

Het rechtssubject (m/v)?

Twee visies op de rechtspraak van het EHRM over transseksualiteit¹

Sinds het begin van dit millennium heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg enkele opmerkelijke arresten gevelde omtrent transseksualiteit.² Deze 'aandoening' werd lange tijd als een rareiteit beschouwd, maar van dat label raakt transseksualiteit in het westen nu langzaamaan verlost. Naast vooruitstrevende medische technologieën lijken ook genoemde arresten een onmisbare bijdrage te hebben geleverd aan de betere maatschappelijk integratie van transseksuelen.

In dit artikel wil ik daarbij enkele bedenkingen plaatsen. Na een summiere schets van het begrip juridisch geslacht en de rechtspraak van het EHRM rond transseksualiteit verdedig ik de stelling dat die rechtspraak kenmerken vertoont van een instrumentalistische visie op het recht. Vervolgens zal ik aantonen hoe een alternatieve visie op het recht de problematiek van transseksualiteit in een ander daglicht plaatst en alternatieve oplossingen in het vooruitzicht stelt.

Juridisch geslacht

Kort na iedere geboorte wordt de geboorteakte opgesteld, die van de pasgeborene in beginsel een rechtssubject maakt. Deze akte vermeldt datum, plaats en uur van de geboorte, de afstammingsbanden en de achternaam van het kind, maar legt ook het geslacht en de vaak geslachtsgebonden voornamen vast. Het juridisch geslacht is ofwel mannelijk ofwel vrouwelijk, waarbij deze categorieën als volledig

worden beschouwd. De classificatie wordt gebaseerd op de vaststellingen die een arts doet op basis van de uiterlijke geslachtskenmerken. Parallel met de vooronderstelling dat er in de natuur slechts twee eenduidige, biologische seksen voorkomen, is juridisch geslacht opgevat als 'van nature binair en eenduidig'. Dit ondanks het feit dat de situatie van interseksuelen, die met ambigue geslachtsdelen en soms zelfs met biologische kenmerken van beide seksen worden geboren, deze vooronderstelling weerlegt (ISNA, zonder datum; Fausto-Sterling, 1993; Kessler, 1998).

Het geslacht maakt deel uit van de 'staat van de persoon.' Dit is 'het geheel van bepaalde hoedanigheden van een persoon die zijn juridische toestand in de maatschappij en in de familie bepalen, en hem onderscheiden van de andere personen wat het bezit en de uitoefening van bepaalde rechten betreft' (Senaeve, 2004). Onder meer leeftijd, naam, woonplaats, huwelijks- en afstammingsbanden en nationaliteit maken deel uit van de staat van de persoon. Deze staat is 'enkelvoudig': voor het recht kan een persoon niet op hetzelfde moment gehuwd zijn en ongehuwd, en al evenmin tegelijkertijd man en vrouw. Dit laatste in tegenstelling tot de biologische situatie van sommige interseksuelen en de situatie van transseksuelen en transgendermensen, wier psychologische genderidentiteit en/of sociale genderrol niet overeenkomt met hun biologische sekse. Ook kan de staat van de persoon niet autonoom gewijzigd worden; men kan niet

op eigen houtje beslissen van nationaliteit of juridisch geslacht te veranderen. Als element van de staat van de persoon is juridisch geslacht dus niet alleen enkelvoudig maar ook 'statisch', ook al blijkt uit de werkelijkheid dat geslacht meervoudig én veranderlijk kan zijn.

Rechtspraak van het EHRM

Het spreekt dan vanzelf dat transseksuelen en transgenders mensen botsen op de grenzen van het juridische geslacht. Naarmate de medische technologie het vanaf de jaren '60 en '70 mogelijk maakte om de uiterlijke geslachtskenmerken aan te passen aan de genderidentiteit en -rol, begonnen transseksuelen zich steeds meer te wenden tot het gerecht om ook hun juridisch geslacht daarmee in overeenstemming te brengen. Belangrijke motieven vormden enerzijds de erkenning die met deze geslachtswijziging gepaard gaat, maar anderzijds en vooral ook de bescherming die dit nieuwe juridische geslacht zou bieden. Transseksuelen werden op regelmatige basis geconfronteerd met getreiter en discriminatie door de discrepantie tussen hun uiterlijk en juridisch geslacht. Een man-naar-vrouwtransseksueel kon bijvoorbeeld, omdat ze juridisch man was, enkele collega's niet vervolgen wegens ongewenste intimiteiten (EHRM, Christine Goodwin t/ V.K., § 15). Bepaalde voordelen, studiebeurzen en jobs moesten transseksuelen laten schieten omdat daarvoor de geboorteakte, met daarop hun oorspronkelijk geslacht, moest worden voorgelegd (EHRM, Christine Goodwin t/ V.K., §§ 17-19 & I. t/ V.K., §§ 12-15). Transseksuelen die in hun nieuw verworven geslacht heteroseksueel waren, konden vaak niet huwen omdat hun geboorteakte hetzelfde geslacht meldde als dat van hun partner (EHRM, Rees t/ V.K. § 48). Ook konden ze geen kind adopteren of erkennen in hun nieuwe genderrol (EHRM, X., Y. & Z. t/V.K.).

