

Let it be: Het recht op persoonlijke autonomie van personen met intersekse/DSD

Pieter Cannoot

Universiteit Gent, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Europees, Publiek- en Internationaal Recht, Gent, België

Samenvatting

Personen met intersekse/DSD genieten weinig aandacht in het Belgische rechtssysteem. Hoewel intersekse/DSD geen zeldzaam fenomeen is, zijn er weinig gegevens over de medische behandelingen die deze individuen ondergaan en de leefomstandigheden waarin ze zich bevinden. Personen met intersekse/DSD worden door het rechtssysteem onder bijzondere druk geplaatst, ten gevolge van de binaire normativiteit ervan. De binaire invulling van het geslacht (man/vrouw), houdt de maatschappelijke pathologisering van intersekse/DSD immers in stand en versterkt de focus op geslachtsnormaliserende medische behandelingen ten aanzien van kinderen die nog niet beschikken over voldoende onderscheidingsvermogen om met de behandelingen in te stemmen. Deze bijdrage gaat in het bijzonder in op de problematiek van de geslachtsnormaliserende behandelingen, de registratie van het geslacht door de overheid en discriminatie ten aanzien van personen met intersekse/DSD, telkens vanuit een mensenrechtenperspectief en meer bepaald het recht op persoonlijke autonomie. Daarbij worden diverse scenario's aangereikt voor de verbetering van de positie van personen met intersekse/DSD in het Belgische rechtssysteem.

Het is een understatement om te stellen dat personen met intersekse/DSD¹ (*Disorders/Differences of Sex Development*) weinig aandacht genieten in het Belgische recht. Hoewel een half (van Lisdonk, 2014) tot vier procent (Fausto-Sterling, 1993) van de bevolking een vorm van intersekse/DSD zou hebben, zijn er weinig gegevens over deze groep van personen. Bovendien beperkte de internationale en nationale focus zich lange tijd grotendeels tot de medische vragen waarmee personen met intersekse/DSD geconfronteerd worden. De laatste jaren neemt de juridische activiteit op Europees en internationaal niveau rond intersekse/DSD echter opmerkelijk toe. Zo publiceerden het EU Fundamental Rights Agency (FRA) (FRA, 2015) en de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa (Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015) elk een rapport over de fundamentele rechten van personen met intersekse/DSD. En ook de Verenigde Naties (VN) hebben aan de

hand van verschillende rapporten (Bijzondere Rapporteur voor Foltering, en andere Wrede, Onmenselijke of Vernederende Behandelingen of Straffen, 2013; OHCHR et al., 2014; OHCHR, 2016) de mensenrechtenschendingen waarmee personen met intersekse/DSD te maken krijgen, belicht.

Deze bijdrage zal in eerste instantie vanuit een juridisch perspectief kort de situatie van personen met intersekse/DSD plaatsen binnen de maatschappelijke binaire normativiteit, alvorens de uitdagingen waarmee het rechtssysteem wordt geconfronteerd uiteen te zetten.

Binaire normativiteit

Moderne wetenschappelijke bevindingen geven aan dat geslacht, genderidentiteit en seksuele oriëntatie sociaal geconstrueerde begrippen zijn, waarvan de invulling in culturele, maatschappelijke en juridische domeinen niet (noodzakelijk) beantwoordt aan de complexe menselijke realiteit (Picarra & Visser, 2012). Zo wordt bijvoorbeeld in de meeste rechtssystemen – op vanzelfsprekende wijze – een strikt binaire invulling gegeven aan 'geslacht': iemand is hetzij man of vrouw (binaire normativiteit). Bovendien worden de respectievelijke betekenissen van geslacht, genderidentiteit

P. Cannoot, doctoraal onderzoeker
Correspondentie: P. Cannoot, Universiteitstraat 4, B-9000 Gent, België.
E: Pieter.Cannoot@UGent.be

Ontvangen: 19 maart 2017; Geaccepteerd: 29 april 2017

¹ Welke lichamelijke variaties onder de koepelterm 'intersekse/DSD' vallen, komt elders in dit themanummer uitgebreid aan bod. Hierbij wordt ook verwezen naar de discussie over de verschillende connotaties die aan de termen 'intersekse' en 'DSD' worden gegeven, en de voorkeuren die personen – al dan niet met intersekse/DSD – hebben voor één van beide termen.

en seksuele oriëntatie op conceptueel niveau met elkaar vermengd (Valdes, 1995; Picarra & Visser, 2012). Hoewel deze drie elementen samen de seksuele identiteit van een persoon vormen (Reeves, 2009), hebben ze een onderscheiden betekenis. De term 'geslacht' verwijst naar de biologische samenstelling van een persoon, zoals die wordt bepaald door de aanwezigheid van chromosomen, hormonen, gonaden, interne en externe morfologische kenmerken (bv. prostaat, baarmoeder, penis, vagina etc.) en secundaire kenmerken (bv. lichaamsbeharing, borstontwikkeling etc.) (Silver, 2014). 'Genderidentiteit/genderexpressie' omvat daarentegen ieders diepgevoelde interne en individuele beleving van gender, die al dan niet samenvalt met het geslacht dat wordt toegewezen bij de geboorte, met inbegrip van de persoonlijke beleving van het lichaam (die, indien vrijwillig daartoe wordt gekozen, wijziging van de lichamelijke verschijning of functies via medische, chirurgische of andere wegen kan omvatten), en expressies van gender, waaronder kleding, spraak en gedrag (Preamble Yogyakarta Beginselen, 2006). 'Seksuele oriëntatie', tenslotte, heeft betrekking op ieders capaciteit voor diepe emotionele, affectieve en seksuele aantrekking tot en intieme en seksuele relaties met individuen van een ander geslacht of hetzelfde geslacht of meer dan één geslacht (Preamble Yogyakarta Beginselen, 2006).

