gemeend dat de ICBS de aangewezen organisatie was om een regeling op internationaal niveau tot stand te brengen.*

*Op 12 september 2000 is de Overeenkomst betreffende de erkenning van beslissingen inzake de vaststelling van een geslachtswijziging (hierna: de Overeenkomst) totstandgekomen. De Overeenkomst regelt dat een rechterlijke of een bestuurlijke beslissing inzake geslachtswijziging in beginsel wordt erkend in de andere verdragsluitende staten.*

*De Raad van State ziet geen beletsel voor goedkeuring van de Overeenkomst, maar plaatst daarbij enkele kanttekeningen.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 14 oktober 2002, nr. 02.004692, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde verdrag rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 20 december 2002, nr. W03.02.0450/l, bied ik U hierbij aan.

*1. Volgens de toelichtende nota zijn de bepalingen van de Overeenkomst in lijn met de nationale wettelijke regeling, namelijk de artikelen 28 tot en met 28c van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De Raad deelt dit standpunt niet. Artikel 28 lid 1 Boek 1 BW, bepaalt dat iedere Nederlander de rechtbank kan verzoeken wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van*

*geboorte te gelasten. De verzoeker moet aan de hand van een aantal stukken, opgesomd in artikel 28a lid 1 aantonen dat hij of zij de overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren, dat hij of zij zodanig aan het verlangde geslacht is aangepast als uit medisch of psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is, en dat hij of zij nimmer meer in staat zal zijn kinderen te verwekken of te baren. Het verzoek wordt toegewezen indien de rechtbank van oordeel is dat de verzoeker blijvend de overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren en dat hij of zij voldoet aan de in artikel 28 lid 1 gestelde voorwaarden. Artikel 28b noopt de rechter tot volle toetsing.*

*De strekking van de Overeenkomst is dat een geslachtswijziging die in een ander land is geaccepteerd in Nederland wordt erkend. Erkenning houdt in dat de in het BW voorgeschreven procedure niet hoeft te worden doorlopen. De ambtenaar van de burgerlijke stand en de rechtbank kunnen alleen inschrijving weigeren en toetsen aan de gronden die de Overeenkomst in de artikelen 1 en 2 noemt. Deze gronden komen niet overeen met de eisen welke de artikelen 28 en volgende stellen. Zo is naar Nederlands recht voor ontvankelijkheid van een verzoek ingevolge artikel 28a lid 1 een gezamenlijke verklaring van deskundigen vereist, waaruit een en ander blijkt omtrent de overtuiging van de verzoeker dat hij of zij tot het andere geslacht behoort en dat deze van blijvende aard kan worden beschouwd. Tevens moet blijken in hoeverre de verzoeker lichamelijk aan het verlangde geslacht is aangepast en dat deze nimmer meer in staat zal zijn kinderen te verwekken dan wel te baren. Behoudens de gevallen waarin erkenning strijdig is met de openbare orde of de beslissing is verkregen door bedrog, biedt artikel 2 van de Overeenkomst uitsluitend de mogelijkheid erkenning te weigeren indien de lichamelijke aanpassing niet is verwezenlijkt en in de desbetreffende beslissing is vastgesteld.*

*De Raad acht het gewenst dat in het algemeen deel van de toelichtende nota gewezen wordt op de uiteenlopende voorwaarden waaronder naar geldend Nederlands recht respectievelijk langs de weg van erkenning op grond van de Overeenkomst geslachtswijziging rechtsgeldigheid verkrijgt, en dat wordt verduidelijkt of de verzoeker zich eerst dient te wenden tot de rechter (artikel 28, Boek 1 BW), of dat hij of zij zich rechtstreeks kan vervoegen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand (artikel 28c).*

1. Het algemene deel van de toelichtende nota is overeenkomstig het advies van de Raad van State aangepast. In dit deel wordt nader ingegaan op de voorwaarden om op grond van artikel 28 e.v. van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek een beslissing inzake geslachtswijziging te verkrijgen en op de voorwaarden die in het verdrag van de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (ICBS) worden gesteld aan de erkenning van een dergelijke beslissing, alsmede hun onderlinge verhouding. De Raad van State merkt terecht op dat artikel 28b van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek de rechter tot volle toetsing noopt. Dit is niet het geval bij erkenning op grond van het verdrag. Het verdrag beoogt nu juist volle toetsing te voorkomen en bevat, met name in artikel 2, een aantal voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, wil er tot erkenning kunnen worden overgegaan. Deze voorwaarden behoeven niet tot een ander resultaat te leiden dan in de Nederlandse wet is vervat.