In 1980 werd het EHRM met een eerste zaak over transseksualiteit geconfronteerd. De voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) stelde in haar rap-

port Van Oosterwijck t/ België dat België de artikelen 8 en 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) – die respectievelijk het recht op privé-leven en het recht om te huwen en een gezin te stichten beschermen – had geschonden door een verbetering van het geslacht op de geboorteakte van een postoperatieve transseksueel te weigeren (EHRM, Van Oosterwijck t/ België, § 23). Het Hof zelf verklaarde de klacht later echter onontvankelijk om procedurele redenen (EHRM, Van Oosterwijck t/ België, § 41).

In 1986 volgde de klacht van een Britse postoperatieve transseksueel (EHRM, Rees t/ V.K.). Ditmaal oordeelde het Hof wel over de grond van de zaak en hoewel het vond dat de geslachtswijziging in principe volledige juridische erkenning moest krijgen, stelde het toch dat ieder land vrij mocht beoordelen welke maatregelen daartoe noodzakelijk waren. In het Verenigd Koninkrijk waren wel enige verlichtende maatregelen van kracht, maar men beschouwde een wijziging van de geboorteakte niet als opportuun omwille van het historische karakter van dit document en de zware administratieve lasten die een verandering van het bestaande registratiesysteem met zich mee zou brengen. Het Hof aanvaardde deze argumenten en achtte artikel 8 noch 12 geschonden (EHRM, Rees t/ V.K., § 46 en §51). In 1990 bevestigde het Hof deze mening in het arrest Cossey t/ V.K., ondanks het feit dat verschillende Europese organen zich een jaar eerder hadden uitgesproken over de onaanvaardbaarheid van de situatie waarin vele postoperatieve transseksuelen op dat moment verkeerden (Resolutie Europees Parlement van 12 september 1989 & Aanbeveling Parlementaire Vergadering Raad van Europa nr. 1117 (1989)).

Een ander soort klacht kwam van een vrouw-naar-mantransseksueel (X) die het vaderschap van Z, een kind dat via kunstmatige inseminatie was verwekt bij zijn vrouwelijke partner Y, niet kon erkennen omdat zijn geboorteakte als geslacht 'vrouw' vermeldde (X., Y. en Z. t/ V.K.). Het Hof toonde zich erg

bezorgd over het welzijn van het kind en vond dat er nog te weinig bekend was over mogelijke negatieve effecten van transseksueel ouderschap om een schending uit te spreken (EHRM, X.Y. en Z. t/ V.K., §47 en §51). Ook in 1998 (EHRM, Sheffield en Horsham t/ V.K.) eiste het Hof nog geen aanpassing van het geslacht in de geboortakte van postoperatieve transseksuelen.

Pas in 2002 veranderde het – inmiddels grondig hervormde – Hof zijn rechtspraak en besloot het tot een schending van het recht op privé-leven en het recht om te huwen van twee Britse transseksuelen. Daarmee dwong het eindelijk zijn eerder geformuleerde principe af van een volledige juridische erkenning van de genderidentiteit van postoperatieve transseksuelen. Wel beperkte het zijn uitspraak tot het geval van volledig 'getransformeerde', postoperatieve transseksuelen opdat de groep aanvragers van geslachtswijzigingen beheersbaar zou blijven (EHRM, Christine Goodwin t/ V.K. § 91).

In een land als België, waar een juridische geslachtswijziging wel mogelijk was maar niet bij wet gewaarborgd zoals in Nederland (Wet 24 april 1985), leidden de arresten Christine Goodwin t/ V.K. en I. t/ V.K. tot een geïntegreerd wetsvoorstel dat de bestaande omslachtige, dure en rechtsonzekere mogelijkheden tot voornaamwijziging en geslachtverandering via de rechtbank wil vervangen door een eenvoudige administratieve procedure (Wetsvoorstel betreffende de transseksualiteit). Inmiddels kwam er in de schoot van de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand ook een overeenkomst tot stand die erkenning van de geslachtswijziging in andere landen dan datgene waar de wijziging werd bekomen, moet waarborgen (ICBS, Overeenkomst nr.29). Zo lijkt de integratie van transseksuelen dankzij het EHRM heel wat te zijn verbeterd.