Op basis van de wijdverspreide vermenging van de betekenis van deze drie elementen, komt het als legitiem over om als uitgangspunt te nemen dat er slechts twee geslachten zijn en bovendien dat iedere biologische man een mannelijke genderidentiteit zal hebben en zich aangetrokken zal voelen tot vrouwen en *vice versa* (Greenberg, 2003). Deze sociaal geconstrueerde regel duidt men aan met de binaire, hetero- en cisnormativiteit van de samenleving.

Personen met intersekse/DSD vormen het bewijs dat een zuivere binaire invulling van het geslacht niet noodzakelijk beantwoordt aan de natuurlijke ontwikkeling van het menselijk lichaam (Reilly, 2006). Desalniettemin is (het grootste gedeelte van) de Westerse maatschappij gebaseerd op de premisse dat mensen hetzij vrouw, hetzij man zijn (Callens, 2014). Het gaat echter om een sociaal geconstrueerd ideaal dat het lichaam van een individu in een binair keurslijf dwingt (Weiss, 2001). Vanuit dat perspectief kunnen personen die geboren worden met intersekse/DSD dan ook gezien worden als niet-conformerend aan de veronderstelde biologische binaire definitie van man/vrouw, die leidinggevend is in het rechtssysteem (zie *infra*). Het is echter belangrijk om niet voorbij te gaan aan het feit dat over het algemeen deze individuen geen probleem hebben met een binaire invulling van geslacht en genderidentiteit (van Lisdonk, 2014). De maatschappelijke niet-conformiteit van personen met intersekse/DSD ontstaat dus vooral wanneer zij geen behandelingen aan hun (zichtbare) 'atypische' geslachtskenmerken hebben ondergaan of wensen te ondergaan. Deze bijdrage zal voorts uitgaan

van de hypothese dat zowel elk individu, als het rechtssysteem belang hebben bij een correct conceptueel onderscheid tussen de drie elementen van de seksuele identiteit, en in het bijzonder 'genderidentiteit' en 'geslacht' (Agius & Tobler, 2011).

Uitdagingen voor het rechtssysteem

Het hierboven geschetste kader toont aan dat het rechtssysteem met vele uitdagingen wordt geconfronteerd die betrekking hebben op de rechtspositie van personen met intersekse/DSD. Deze bijdrage zal in het bijzonder ingaan op de problematiek van de geslachtsnormaliserende behandelingen, de overheidsregistratie van het geslacht en discriminatie, telkens vanuit een mensenrechtenperspectief en meer bepaald het recht op persoonlijke autonomie. Daarbij zal eveneens aangetoond worden dat deze drie elementen onderling verbonden zijn.

Geslachtsnormaliserende behandelingen

Verschillende bronnen geven aan dat het voorkomt dat personen met intersekse/DSD worden onderworpen aan medische behandelingen, die als 'geslachtsnormaliserend' kunnen worden omschreven, naast andere behandelingen met therapeutische oorzaak. Het is echter moeilijk in te schatten op welke schaal geslachtsnormaliserende behandelingen concreet voorkomen, aangezien officiële cijfers ontbreken. Hoewel kinderen die geboren worden met intersekse/DSD slechts in uitzonderlijke gevallen worden geconfronteerd met aan hun geslachtskenmerken gerelateerde gezondheidsproblemen die een onmiddellijke medische respons vereisen, worden ze onderworpen aan diverse behandelingen om hun lichaam zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met het 'standaard' mannelijke of vrouwelijke geslacht (Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015). De behandelingen vinden vaak plaats op (zeer) jonge leeftijd – en dus alvorens het kind beschikt over voldoende onderscheidingsvermogen om op geïnformeerde wijze in te stemmen – vanuit de overtuiging dat zij zullen bijdragen aan de gezonde ontwikkeling van het kind. In dergelijke omstandigheden worden de ouder(s)/voogd om toestemming verzocht en wordt dus voorbijgegaan aan de persoonlijke autonomie van de betrokken persoon. Onderzoek bij personen met intersekse/DSD die geen geslachtsnormaliserende behandelingen ondergingen, toont echter aan dat zij niet noodzakelijk altijd lijden aan de vermeende medisch-psychologische problemen die men koppelt aan intersekse/DSD (Reilly, 2006). Bovendien duiken geregeld diverse verhalen van personen met intersekse/DSD op, waarin zij getuigen over de trauma's en pijn die kunnen voortvloeien uit medische behandelingen waarmee zij niet ingestemd hebben, soms met zelfverminking of suïcide tot gevolg (Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015). Desalniettemin bestaat geen wetenschappelijk correct totaalbeeld van de kwestie óf en hoe aspecten gerelateerd aan in-

tersekse/DSD (medische conditiespecifieke aspecten, geslachtsnormaliserende behandelingen, en reacties uit de sociale omgeving) gevolgen hebben voor de gezondheid en het welzijn van de betrokken personen (van Lisdonk, 2014). Enige terughoudendheid tot wanneer de betrokken persoon zelf de nodige en/of wenselijke beslissingen kan maken lijkt dus op zijn plaats, indien dit medisch verantwoord is. Er dient immers erkend te worden dat de evaluatie van medische risico's sterk afhangt van individu tot individu. Het juridisch kader met betrekking tot intersekse/DSD dient dus zowel aan deze noodzakelijke terughoudendheid als de medische verantwoording vorm te geven.