Hieronder volgt een vergelijking van de voorwaarden die in de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek worden gesteld en de voorwaarden die in het verdrag zijn vervat.

- In het Burgerlijk Wetboek wordt uitdrukkelijk de eis gesteld dat de betrokkene de overtuiging dient te hebben dat hij tot het andere geslacht behoort. In het verdrag wordt deze eis niet expliciet gesteld. Het verdrag is evenwel tot stand gekomen naar aanleiding van en met inachtneming van de Aanbeveling van de Raad van Europa nr. 1117 (1989), waarin als een kenmerk van transsexualiteit wordt genoemd «la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe» (de diepe overtuiging tot het andere geslacht te behoren). Hiernaar wordt verwezen op blz. 10 van de publicatie «Le transsexualisme en Europe»,

die door de ICBS in samenwerking met de Raad van Europa is uitgebracht (ISBN 92-871-4342-0).

Er kan derhalve van worden uitgegaan dat de overtuiging tot het andere geslacht te behoren, aan het verdrag ten grondslag ligt en dat dit besloten ligt in het vereiste dat de transseksueel lichamelijk dient te zijn aangepast aan het door hem gewenste geslacht.

Het verdrag verlangt blijkens de toelichting die de ICBS voor het verdrag heeft opgesteld, dat de fysieke aanpassing van de betrokkene door middel van medische behandelingen en chirurgische ingrepen zoveel mogelijk heeft plaatsgehad. Dat is in lijn met de regeling in artikel 28a, eerste lid, onder b, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, die eveneens inhoudt dat de aanpassing aan het verlangde geslacht slechts zover hoeft te gaan als uit medisch of psychologisch opzicht mogelijk c.q. verantwoord is. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat het achterwege blijven van een totale aanpassing aan het verlangde geslacht niet in alle gevallen aan erkenning van de beslissing volgens het verdrag in de weg hoeft te staan.

- Het Burgerlijk Wetboek stelt de eis dat de betrokkene als deze een man is, nimmer meer in staat is kinderen te verwekken en als deze een vrouw is, nimmer meer in staat is kinderen te baren, met andere woorden de betrokkene dient onvruchtbaar te zijn geworden. Het verdrag stelt deze eis niet expliciet. Zij is vervat in de voorwaarde van fysieke aanpassing aan het gewenste geslacht.
- In het Burgerlijk Wetboek wordt ten aanzien van de over te leggen stukken bepaald dat ten behoeve van het verzoek een afschrift van de geboorteakte en een deskundigenverklaring als bedoeld in artikel 28a, eerste lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek dienen te worden overgelegd. Het verdrag verlangt de overlegging van de geboorteakte niet. Dit is voor de erkenning ook niet nodig. Deze erkenning spitst zich immers toe op de rechterlijke beslissing. Blijkens de ICBS-toelichting op het verdrag wordt wel verlangd dat vaststaat dat in het kader van de beslissing inzake geslachtswijziging deskundigen zijn gehoord. In een uitspraak gegeven door een Nederlandse rechter zal uit de overwegingen blijken dat een dergelijk gehoor heeft plaatsgevonden.
- In de procedure op grond van het Burgerlijk Wetboek wordt de geboorteakte van de verzoeker pas gewijzigd als de beslissing van de rechter niet meer voor beroep vatbaar is en er dus sprake is van een eindbeslissing. Volgens het verdrag is erkenning eveneens alleen mogelijk in de gevallen dat het een eindbeslissing betreft. Een verzoek dat is ingediend op grond van het Burgerlijk Wetboek, kan geweigerd worden als niet is voldaan aan de in artikel 28b, eerste lid, van Boek 1 gestelde vereisten. Toetsing aan de openbare orde is daarin inbegrepen. Als voorbeeld moge dienen het geval waarin een verzoek tot geslachtswijziging is gedaan om redenen die niets van doen hebben met de overtuiging tot het andere geslacht te behoren, zoals redenen van publicitair/ commerciële aard. Het verdrag laat de invulling van het begrip «strijd met de openbare orde» over aan het land waar de erkenning van de beslissing wordt gevraagd, met dien verstande dat een geslachtswijziging op zich geen grond kan vormen voor strijd met de openbare orde. Naast die «openbare orde» als algemene weigeringsgrond, kent het verdrag nog een aparte weigeringsgrond, namelijk het geval waarin een beslissing op grond van bedrog is verkregen. In het algemeen zal de weigeringsgrond «strijd met de openbare orde» tevens de gevallen van bedrog omvatten. Echter, om hierover geen enkele twijfel te laten bestaan, is besloten «bedrog» als een aparte categorie op te nemen. Overigens bevat het Burgerlijk Wetboek in deze geen specifieke bepaling voor de gevallen van bedrog. Indien evenwel tijdens de procedure blijkt dat valse of vervalste stukken zijn overgelegd, kan het verzoek tot

geslachtswijziging uiteraard worden afgewezen. Indien het bedrog ontdekt wordt nadat het verzoek is toegewezen en de geboorteakte van de betrokkene inmiddels is gewijzigd, kan het Openbaar Ministerie op grond van artikel 24 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek de rechtbank verzoeken de aanpassing van de geboorteakte ongedaan te laten maken.