Twee visies op het recht

In wat volgt wordt duidelijk dat het antwoord op de vraag of de oplossing van het EHRM ook

de meest verdedigbare is, afhangt van het standpunt van waaruit men haar evalueert.

De wijze waarop het EHRM met de problematiek van transseksualiteit is omgegaan, getuigt immers van een instrumentalistische visie op het recht. In een dergelijke visie wordt het recht beschouwd als een neutraal stuurmiddel om bepaalde politieke doelen te bewerkstelligen en wordt er bijgevolg geen eigen, intrinsieke waarde aan toegekend (Foqué & 't Hart, 1990). Een rechter moet volgens die visie vooral rekening houden met de maatschappelijke consequenties van zijn beslissingen. Dit kenmerk is duidelijk terug te vinden in de afwegingen van het Hof: het Britse argument van niet-opportuniteit gold lange tijd als voldoende reden om geen schending uit te spreken en ook in X., Y. en Z. t/ V.K. waren de mogelijke maatschappelijke gevolgen van transseksueel ouderschap doorslaggevend in de redenering van het Hof. Maar ook het arrest Christine Goodwin t/ V.K. vertoont kenmerken die duiden op instrumentalisme. Het Hof oordeelde in dat arrest dat de groeiende Europese consensus omtrent juridische erkenning van geslachtswijzigingen de impliciete aanwezigheid toonde van een gemeenschappelijk politiek doel. Het feit dat zulke erkenning de historische aard van het geboorteregister niet méér zou ondermijnen dan de bestaande uitzonderingen met betrekking tot erkenning en adoptie, vond het Hof een belangrijke reden om de realisatie van dit doel te eisen (EHRM, Christine Goodwin t/ V.K., § 85 en § 87). Het Hof hechtte er bovendien belang aan dat de maatschappelijke consequenties van een dergelijke aanpassing 'zowel beheersbaar als aanvaardbaar zouden blijven indien beperkt tot het geval van volledig getransformeerde en postoperatieve transseksuelen' (EHRM, Christine Goodwin t/ V.K., § 91).

Vanuit instrumentalistisch perspectief is de discrepantie tussen de (nieuw verworven) uiterlijke geslachtskenmerken en het juridisch geslacht van de transseksueel het probleem en biedt de uitzonderingsmaatregel van een anno-

tatie in de geboorteakte een effectieve, eenvoudige en maatschappelijk aanvaardbare oplossing. Als enig criterium – om het aantal geslachtswijzigingen ‘beheersbaar’ te houden – stelt het EHRM de ‘volledige transformatie’, die erop neerkomt dat het uiterlijk via (pijnlijke en risicovolle) operaties zoveel mogelijk conform het gewenste geslacht wordt gemaakt. Vele landen stellen daarbij nog expliciet de eis van onvruchtbaarheid (voor Nederland: BW, Boek 1, Afd. 13, Art. 28-1; voor België: Wetsvoorstel betreffende de transseksualiteit, Hfdst. V, Art.12) omdat voortplanting binnen het vorige (biologische) geslacht tot nieuwe ‘discrepanties’ zou leiden.

Bekeken vanuit een rechtsopvatting die, naast de instrumentaliteit – waar natuurlijk geen enkele rechtsorde zonder kan –, ook de machtskritische en beschermende aspecten van het recht niet uit het oog verliest (Focé & 't Hart, 1990, p.15), lijkt deze oplossing echter niet zo onschuldig. Hoewel het arrest ‘Christine Goodwin’ klaarblijkelijk een einde stelt aan de staticiteit van geslacht, moet de transseksueel zich, in ruil daarvoor, conformeren aan de vooronderstelling dat geslacht van nature binair, eenduidig en enkelvoudig is. Dit houdt een zware lichamelijke verminking in, en meestal onvruchtbaarheid. Hoewel heel wat mensen wier genderidentiteit en -rol niet met hun sekse overeenstemmen daartoe bereid zijn – deze noemen we in de regel transseksuelen – lijkt dit toch een zware eis. Des te meer omdat de beschermende werking van een juridisch geslacht overeenkomstig met genderidentiteit en genderrol ontzegd wordt aan diegenen die weigeren afstand te doen van hun lichamelijke integriteit of hun potentieel biolo-

gisch ouderschap, zoals transgenders. Zo brengt een andere visie op het recht ons tot een ander perspectief op het probleem zelf: niet de discrepantie tussen uiterlijk en juridisch geslacht van de transseksueel, maar de criteria voor de verwerving van een nieuw juridisch geslacht lijken vanuit deze visie problematisch.