Op juridisch vlak maakt het recht op persoonlijke autonomie deel uit van de persoonlijke vrijheid en de menselijke waardigheid, die volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof of EHRM) de essentie van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) uitmaken.² Hoewel het recht op persoonlijke autonomie niet uitdrukkelijk door het EVRM wordt gegarandeerd, neemt het Hof wel aan dat het deel uitmaakt van het bredere recht op bescherming van het privéleven in artikel 8 EVRM,³ en betrekking heeft op zowel de fysieke als de sociale identiteit van een persoon.⁴ Zo heeft het Hof geoordeeld dat dit recht de zelfbeschikking met betrekking tot 'seksuele identiteit' meebrengt.⁵ Daarnaast heeft het meermaals gesteld dat elementen als de genderidentificatie, namen, seksuele oriëntatie en het seksueel leven van een persoon deel uitmaken van het privéleven,⁶ dat door artikel 8 wordt beschermd en gestoeld is op het principe van de persoonlijke autonomie. In dat licht moeten behandelingen aan de geslachtskenmerken, waarmee de betrokken persoon met intersekse/DSD niet op geïnformeerde wijze heeft ingestemd, beschouwd worden als een inmenging met de persoonlijke autonomie van een persoon en bijgevolg van artikel 8 EVRM. Desalniettemin interpreteert het Hof het recht op persoonlijke autonomie niet op absolute wijze. Beperkingen zijn mogelijk, wanneer zij beantwoorden aan de voorwaarden die het EVRM vooropstelt, in het bijzonder in de tweede paragraaf van artikel 8. Aangezien zich (nog) geen rechtszaken met betrekking tot geslachtsnormaliserende behandelingen hebben voorgedaan, is het echter koffiedik kijken hoe het Hof zou omgaan met bijvoorbeeld de vereiste van voorafgaande ouderlijke

geïnformeerde toestemming die in vele rechtsstelsels – waaronder het Belgische – is ingebakken bij medische behandelingen ten aanzien van minderjarige kinderen, om zo hun belangen te beschermen.⁷ Het valt echter wel aan te nemen dat het Hof het geslacht van een persoon zou erkennen als één van de meest intieme aspecten van het privéleven, zoals het met genderidentiteit en seksuele oriëntatie heeft gedaan.⁸ Dergelijke erkenning is zeer belangrijk wanneer het Hof wordt geconfronteerd met een afweging tussen concurrerende belangen en zou dus kunnen leiden tot een beperkte appreciatiemarge voor de staat.⁹ Daarbij komt ook dat de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa in een historische resolutie uit 2013 de lidstaten heeft opgeroepen om te verzekeren dat tijdens de kindertijd niemand wordt onderworpen aan medische behandelingen die eerder cosmetisch dan noodzakelijk zijn, ter bescherming van ieders lichamelijke integriteit, autonomie en zelfbeschikking. Bovendien heeft het Hof geoordeeld in het kader van de voorwaarde van sterilisatie voor de juridische erkenning van geslachtsverandering, dat er geen sprake kan zijn van werkelijke instemming indien de uitoefening van het recht op privéleven afhankelijk wordt gemaakt van het opgeven van het recht op fysieke integriteit.¹⁰

Tenslotte moet ook verwezen worden naar Beginsel 18 van de Yogyakarta Beginselen, dat het principe van de geïnformeerde toestemming van kinderen bij geslachtstoewijzende behandelingen bevat. Het lijkt dus niet uit te sluiten dat het Hof niet-consensuele, niet-levensnoodzakelijke geslachtsnormaliserende behandelingen niet zou aanvaarden, zelfs wanneer de hierboven vermelde voorwaarde van ouderlijke geïnformeerde toestemming mee in de toetsing wordt opgenomen.

Naast de persoonlijke autonomie, dient ook het verbod van foltering en andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen vermeld te worden. Dit verbod is onder meer opgenomen in artikel 3 EVRM en artikel 7 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (BUPO-Verdrag). Zo heeft de VN-Bijzondere Rapporteur voor Foltering, en andere Wrede, Onmenselijke en Vernederende Behandelingen of Bestraffingen in een rapport van 2013 de niet-consensuele geslachtstoewijzing, onvrijwillige sterilisatie¹¹ en onvrijwillige geslachtsnormaliserende operaties waaraan kinderen met 'atypische' geslachts-

² EHRM 10 maart 2015, 14793/08, Y.Y. v. Turkije, §58.

³ EHRM 14 juni 2016, 49304/09, Birziotis v. Litouwen, §32.

⁴ EHRM 12 april 2016, 64602/12, R.B. v. Hongarije, §78.

⁵ EHRM 6 april 2017, 79885/12, 52471/13 en 52596/13, A.P., Garçon en Nicot v. Frankrijk, §93.

⁶ EHRM 10 maart 2015, 14793/08, Y.Y. v. Turkije, §56; 6 april 2017, 79885/12, 52471/13 en 52596/13, A.P., Garçon en Nicot v. Frankrijk, §92.

⁷ Voor een uitgebreid overzicht van de toepassing van dit principe in België, zie C. Lemmens (2014). *De Handelings- en Wilsonbekwamen*. In T. Vansweevelt & F. Dewallens (Eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*. Volume II (pp. 817-906). Antwerpen, België: Intersentia.

⁸ EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon v. Verenigd Koninkrijk*, 652; 12 juni 2003, 35968/97, *Van Kück v. Duitsland*, §56.

⁹ De statelijke appreciatiemarge verwijst naar de ruimte/flexibiliteit die het Hof aan de verdragstaten toekent om naar eigen inzicht de verdragsrechten toe te passen. De grootte van deze marge wordt onder meer beïnvloed door de maatschappelijke gevoeligheid van de zaak die voorligt en of er al dan niet een consensus bestaat onder de lidstaten over hoe het verdrag in een bepaalde materie dient te worden toegepast.

¹⁰ EHRM 6 april 2017, 79885/12, 52471/13 en 52596/13, A.P., Garçon en Nicot v. Frankrijk, §130.