Uit het voorgaande blijkt dat de voorwaarden in het Burgerlijk Wetboek en in het verdrag zodanig met elkaar overeenstemmen, dat voor de goedkeuring van het verdrag geen aanpassing van de wet is vereist. Voor het overige zij opgemerkt dat het verdrag slechts de erkenning van beslissingen inzake geslachtswijziging beoogt te regelen en de daaruit voortvloeiende aanpassing van de geboorteakte van de betrokkene. Andere rechtsgevolgen die kunnen voortvloeien uit een beslissing inzake geslachtswijziging, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om met een persoon van het voormalige geslacht te huwen, worden niet door het verdrag geregeld, maar door het materiële nationale recht van de afzonderlijke verdragsstaten.

In het algemene deel van de toelichtende nota is tevens nog ter verduidelijking opgenomen dat het verdrag niet regelt op welke wijze de erkenning dient plaats te vinden. Dat wordt overgelaten aan het recht van de afzonderlijke verdragsstaten. Voor Nederland betekent dat er geen exequaturprocedure hoeft te worden gevolgd. De betrokkene kan volstaan met overlegging van een afschrift van de desbetreffende beslissing – zonodig voorzien van een vertaling – aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze zal de beslissing toetsen aan de voorwaarden van artikel 2 van het verdrag. Indien de toetsing leidt tot een positieve beslissing zal de ambtenaar de geboorteakte van de betrokkene aanpassen (bestaande uit wijziging van de vermelding van het geslacht en van de voornaam c.q. van de voornamen). Indien hij echter negatief beslist, stelt hij de betrokkene daarvan schriftelijk op de hoogte. Deze kan dan op grond van artikel 27 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek tegen de beslissing van de ambtenaar in beroep gaan bij de rechtbank.

*2. Diegene die niet de Nederlandse nationaliteit bezit ingevolge artikel 28 lid 3 Boek 1 BW maar gedurende een tijdvak van ten minste één jaar, onmiddellijk voorafgaande aan het verzoek, woonplaats in Nederland heeft en een rechtsgeldige verblijfstitel heeft, is gerechtigd een verzoek te doen als bedoeld in lid 1. Deze regeling kan tot hinkende verhoudingen leiden bij toepassing van artikel 1 van de Overeenkomst, indien de betrokkene in de staat waarvan hij of zij onderdaan is of waarin hij of zij zijn of haar gewone verblijfplaats heeft nadien een gerechtelijke of bestuurlijke beslissing tot geslachtswijziging verkrijgt terwijl in Nederland een verzoek nog in behandeling is dan wel dienaangaande reeds is beslist ten positieve dan wel ten negatieve. De Raad beveelt aan in de toelichtende nota uiteen te zetten onder welke omstandigheden erkenning van een dergelijke beslissing betreffende een persoon die (eventueel tevens) een andere dan de Nederlandse nationaliteit heeft in strijd met de Nederlandse openbare orde is, mede gegeven de aan de Nederlandse wet ten grondslag liggende gedachte dat een geslachtswijziging onomkeerbaar dient te zijn. Voorts dient te worden verduidelijkt of de term «gewone verblijfplaats» in artikel 1 van de Overeenkomst dezelfde inhoud heeft als de term «woonplaats in Nederland» in artikel 28 lid 3.*

2. De Overeenkomst beoogt het ontstaan van hinkende verhoudingen, zoals deze zich nu voordoen, zoveel mogelijk te voorkomen of op te heffen. Indien een persoon die (tevens) onderdaan is van één van de andere verdragsstaten, in de staat waarvan hij (ook) onderdaan is reeds de aanpassing van zijn geboorteakte wegens geslachtswijziging heeft verkregen, is er geen reden om een dergelijk verzoek – opnieuw – in te dienen in Nederland. Er kan dan worden volstaan met een verzoek tot erkenning van de buitenlandse beslissing. De situatie dat gelijktijdig in verschillende verdragsstaten een verzoek tot geslachtswijziging aanhangig is, zal zich niet snel voordoen. Indien dat wel gebeurt, zal – voorzover hij daarvan op de hoogte is – de rechter bij wie het verzoek op een later tijdstip wordt ingediend doorgaans de zaak

aanhouden zolang op het eerder ingediende verzoek niet is beslist (zie artikel 12 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