Sociale constructie van geslacht(criteria)

Laten we ter vergelijking eens kijken naar de criteria die gelden bij de initiële verwerving in de situatie van interseksuelen, die bij de geboorte niet onmiddellijk een geslacht verwerven omwille van hun ‘ambigue’ genitalia. Uit verschillende studies blijkt dat bij de geboorte van een interseksueel kind de keuze van artsen voor één van beide geslachten zelfs na een gonadoscopie – dat wil zeggen een microscopisch onderzoek van de geslachtsklieren – en genetisch en hormonaal onderzoek vaak op grond van niet-medische, en in die zin arbitraire overwegingen, wordt bepaald. In de negentiende eeuw, toen vruchtbaarheid gezien werd als een belangrijk kenmerk van vrouwelijkheid, was de aanwezigheid van ovaria nog bepalend voor het ‘ware’ geslacht. Nu de maatschappij steeds meer de nadruk legt op esthetiek en op mannelijk seksueel prestatievermogen, is de mogelijkheid om ‘gelooftwaardige genitalia’ en in het bijzonder een voldoende grote en functionerende penis te (re)construeren het doorslaggevend criterium geworden in deze beslissing (Kessler, 1998; zie ook Fausto-Sterling, 2000). Wanneer een keuze is gemaakt, worden de ouders ingelicht over het ‘ware’ geslacht van hun kind dat op de geboorteakte wordt aangebracht, en krij-



gen ouders de raad het kind zo snel mogelijk chirurgisch te laten 'aanpassen' aan hun 'ware' sekse. Dit ondanks het feit dat deze 'aanpassing' onomkeerbaar is, genitale ongevoeligheid of hevige genitale pijnen kan veroorzaken op latere leeftijd en vaak permanente onvruchtbaarheid tot gevolg heeft, met name wanneer perfect functionerende geslachtsklieren worden weggenomen omdat deze horen bij het andere dan het door artsen verkozen geslacht (ISNA, 1995-2003; Kessler, 1998).

Hieruit blijkt dat zowel bij pasgeboren interseksuelen als bij transseksuelen de uiterlijke geslachtskenmerken – of wat op basis daarvan door artsen ge(re)construeerd kan worden – doorslaggevend zijn voor het verwerven van een juridisch geslacht. Tegelijk echter is duidelijk geworden dat diezelfde uiterlijke geslachtskenmerken in beide gevallen via chirurgische interventie worden aangepast aan de (niet met de werkelijkheid strokende vooronderstelling van) binariteit, eenduidigheid en enkelvoudigheid van geslacht. Dit conformisme krijgt zelfs voorrang op de lichamelijke integriteit van de personen in kwestie. Het lijkt er dus op dat het criterium voor de verwerving van juridisch geslacht gebaseerd is op een cirkelredenering.

Het voorbeeld van interseksualiteit geeft meteen ook aan waar we de oorzaak moeten zoeken. Bij interseksuele pasgeborenen, immers, werkt het mechanisme van de (re)constructie van uiterlijke geslachtskenmerken zonder dat een wet of rechter dit eist. Niet de wet dus, maar wel de sterk cultureel gekleurde opvattingen over geslachtsverschillen – waarvan onder andere Kessler en Fausto-Sterling aantoonde dat ze de keuze voor een geslacht en het advies tot 'chirurgische correctie' bepalen – veroorzaken deze cirkelredenering. Ook bij transseksualiteit spelen cultuurgebonden noties over hoe vrouwen en mannen er zouden moeten uitzien mee in de keuze welke geslachtsveranderende operaties worden uitgevoerd en hoe. Hoewel vele 'biologische' vrouwen kleine borsten en redelijk wat lichaamsbehaving hebben, zal bij man-naar-vrouwtransseksuelen

vaak toch gekozen worden voor borstvergroting met implantaten en rigoureuze laserontharingsbehandelingen: vrouwelijkheid wordt in onze cultuur immers geassocieerd met grote borsten en een zachte, onbehaarde huid. Dit brengt ons tot de conclusie dat zowel juridisch geslacht, als de uiterlijke geslachtskenmerken die biologische sekse 'signaleren', sociaal geconstrueerd zijn (Fausto-Sterling, 2000; Kessler, 1998; Overall, 2005; Shrage, 2005).