¹¹ Merk op dat het rapport geen omschrijving biedt van 'onvrijwillige sterilisatie'.

kenmerken worden onderworpen stellig veroordeeld (Bijzondere Rapporteur voor Foltering, en andere Wrede, Onmenselijke en Vernederende Behandelingen of Bestraffingen, 2013). Ook het EHRM heeft, weliswaar in zaken die betrekking hadden op niet-intersekse Roma vrouwen, geoordeeld dat een door medische zorgverleners uitgevoerde sterilisatie, waarmee de betrokken persoon niet op geïnformeerde wijze had ingestemd en die bovendien niet-levensnoodzakelijk was, een schending uitmaakte van artikel 3 EVRM. Hoewel de medische staf niet de intentie had om de betrokkene te mishandelen, handelden ze met grote veronachtzaming voor haar menselijke vrijheid en haar vrije keuzerecht.¹² Dergelijke redenering lijkt eveneens toepasbaar ten aanzien van niet-consensuele, uitstelbare, niet-levensnoodzakelijke steriliserende behandelingen bij personen met intersekse/DSD.

Best practice

Malta heeft – vanuit mensenrechtenperspectief – wereldwijd de meest progressieve wetgeving met betrekking tot intersekse/DSD en dient dan ook gezien te worden als de mensenrechtelijke *best practice*. De recente “Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act” (Government Gazette of Malta No. 19,410) verbiedt in artikel 14 uitdrukkelijk elke vorm van geslachtstoewijzende behandeling en/of chirurgische ingreep ten aanzien van de geslachtskenmerken van een minderjarige (dus ook wanneer zij niet als geslachtsnormaliserend door de zorgkundige worden omschreven), die kan worden uitgesteld tot de betrokken persoon op geïnformeerde wijze toestemming kan geven. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan zonder toestemming van de minderjarige de behandeling plaatsvinden. In dergelijk geval moet overeenstemming bereikt worden tussen de ouders/voogd die geïnformeerde toestemming verlenen, en een interdisciplinair team.¹³ Bovendien moeten de belangen van het kind het doorslaggevende argument vormen. Deze wetgeving beschermt dus ten volle de lichamelijke integriteit en de persoonlijke autonomie van een kind dat wordt geboren met intersekse/DSD, maar biedt de nodige flexibiliteit om het kind dat nog geen toestemming kan geven alsnog te behandelen wanneer diens (medische) belangen dat werkelijk vereisen, bv. in het kader van een preventieve kankerbehandeling. Op die manier kan bovendien ook tegemoetgekomen worden aan de bezorgdheid dat, ter optimalisatie van bepaalde medische ingrepen, behandeling op jonge leeftijd is aangewezen.

Indien België ten volle het fundamentele recht van de persoonlijke autonomie van personen met intersekse/DSD wil beschermen, is aansluiting bij het Maltese

verbodsmodel aangewezen, mét inbegrip van de uitzondering. De introductie van een wettelijk verbod op niet-levensnoodzakelijke, uitstelbare, niet-consensuele geslachtstoewijzende behandelingen en/of ingrepen ten aanzien van de geslachtskenmerken veronderstelt een wijziging van de federale wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, die in artikel 12 het principe bevat van de ouderlijke geïnformeerde toestemming bij behandelingen ten aanzien van hun minderjarige kinderen die (nog) niet over voldoende onderscheidingsvermogen beschikken. Deze wijziging zou echter niet volstaan. Het verbod zou immers ook belangrijke consequenties hebben voor de registratie van het geslacht door de overheid.

Registratie van geslacht

De kwestie van (wetgeving met betrekking tot) medische behandeling van personen met intersekse/DSD is nauw verwant aan de overheidsregistratie van geslacht. Er kan immers gesteld worden dat het medische model ten aanzien van intersekse/DSD mede heeft geleid tot een duidelijk gebrek aan wettelijke erkenning van een niet-binair geslacht (Travis, 2015). Anderzijds dient het gezegd dat de binaire normativiteit van het recht – die weerspiegeld wordt in de registratie van geslacht – mogelijk de druk heeft versterkt die vele ouders en/of artsen voelen om hun kind te laten voldoen aan de maatschappelijke norm (Reilly, 2006).

Huidige wetgeving

Op grond van artikel 55 van het Belgische Burgerlijk Wetboek (B.W.) dient elke geboorte binnen de vijftien dagen na de bevalling aangegeven te worden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. De ambtenaar maakt zonder vertraging de geboorteakte op (artikel 56, §5 B.W.) en vermeldt, onder andere, het geslacht van het kind (artikel 57, 1° B.W.). Het vaststellen van het geslacht gebeurt door een zorgkundige, meestal op basis van een oppervlakkige controle van de genitaliën bij de geboorte. Voor kinderen van wie het geslacht onduidelijk is, kan de geslachtsaanduiding door de vader of de moeder dan wel door beide ouders worden aangegeven binnen een termijn van (ten laatste) drie maanden, mits een medische verantwoording wordt overgelegd (artikel 57, 1° B.W.). In de parlementaire voorbereiding van deze wettelijke uitzondering, wordt de termijn van drie maanden gemotiveerd als de tijd die nodig is om de nodige medische onderzoeken uit te voeren om zo het (binaire) geslacht van het kind vast te stellen (*Parl.St.* Kamer van volksvertegenwoordigers 2006-07, nr. 51-1242). De klemtoon op de medische benadering van intersekse/DSD blijkt uit de noodzakelijke *medische* verantwoording van het uitstel van de registratie van het geslacht. Hoewel het Burgerlijk Wetboek

¹² EHRM 8 november 2011, 18968/07, V.C. v. Slowakije; 12 juni 2012, 29518/10, N.B. v. Slowakije; 13 november 2012, 15966/04, L.G. e.a. v. Slowakije.