In paragraaf 2 van de toelichtende nota (artikelsgewijze toelichting artikel 2) wordt op advies van de Raad nader ingegaan op de omstandigheden waarin de erkenning van een buitenlandse beslissing aangaande de geslachtswijziging van een persoon op gronden die met de Nederlandse openbare orde verband houden, geweigerd wordt. Daarvan zal sprake zijn als de betrokkene niet voldoet aan het vereiste van onvruchtbaarheid, gesteld in artikel 28, eerste lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. Verder is als voorbeeld genoemd het geval dat de transseksueel tot geslachtswijziging is overgegaan om redenen die niets van doen hebben met de overtuiging tot het andere geslacht te behoren, zoals redenen van publicitair/commerciële aard. Onder strijdig met de openbare orde worden in principe ook beslissingen begrepen die op grond van bedrog zijn verkregen. Op de verhouding tussen openbare orde en bedrog is hierboven reeds ingegaan.

De term «gewone verblijfplaats» in artikel 1 van het verdrag ziet op het in het internationaal privaatrecht gangbare begrip. Dat gaat uit van de feitelijke plaats waar de betrokkene duurzaam verblijf houdt, met betrekking tot welke hij de intentie heeft om dat voort te zetten. De feitelijke aard van het begrip brengt met zich, dat er geen specifieke termijn aan gekoppeld is. Dat begrip dient te worden onderscheiden van de voorwaarde die in het nationale recht (artikel 28, derde lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek) gesteld wordt aan de competentie van de Nederlandse rechter om een verzoek tot geslachtswijziging van een vreemdeling in behandeling te nemen, inhoudende dat deze ten minste één jaar woonplaats in Nederland dient te hebben. In de praktijk zal het erop neerkomen dat wanneer voldaan is aan deze eis, er tevens sprake zal zijn van «gewone verblijfplaats». Beide begrippen vallen dan samen. Deze uitleg is conform het advies van de Raad in paragraaf 2 van de toelichtende nota, onder artikel 1, ter verduidelijking opgenomen.

*3. Het verdrag voorziet in de erkenning van «gerechtelijke of bestuurlijke onherroepelijke beslissingen» inzake de vaststelling van een geslachtswijziging. De aangehaalde woorden roepen de vraag op of een buitenlandse rechterlijke beslissing die ter plaatste nog niet in de burgerlijke stand is ingeschreven, of waarvan de inschrijving aldaar is geweigerd, in Nederland moet worden erkend. De Raad adviseert dit punt in de toelichtende nota te verduidelijken.*

3. Het verdrag hanteert als uitgangspunt dat akten van de burgerlijke stand en andere documenten zoveel mogelijk worden aangepast naar aanleiding van een uitspraak inzake geslachtswijziging. De vraag of een buitenlandse rechterlijke beslissing inzake geslachtswijziging in het desbetreffende land dient te worden ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand en wat de waarde van een eventuele inschrijving is, is afhankelijk van het recht van het desbetreffende land. De inschrijving is geen constitutief vereiste op grond van het verdrag. Het voorgaande leidt ertoe dat het ontbreken van een dergelijke inschrijving een erkenning van de buitenlandse beslissing in Nederland niet in de weg staat. Aan het advies van de Raad om dit onderwerp in de toelichtende nota te verduidelijken is gevolg gegeven. De artikelsgewijze toelichting op artikel 3 is uitgebreid.

4. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de toelichtende nota aan te vullen en in de nota diverse correcties aan te brengen. Zo is paragraaf 1 aangevuld met een alinea waarin verwezen wordt naar een resolutie van het Europees Parlement inzake de discriminatie van transseksuelen en is bijvoorbeeld in de artikelsgewijze toelichting op artikel 2 de term «fraude» gecorrigeerd in «bedrog».

*De Raad van State geeft U in overweging goed te vinden dat bedoelde Overeenkomst wordt overgelegd aan de beide Kamers der Staten-Generaal, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot van Justitie, verzoeken mij te machtigen gevolg te geven aan mijn voornemen het verdrag vergezeld van de gewijzigde toelichtende nota ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen aan de Eerste en aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Minister van Buitenlandse Zaken,  
B. R. Bot