Maatschappelijke genderdichotomie

Vanuit machtskritisch en rechtsbeschermingsperspectief zien we dat de oorzaak van de problematiek van transseksuelen ligt in diepgewortelde culturele vooronderstellingen omtrent het geslachtsverschil, die we algemeen aanduiden als de maatschappelijke genderdichotomie. Vanuit een ingebedheid in die genderdichotomie wordt geslacht vaak nog steeds gedacht (en door chirurgen dus ook gereconstrueerd) als van nature binair, eenduidig, statisch en enkelvoudig, ondanks een biologische en sociale realiteit die het tegendeel bewijst. Het is ook aan deze genderdichotomie dat juridisch geslacht zijn relevantie ontleent. Als element van de staat van de persoon bepaalt geslacht immers de plaats van een rechtssubject in maatschappij en gezin mee en onderscheidt het rechtssubjecten onderling wat betreft eigendom en het uitoefenen van bepaalde rechten (Senaeve, 2004, p. 47). Het rechtsbeschermingsperspectief ontmaskert het juridisch geslacht dan als een instrument om sociale (machts-)verhoudingen vorm te geven volgens het geslachtsverschil.

Men zou kunnen beargumenteren dat het EHRM, ondanks zijn instrumentalisme, de ingebedheid van juridisch geslacht in de maatschappelijke genderdichotomie erkent en los komt van een aantal traditionele kenmerken ervan. De toelating tot geslachtswijziging lijkt immers een impliciete erkenning van het gegeven dat geslacht van nature niet enkelvoudig is en betekent bovendien een breuk met het 'statische' karakter van geslacht. Het EHRM erkent

inderdaad dat biologische sekse en genderidentiteit niet noodzakelijk met elkaar overeenstemmen en dat geslacht meervoudig kan zijn. De verworven dynamiek is echter grotendeels een illusie. In feite gaat de transseksueel, die bij de geboorte voor-eens-en-altijd was ingedeeld in één categorie, voor-eens-en-altijd over naar de andere. Daarenboven vloeit de eis van een zo volledig mogelijke transformatie, net als de in nationale wetgevingen gestelde eis van toekomstige onvruchtbaarheid, voort uit de voorstelling van geslacht als van nature binair en eenduidig en verheft het deze voorstelling tot norm. Het door het Hof uitgevaardigde criterium verwordt daardoor tot een 'instrument tot behoud van een werkelijkheidsvoorstelling waarvan gezegd wordt dat zij natuurlijk is' (Focé & 't Hart, 1990).

Vanuit een machtskritisch en rechtsbeschermend perspectief moet dan de vraag worden gesteld of het werkelijk zoveel verschil maakt tot welk geslacht transseksuelen of transgendermensen behoren. Welke rechten en plichten zijn geslachtsgebonden en rechtvaardigen deze classificatie van burgers in één van twee elkaar wederzijds uitsluitende geslachts-categorieën?

De juridische relevantie van geslacht

Amper zestig jaar geleden zou het antwoord op de vraag voor welke rechtsregels juridisch geslacht relevant is nog erg uitgebreid zijn geweest. De negentiende-eeuwse maatschappelijke organisatie door het recht was volledig doordrenkt van een geslachtsdichotomische taakverdeling (Willekens, 1991). Stemrecht, politieke participatie, arbeidsverdeling en -verhoudingen, eigendomsrecht, huwelijks- en afstammingsrecht waren alle zo opgevat dat de publieke sfeer en de middelen tot productie (bezit en kapitaal) vrijwel uitsluitend aan mannen en de private, huishoudelijke sfeer en de reproductieve taken (het voortbrengen van mannelijke erfgenamen die het behoud van bezit en kapitaal konden verzekeren) aan vrouwen werd toegewezen. Het juridisch geslachts-

verschil functioneerde zo als een instrument van sociale controle over productie en reproductie (Willekens, 1991).

Tijdens de tweede helft van de vorige eeuw echter, ontcrachten feministen het discours van 'natuurlijkheid' rond de scheiding publiek/privaat en bekritiseerden ze de manier waarop het recht deze in stand hield (Pateman, 1987). Verder toonden ze aan dat machtsonevenwichten en onrechtvaardigheden in beide sferen niet los van elkaar bestonden, maar elkaar wederzijds versterkten (Okin, 1989; ook verwoord in: Leven, 2004). Deze kritiek sloeg aan en steeds meer rechtsregels werden geslachtsneutraal opgesteld. Op dit moment bestaat in vele westerse landen nog slechts een klein aantal belangrijke onderscheidingen naar geslacht, zoals dienstplicht, werktijdregelingen en pensioenleeftijd, huwelijks- en afstammingswetgeving, zwangerschapsregelingen en non-en positieve discriminatiemaatregelen. Voor elk hiervan moet de vraag worden gesteld of ze zo noodzakelijk zijn voor een stabiele democratische samenleving dat ze de lichamelijke en geestelijke integriteit van transseksuelen en transgendermensen in het gedrang mogen brengen, of dat ze eerder een werkelijkheidsvoorstelling in stand houden die bepaalde sociale machtsverhoudingen maskeert?