¹³ Dergelijke interdisciplinaire teams bestaan ook in o.a. het UZ Gent en het VUmc. Onder de Maltese wetgeving wordt het brede medisch-psychologische team echter ook aangevuld met de mening van activisten met betrekking tot intersekse/DSD.

niet uitdrukkelijk bepaalt welke opties met betrekking tot de registratie van het geslacht mogelijk zijn, kan de ambtenaar enkel kiezen voor de binaire invulling 'man/vrouw'. Dit geslachtsonderscheid wordt immers als een vanzelfsprekendheid beschouwd in het Belgische recht (Van Royen, 2008). De huidige stand van de Belgische wetgeving plaatst ouders dus onder bijkomende druk om in te stemmen met geslachtsnormaliserende medische behandelingen.

Wanneer naderhand zou blijken dat de genderidentiteit van een persoon met intersekse/DSD niet in overeenstemming is met het toegewezen geslacht dat werd geregistreerd in de geboorteakte, kan de betrokken persoon met intersekse/DSD zelf of via de ouders/voogd een vordering tot verbetering van de geboorteakte instellen bij de familierechtbank op grond van artikel 1383 van het Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.). De rechtspraak stelt immers dat de ambtenaar in deze gevallen een materiële vergissing heeft begaan (Uytterhoeven, 2000). De verbetering van het geslacht wordt dan door de ambtenaar via kantmelding op de geboorteakte aangebracht, wat enkel werking heeft voor de toekomst (*ex nunc*). Uit de rechtsleer kan afgeleid worden dat deze gerechtelijke procedure nog steeds kan aangewend worden (Swennen, 2014), niettegenstaande de administratieve procedure die in het Burgerlijk Wetboek werd ingeschreven.

Sinds 2007 maakt artikel 62bis B.W. het immers mogelijk dat personen die de voortdurende en onomkeerbare innerlijke overtuiging hebben tot het andere geslacht te behoren dan datgene dat is vermeld in de geboorteakte, en die lichamelijk zodanig aan dat andere geslacht zijn aangepast als uit medisch oogpunt mogelijk en verantwoord is, van die overtuiging aangifte doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. Hoewel deze administratieve procedure in eerste instantie gericht is op de situatie van transseksuelen, blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat ook personen met intersekse/DSD bij wie incongruentie tussen het toegewezen geslacht en de genderidentiteit bestaat, onder haar toepassingsgebied vallen (*Parl.St.* Kamer van volksvertegenwoordigers, 2005-06, nr. 51-0903). Bij de aangifte dient de betrokkene aan de ambtenaar een verklaring van de behandelende psychiater en chirurg te overhandigen waaruit blijkt dat:

- 1) de betrokkene de voortdurende en onomkeerbare innerlijke overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren dan datgene dat is vermeld in de geboorteakte;
- 2) de betrokkene een geslachtsaanpassing heeft ondergaan die hem zodanig in overeenstemming heeft gebracht met dat andere geslacht, waartoe betrokkene overtuigd is te behoren, als dit uit medisch oogpunt mogelijk en verantwoord is;
- 3) de betrokkene niet meer in staat is om

overeenkomstig het vroegere geslacht kinderen te verwekken.

Na een korte reflectietermijn, waarin belanghebbenden beroep kunnen instellen tegen de geslachtswijziging, vermeldt de ambtenaar het nieuwe geslacht op de kant van de geboorteakte (*ex nunc*).

De procedure uit artikel 62bis B.W. schendt zeer duidelijk de grondrechten van de betrokken personen (Verschelden, 2015). Zo heeft het EHRM in april 2017 in een zaak tegen Frankrijk de voorwaarde van sterilisatie een schending van artikel 8 EVRM bevonden.¹⁴ Daarnaast leidt ze ook tot de 'transseksualisering' van de gevoelens van bepaalde personen met intersekse/DSD die incongruentie ervaren tussen hun geslacht en genderidentiteit, terwijl die vaak te wijten is aan een niet-consensuele medische tussenkomst na de geboorte (Klaus, 2015). 'Transseksuele' personen met intersekse/DSD worden m.a.w. door het recht ertoe aangezet om geslachtstoewijzende behandelingen ongedaan te maken door nieuwe operaties en/of hormoonbehandelingen te ondergaan.

De Belgische federale regering ontwierp eind 2016 een ingrijpende hervorming van de hierboven beschreven transgenderwetgeving, met het oog op het verhogen van de zelfbeschikking van de betrokken personen. Zo zouden de medische voorwaarden verdwijnen. Bij het schrijven van deze bijdrage was dit wetsontwerp echter nog niet behandeld door het parlement, waardoor nu niet dieper kan worden ingegaan op de inhoud van het ontwerp of de toepassing ervan ten aanzien van personen met intersekse/DSD.

Potentiële hervorming

Een verbod op niet-consensuele, uitstelbare, niet-levensnoodzakelijke geslachtsnormaliserende behandelingen zou het huidige Belgische systeem van officiële geslachtsregistratie bij de geboorte op losse schroeven zetten. Het brengt immers met zich mee dat personen met intersekse/DSD bij wie het geslacht onduidelijk is, de vrijheid wordt gegeven om zelf te beschikken over hun geslacht en dus te kiezen of zij al dan niet (een) behandeling(en) wensen te ondergaan. Om die reden dient het verbod ook gepaard te gaan met een niet-binaire conceptualisering en registratie van 'geslacht' in het rechtssysteem. Hoewel sommige auteurs zelfs een afschaffing van elke vorm van geslachtsregistratie voorstellen (Cooper & Renz, 2016), valt aan te nemen dat deze registratie een legitiem doel kan nastreven. Zo onderscheiden van den Brink en Tigchelaar in hun rapport "M/V en verder" onder meer de volgende doelstellingen:

- Ordening van de openbare orde;
- Mogelijk maken van geslachts specifieke rechtsgevolgen;
- Mogelijk maken van uiteenlopende werkprocessen

¹⁴ EHRM 6 april 2017, 79885/12, 52471/13 en 52596/13, A.P., Garçon en Nicot v. Frankrijk, §93.

binnen de overheid, zoals oproepen tot preventieve kankerscreening en demografisch onderzoek;

- Identificatie, voornamelijk bij grensoverschrijdend verkeer.