Sommige ervan raken alvast langzaam voorbijgestreefd. De dienstplicht gold in de meeste landen enkel voor mannen vanuit de idee dat zij het waren die het volk, met name vrouwen en kinderen, moesten beschermen: een vrouwenleven was voor de samenleving bovendien kostbaarder aangezien vrouwen kinderen dragen, baren en zogen (Peach, 1997). Nu technologie en slagkracht echter belangrijker zijn geworden dan mankracht verdwijnt de noodzaak van dienstplicht en werken steeds meer landen met een professioneel, vaak gemengd leger. Ondertussen wordt de dienstplicht afgeschaft, opgeschort of vervangen door een vorm van 'burgerdienst' die voor alle burgers geldt. Sommige landen, zoals Israël, hebben dan weer dienstplicht voor man-

nen én vrouwen, wat er eveneens op wijst dat discriminatie op dit vlak onnodig is.

Ook de lagere pensioenleeftijd en strengere werktijdregelingen voor vrouwen vonden hun oorsprong in de beschermingsideologie, maar zijn ondertussen onderwerp van gelijk-schakeling geworden: beschermende maatregelen en beperkte werktijdregelingen worden uitgebreid naar alle werknemers en de vrouwelijke pensioenleeftijd wordt opgetrokken.

Wat betreft zwangerschapsregelingen en discriminatieverboden en -geboden, is de juridische relevantie van geslacht van een andere orde. Beide hebben immers tot doel discriminatie tegen te gaan en zo het geslachtsverschil in het recht uiteindelijk overbodig te maken (Willekens, 1991, p. 367). Discriminatieverboden en positieve discriminatie van vrouwen zijn erop gericht de economische en maatschappelijke positie van vrouwen te verbeteren en historische ongelijkheden ongedaan te maken. Net als de afschaffing van dienstplicht en de gelijkschakeling van pensioenleeftijden vertolken ze de idee dat geslacht geen relevante factor zou mogen zijn in publieke aangelegenheden. En voor zover zwangerschapsregelingen niet reeds zijn omgevormd tot ouder-schapsregelingen, die niet alleen de zwangere vrouw en jonge moeder maar ook de jonge vader beschermen, maken deze deel uit van diezelfde evolutie (Willekens, 1991).

Huwelijks- en afstammingsrecht als instrument van sociale organisatie

Anders ligt het met het familierecht. In de meeste westerse landen is de gehoorzaamheidsplicht van de vrouw aan haar echtgenoot afgeschaft en wordt de onderhoudsplicht geslachtsneutraal geformuleerd. Wat betreft de inhoud van het huwelijk bestaat er dus een zelfde tendens naar gelijkschakeling (Willekens, 1991). Wat echter de toegang tot het huwelijk betreft, maakt het recht nog steeds onderscheid naar geslacht. Hoewel vele westerse landen een vorm van geregistreerd partnerschap voorzien, staat het wettelijk huwelijk alleen in Nederland, Canada,

België en Spanje open voor personen van gelijk geslacht. Voor de afstammingsband geldt hetzelfde: een kind kan slechts twee juridische ouders hebben, en deze moeten van verschillend geslacht zijn. Alleen Zweden, Canada, Spanje, Zuid-Afrika en Nederland staan adoptie door koppels van gelijk geslacht toe, hoewel ook de Belgische Kamer onlangs een wetsvoorstel in die zin goedkeurde.

Een ander verschil is dat de moeder die het kind baart van rechtswege het juridisch ouderschap verwerft. Frankrijk is, met zijn mogelijkheid tot anonieme bevalling, de enige Europese uitzondering op dit principe. De vader verwerft het juridisch ouderschap slechts automatisch wanneer hij getrouwd is met de moeder en dan nog kan het vaderschap gemakkelijker worden betwist. Ook wat betreft naamgeving is geslacht relevant: hoewel België zowat het enige westerse land is waar het kind per definitie de naam van de vader krijgt wanneer deze gekend is, geeft het recht vrijwel overal de voorkeur aan de vadersnaam. Zelfs in Spanje en zijn vroegere kolonies, waar elk kind een dubbele naam krijgt, vervalt de moedersnaam in latere generaties.

De meeste westerse rechtsordes propageren dus nog steeds het monogame, heteroseksuele, reproductieve huwelijk dat in de negentiende eeuw de hoeksteen van de samenleving vormde. Aangezien er een tendens bestaat die de overblijfselen van de geslachtsdichotomische maatschappelijke organisatie probeert weg te werken in publieke aangelegenheden, lijkt dat ook de aangewezen weg voor wat betreft deze domestieke pendant – juist omdat de vicieuze cirkel van elkaar wederzijds versterkende ongelijkheden maar doorbroken kan worden wanneer er wordt ingegrepen op beide sferen (Okin, 1989; Ieven, 2004).

Huwelijk

De argumenten om geen huwelijk toe te laten tussen personen van gelijk geslacht zijn meestal van morele aard, maar bezwaarlijk kan gesteld worden dat een dergelijk huwelijk een

democratische samenleving in het gedrang brengt (Okin, 1997). Nochtans wijst de overeenstemmingseis van het EHRM op een traditionelere huwelijksopvatting die een huwelijk tussen personen met dezelfde geslachtsorganen en -klieren onaanvaardbaar vindt en heteroseksualiteit verkiest. Ook het belang dat het EHRM hecht aan de mogelijkheid van transsexuelen om te kunnen huwen met iemand van het andere geslacht (EHRM, Christine Goodwin t/ V.K., § 101) suggereert dat 'heteroseksualiteit hand in hand gaat met het recht op erkenning in het nieuwe geslacht' (Marks & Clapham, 2005). Dit strookt niet met de morele neutraliteit die een liberale democratie zou moeten belijden, noch met de tendens naar afbouw van geslachtsdichotomische maatschappelijke organisatie. In het licht van de hardnekkige onrechtvaardigheden die worden veroorzaakt door geslachtsgebonden domestieke taakverdelingen, zouden meer huwelijken tussen personen van gelijk geslacht bovendien een voorbeeld kunnen zijn van de wederzijdse onafhankelijkheid van partners en van de vrije keuze voor verschillende rollen en taken (Okin, 1997).

Naamgeving

Ook een vrijere en neutralere naamgeving zou de stabiliteit van een democratische samenleving niet in gevaar brengen. Mogelijk vraagt dit grote administratieve inspanningen en een grondige mentaliteitswijziging, maar patrilinairiteit is zeker geen noodzaak, hooguit een archaïsch overblijfsel uit de tijd dat vrouwen hun status en economische zekerheid ontleenden aan hun relatie tot het mannelijke gezinshoofd, dat instond voor de relaties met de buitenwereld. Voorbeelden als Spanje, met dubbele naamgeving en landen die de keuze van familienaam vrij laten (Nederland en Portugal) tonen aan dat niet strikt patrilinair systemen perfect werkbaar zijn.

Ouderschap

Blijft over: de relevantie van geslacht als toegangscriterium tot bepaalde afstammingsban-

den. Als hardnekkig argument voor het behoud van het heteroseksuele ouderpaar geldt het feit dat deze regeling het biologisch ouderschap weerspiegelt. De eerder beschreven overeenstemmings- en onvruchtbaarheidseisen lijken er inderdaad voor te moeten zorgen dat deze weerspiegeling symmetrisch blijft; dat juridische mannen geen biologische moeders kunnen worden en juridische vrouwen geen biologische vaders. Het meest gehoorde argument is dan weer het welzijn van kinderen, die beter zouden varen bij een opvoeding door twee ouders van verschillend geslacht. Het EHRM gebruikte al eens een gelijkaardig argument wat betreft transsexueel ouderschap (EHRM, X.,Y. en Z. t/ V.K. § 47 en § 51).

Tegen het eerste argument kunnen drie zaken worden ingebracht. Eerst en vooral bestaat er reeds een belangrijke uitzondering op de regel van weerspiegeling van de biologische realiteit: die van de adoptie. Adoptie creëert dezelfde rechten en plichten als het 'normale' biologische ouderschap en is een bevestiging in rechte van het sociale ouderschap. Dit brengt ons bij een tweede punt, namelijk dat de juridische relevantie van afstammingsbanden er vooral in ligt de rechten en plichten van ouders en kinderen ten opzichte van elkaar vast te leggen. Het is in het voordeel van het kind dat biologische ouders die hun verantwoordelijkheid niet nemen op hun plichten gewezen worden. Maar het is in elk geval niet voordelig om een niet-biologische ouder – van welk geslacht ook – die concrete verantwoordelijkheid op zich neemt, de juridische erkenning van deze sociale band te ontzeggen. Ten derde gaat de strikte vereiste van een heteroseksueel ouderpaar niet alleen voorbij aan de sociale realiteit, maar strookt deze ook niet met de steeds complexer wordende biologische realiteit. Met in-vitrofertilisatietechnieken, sperma- of eiceldonatie en draagmoederschap wordt weinig rekening gehouden in dit traditionele ouderschapsmodel (Kymlicka, 1991). Het recht

neemt immers aan dat de biologische moeder eenvoudig gekend kan worden. Maar wie is dat wanneer vrouw A een eicel doneert, welke bij vrouw B – die het kind zal dragen en baren – wordt ingeplant, terwijl vrouw C het kind uiteindelijk mee naar huis zal nemen en opvoeden? En kan er bij een open adoptie, waarbij het adoptiekind in contact blijft met de biologische ouders, sprake zijn van slechts één ouderpaar?