Aangezien de eerste twee doelstellingen vooral anachronismen lijken te zijn, vormen dus de laatste twee elementen de ratio voor de huidige geslachtsregistratie door de overheid. Bovendien is identificatie voornamelijk gebaseerd op het checken van de conformiteit tussen de genderexpressie van een persoon op het ogenblik van de identificatie en het geregistreerde geslacht (van den Brink & Tigchelaar, 2014). Hierboven werd reeds uiteengezet dat de genderexpressie van een persoon gelinkt is aan diens genderidentiteit, die niet noodzakelijk overeenstemt met het (geregistreerde) geslacht. Wanneer het geslacht dus wordt ontdaan van de inhoudelijke verwarring met genderidentiteit, lijkt het eveneens minder relevant te worden voor identificatie.

Uitgaande van de resterende legitieme doelstelling en de eerder vermelde hypothese dat een juridisch onderscheid dient gemaakt te worden tussen registratie van geslacht en registratie van genderidentiteit, is het m.i. te verdedigen dat de organisatie van geslachtsregistratie blijft behouden op basis van een medische vaststelling bij de geboorte, die nadien in een vertrouwelijke databank wordt bijgehouden en kan gewijzigd worden indien de betrokken persoon behandeling aan de geslachtskenmerken ondergaat (zie *supra*). Bovendien zou het Burgerlijk Wetboek moeten voorzien in (een) niet-binaire optie(s) voor geslachtsregistratie om zo tegemoet te komen aan de variaties van intersekse/DSD.

Rechtsvergelijkend onderzoek toont aan dat in een aantal landen wereldwijd, zoals Australië, Nieuw-Zeeland, India en Nepal (van den Brink & Tigchelaar, 2014), niet-binaire registratie vandaag reeds mogelijk is, op basis van ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak. Of deze innovaties als concrete voorbeelden dienen beschouwd te worden, valt m.i. echter te betwijfelen. In geen van deze stelsels wordt immers een onderscheid gemaakt tussen de registratie van geslacht en genderidentiteit en wordt de situatie van (bepaalde) personen met intersekse/DSD dus gelijkgesteld met die van transgenderpersonen. Beide vormen van registratie hebben echter verschillende doeleinden en dienen los van elkaar (te kunnen) bestaan. Er kan immers niet voorbijgegaan worden aan het feit dat de meerderheid van personen met intersekse/DSD hun genderidentiteit situeren binnen het binaire "m/v" (van Lisdonk, 2014).

Discriminatie

Aangezien (bepaalde) personen met intersekse/DSD niet beantwoorden aan de binaire normativiteit, is deze groep bijzonder kwetsbaar voor taboe, maatschappelijke stigmatisering en discriminatie (Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015). Zo komt het voor

dat uiterlijke geslachtskenmerken die niet beantwoorden aan het geregistreerde geslacht of de incongruentie tussen het geslacht en de genderidentiteit van een persoon met intersekse/DSD aanleiding geven tot pesten, uitsluiting, weigering van dienstverlening en/of geweld (Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015), terwijl in de literatuur wordt geargumenteed dat het open zijn over een conditie van intersekse/DSD juist goed is in het proces van zelfacceptatie en het ontwikkelen van een positief zelfbeeld (MacKenzie, Huntington, & Gilmour, 2009; van Lisdonk, 2014). Door het toepassen van zogenaamd zelfmanagement in de vorm van beperkte openheid, aanpassen en vermijden van situaties en plaatsen, beschermen personen met intersekse/DSD zich tegen mogelijke ongewenste reacties en situaties, waardoor het moeilijk is een correct beeld te schetsen van de discriminatie waarmee ze te kampen hebben (van Lisdonk, 2014). Daarnaast zijn ook niet alle condities van intersekse/DSD voor derden visueel waarneembaar (Nederlands Netwerk Intersekse/DSD, 2013). Bovendien blijkt uit verkennend onderzoek dat personen met intersekse/DSD onwenselijke reacties en gedrag mogelijk niet ervaren als non-acceptatie of discriminatie, omdat er in hun omgeving weinig sprake lijkt te zijn van moedwillig kwetsen of een intentie om negatief te reageren (van Lisdonk, 2014). Anderzijds zou toegenomen maatschappelijke zichtbaarheid ook tot meer stigma kunnen leiden (van Lisdonk, 2014; Travis, 2015).

Hoewel de internationale mensenrechten een universeel karakter hebben en diverse internationale non-discriminatiebepalingen worden gekenmerkt door hun open bewoording, wordt geargumenteed dat *specifieke* non-discriminatiebepalingen de zichtbaarheid van de betrokken groep verhogen en gelijke behandeling stimuleren (Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015). Zo verbiedt de Belgische (federale) anti-discriminatiewetgeving directe en indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid (Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie) en geslacht(overandering), genderidentiteit en genderexpressie (Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, kortweg de Genderwet). De recente wijziging van de wet waardoor 'genderidentiteit' en 'genderexpressie' als verboden discriminatiegronden onder 'geslacht' werden gebracht, werd in de parlementaire voorbereiding gemotiveerd om "de groep van transgenderpersonen (zoals o.m. interseksuelen)" in de bescherming van de genderwet op te nemen (*Parl.St.* Kamer van volksvertegenwoordigers, 2013-14, nr. 53-3483).

Niettegenstaande de goede bedoelingen van de wetgever, doet de uitbreiding dus blijken van de conceptuele vermenging van geslacht en genderidentiteit. Een conditie van intersekse/DSD heeft immers *in se* niets te maken met genderidentiteit of de expressie daarvan (College voor de Rechten van de Mens, 2016). Desalniettemin tonen landen als Nederland, Duitsland

en Zuid-Afrika aan dat de bestaande grond 'geslacht' ook geïnterpreteerd kan worden op een niet-binaire wijze die personen met intersekse/DSD (expliciet of impliciet) in de bescherming opneemt (Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015). Er bestaat dus geen juridische noodzaak om de Genderwet te wijzigen en 'geslachtskenmerken' als aparte grond op te nemen om personen met intersekse/DSD te beschermen tegen discriminatie omwille van hun lichamelijke variatie. De lacune zou immers via (wetgevende of rechterlijke) interpretatie van 'geslacht' kunnen weggewerkt worden, zoals bv. het Nederlandse College voor de Rechten van de Mens heeft gedaan.¹⁵ Bovendien bestaat nog geen onderzoek dat uitsluitel brengt over de meerwaarde van een nieuwe non-discriminatiegrond, naast 'geslacht'.

Het verdient m.i. echter aanbeveling om de Genderwet alsnog uitdrukkelijk aan te vullen met de verboden discriminatiegrond 'geslachtskenmerken', zoals reeds in Malta, Bosnië-Herzegovina en enkele Spaanse regio's het geval is, om zo minstens symbolisch de wortel van de discriminatie van personen met intersekse/DSD uitdrukkelijk te benoemen, wanneer zij ongunstig worden behandeld omwille van hun lichamelijke variatie (O'Brien, 2015). Niet alleen zou deze uitbreiding uiting geven aan de toegenomen maatschappelijke aandacht voor personen met intersekse/DSD (College voor de Rechten van de Mens, 2016) en de conceptuele vermenging van geslacht, genderidentiteit en seksuele oriëntatie in het algemeen, maar ook tegemoetkomen aan de aanbevelingen van het FRA en de Raad van Europa (FRA, 2015; Menschenrechtencommissaris Raad van Europa, 2015). Dergelijke uitbreiding gaat bovendien hand in hand met de toepassing van het recht op persoonlijke autonomie dat, zoals hierboven reeds werd geargumenteed, eveneens een einde zou maken aan niet-consensuele, uitstelbare, niet-levensnoodzakelijke geslachtsnormaliserende behandelingen en gebrekkige geslachtsregistratie. In elk geval dient de uitbreiding van de non-discriminatiewetgeving eveneens gepaard te gaan met een algemene non-binaire conceptualisering van 'geslacht' in het rechtssysteem, in plaats van de 'm/v'-dichotomie die enkel de dominante groep omvat (O'Brien, 2015).

Conclusie

Deze bijdrage probeerde aan te tonen dat de basisassumpties van het moderne Belgische rechtssysteem nog steeds verankerd zijn in maatschappelijke binaire normativiteit. Dit juridisch uitgangspunt plaatst (minstens een deel van) personen met intersekse/DSD en hun ouders onder onaanvaardbare druk en houdt de onnatuurlijke binaire invulling van geslacht en genderidentiteit én hun onderlinge conceptuele vermenging in stand (Reilly, 2006; Greenberg, 1999). Het rechts-

systeem dient dus in eerste instantie conceptueel op punt gebracht te worden, alvorens de persoonlijke autonomie van personen met intersekse/DSD te erkennen en bij te dragen tot de depathologisering van het fenomeen. Hierbij dient de wetgever in eerste instantie een einde te maken aan niet-consensuele, uitstelbare, niet-levensnoodzakelijke geslachtsnormaliserende behandelingen, de verplicht binaire geslachtsregistratie na de geboorte en de onzichtbaarheid van personen met intersekse/DSD in de anti-discriminatiewetgeving.

Dankbetuiging

De auteur dankt Prof. Dr. Eva Brems en Prof. Dr. Gerd Verschelden voor hun waardevolle inzichten bij eerdere ontwerpen van deze bijdrage.

Financiering

Universiteit Gent

Belangenconflict

Geen

Literatuuroverzicht

- Agius, S., & Tobler, C. (2011). *Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*. Geraadpleegd op: <http://www.teni.ie/attachments/35bf473d-1459-4baa-8f55-56f80cfe858a.PDF>.
- Bijzondere Rapporteur voor Foltering, en andere Wrede, Onmenselijke of Vernederende Behandelingen of Straffen. (2013). *Report of the Special Rapporteur on torture, and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez*. Geraadpleegd op: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf.
- Callens, N. (2014). *The past, the present, the future: genital treatment practices in disorders of sex development under scrutiny*. Ghent, Belgium: University Press.
- Chau, P.L., & Herrington, J. (2002). Defining, Assigning and Designing Sex. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 16, 327-367.
- College voor de Rechten van de Mens (2016). *Achtergrondrapport. Wetswijziging Awgb*. Geraadpleegd op: <file:///C:/Users/pcannoot/AppData/Local/Temp/Achtergrondrapport%20wetswijziging%20AWGB-1.pdf>.
- Cooper, D., & Renz, F. (2016). If the state decertified gender, what might happen to its meaning and value?. *Journal of Law and Society*, 43, 483-505.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2015). *The fundamental rights situation of intersex people*. Geraadpleegd op: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-focus-04-intersex.pdf>.
- Farrell, S. (2004). Reconsidering the Gender-Equality Perspective for Understanding LGBT Rights. *Law & Sexuality Review*, 13, 605-703.
- Fausto-Sterling, A. (1993). The Five Sexes: Why Male and Female Are Not Enough. *Sciences*, 33, 20-25.
- Greenberg, J.A. (1999). Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology. *Arizona Law Review*, 41, 265-328.
- Greenberg, J.A. (2003). The Gender Nonconformity Theory: A Comprehensive Approach to Break Down the Maternal Wall and End Discrimination Against Gender Benders. *Thomas Jefferson Law Review*, 26, 37-49.

¹⁵ College voor de Rechten van de Mens (NL) 1 juli 2014, 2014-78; 21 mei 2015, 2015-58.

- Klaus, C. (2015). Classifying Intersex in DSM-5: Critical Reflections on Gender Dysphoria. *Archives Sexual Behaviour*, 44, 1147-1163.
- Lemmens, C. (2014). De Handelings- en Wilsonbekwamen. In T. Vansweevelt & F. Dewallens (Eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II* (pp. 817-906). Antwerpen, België: Intersentia.
- Levasseur, M.D. (2015). Gender Identity Defines Sex: Updating the Law to Reflect Modern Medical Science is Key to Transgender Rights. *Vermont Law Review*, 39, 943-1004.
- MacKenzie, D., Huntington, A., & Gilmour, J.A. (2009). The experience of people with an intersex condition: a journey from silence to voice. *Journal of Clinical Nursing*, 18, 1775-1783.
- Mensenrechtencommissaris Raad van Europa. (2015). *Human Rights and Intersex People*. Geraadpleegd op: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2933521&SecMode=1&DocId=2367288&Usage=2>.
- O'Brien, W. (2015). Can International Human Rights Law Accommodate Bodily Diversity? , 1-20.
- OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF & WHO. (2014). *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement*. Geraadpleegd op: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325_eng.pdf.
- OHCHR. (2016). *Intersex Awareness Day – Wednesday 26 October*. Geraadpleegd op: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20739&LangID=E>.
- Nederlands Netwerk Intersekse/DSD. (2013). *Standpunten en Beleid*. Geraadpleegd op: http://nnid.nl/files/2013/10/NNID-Standpunten-en-Beleid-2013-2014-V1_0.pdf
- Picarra, E., & Visser, C. (2012). Victor, Victoria or V? A constitutional perspective on transsexuality and transgenderism. *South African Journal on Human Rights*, 28, 506-531.
- Nagoshi, J.L., Nogoshi, C.T., & Brzuzy, S. (2014). *Gender and Sexual Identity. Transcending Feminist and Queer Theory*. New York: Springer.
- Reeves, A.R. (2009). Sexual identity as a fundamental human right. *Buffalo Human Rights Law Review*, 15, 215-282.
- Reilly, E. (2006). Radical Tweak – Relocating the Power to Assign Sex. From Enforcer to Differentiation to Facilitator of Inclusiveness: Revising the Response to Intersexuality. *Cardozo Journal on Law & Gender*, 12, 297-335.
- Silver, A.E. (2014). An Offer You Can't Refuse: Coercing Consent to Surgery Through the Medicalisation of Gender Identity. *Columbia Journal of Gender and Law*, 26, 488-526.
- Swennen, F. (2014). *Het Personen- en Familierecht*. Antwerpen, België: Intersentia.
- Travis, M. (2015). Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law. *European Law Journal*, 21, 180-199.
- Uytterhoeven, K. (2000). Het onderscheid tussen de vorderingen van staat en de vorderingen tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand m.b.t. interseksuelen en transseksuelen. *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, 44-47.
- Valdes, F. (1995). Foreword. Notes on the "Conflation". *California Law Review*, 83, 12-33.
- van den Brink, M., & Tigchelaar, J. (2014). *M/V en verder. Sekseregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*. Geraadpleegd op: https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledigetekst_tcm28-73312.pdf.
- van Lisdonk, J. (2014). *Leven met intersekse/DSD. Een verkennend onderzoek naar de leefsituatie van personen met intersekse/DSD*. Geraadpleegd op: https://www.scp.nl/Publicaties/Alle_publicaties/Publicaties_2014/Leven_met_intersekse_DSD.
- Van Royen, E. (2008). De vermelding van het geslacht in de geboorteakte. In P. Senaev & K. Uytterhoeven (Eds.), *De rechtspositie van de transseksueel* (pp. 269-294). Antwerpen, België: Intersentia. Weiss, J.T. (2001). The Gender Caste System: Identity, Privacy, and Heteronormativity. *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Legal Issues*, 10, 123-186.

Summary

Let it be: The right to personal autonomy of persons with intersex / DSD

The Belgian legal system devotes very little attention to the situation of persons with intersex/DSD. Although intersex/DSD is a common phenomenon, data about the prevalence of medical treatment regarding persons with intersex/DSD and their living conditions are rare. Persons with intersex/DSD are currently put under particular pressure by the legal system because of its binary normative character. The conceptualisation of "sex" according to the binary (male/female) maintains the pathologisation of intersex/DSD and reinforces the focus on sex normalising treatment on children who are too young to provide their informed consent. This contribution specifically deals with the legal challenges of sex normalising medical treatments, sex registration by the government and discrimination of persons with intersex/DSD, from a human rights approach. It will focus on the right to personal autonomy of persons with intersex/DSD and provides several possible scenarios to improve their legal status in the Belgian legal system.

Keywords: Intersekse/DSD, autonomie, gender, registratie, non-discriminatie

Trefwoorden: Intersekse/DSD, autonomie, geslacht, registratie, non-discriminatie