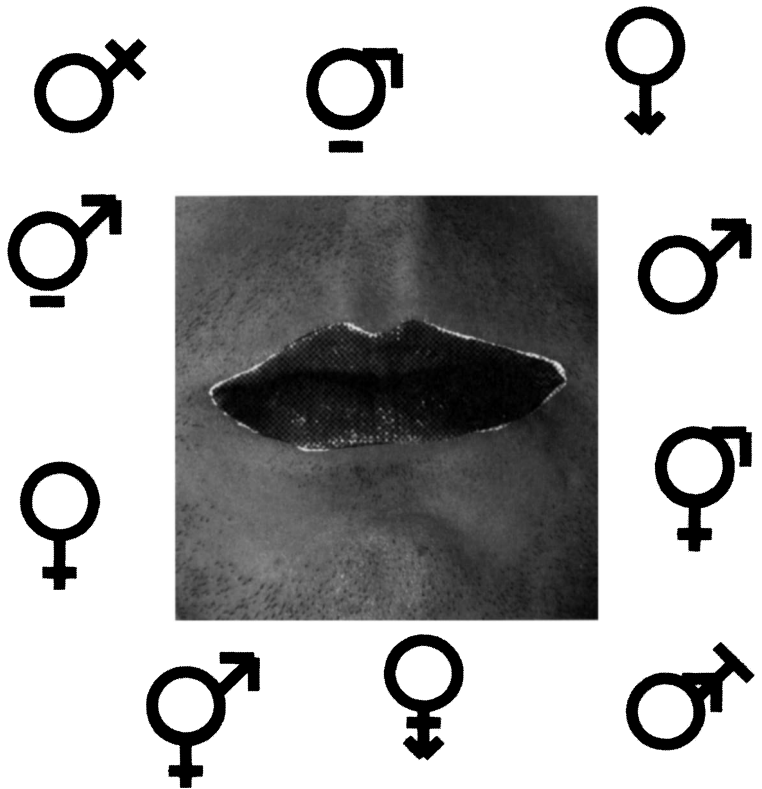
Tegen het tweede argument kan enerzijds worden ingebracht dat er nooit harde bewijzen zijn geleverd van de negatieve effecten van een homoseksueel ouderpaar op de ontwikkeling van kinderen. Anderzijds maken er in de praktijk zoveel kinderen deel uit van gezinnen die afwijken van de door de wet gestelde norm dat we ons moeten afvragen of het zin heeft deze norm te behouden.

Tot slot haalt homoseksueel ouderschap – misschien nog meer dan het homoseksuele huwelijk – de traditionele geslachtsdichotomische organisatie van productie en reproductie, die binnen het klassieke gezin vaak nog bestaan, onderuit. De erkenning van een dergelijke gezinsvorm kan daarom een positief effect hebben op het wegwerken ervan.

Juridische irrelevantie van geslacht

De machtskritische visie op het recht biedt dus een heel ander perspectief, niet alleen op het probleem van transseksuelen, maar ook op mogelijke oplossingen. De door het EHRM als vanzelfsprekend aangenomen volledige geslachtsclassificatie van rechtssubjecten blijkt bestaande machtsverhoudingen in stand te houden. Bovendien zijn de naar

geslacht discriminerende rechtsregels meestal niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Daarmee verdwijnt de relevantie van juridisch geslacht en wordt ook de zin van het overeenstemmingscriterium van het EHRM bevestigd. Als geslacht niet langer relevant is, kan men immers bezwaarlijk stellen dat het 'beperkt en beheersbaar houden van



de groep transseksuelen die voor geslachtswijziging in aanmerking komt', nog kan opwegen tegen de zware prijs die voor deze wijziging wordt gevraagd. Het criterium houdt enkel de illusie van eenduidigheid en enkelvoudigheid van geslacht in stand en lijkt dus niet langer gerechtvaardigd in een vrije democratische samenleving.

Rechtssubject (m/v/.../.../...) of rechtssubject zonder geslacht?

In het voorgaande werden, op basis van de vaststelling dat biologische sekse niet van nature eenduidig, statisch, enkelvoudig en binair is, de criteria voor verwerving van juridisch geslacht bevraagd. Een afschaffing van overeenstemmings- en onvruchtbaarheidscriteria voor juridische geslachtswijziging zou de idee uitdrukken dat geslacht niet eenduidig, statisch of enkelvoudig is. Men zou echter nog een stap verder kunnen gaan met de eis dat juridisch geslacht niet langer als binair wordt opgevat. Dit kan worden bewerkstelligd op twee manieren.

Opdat interseksuelen een plaats zouden vinden in het classificatiesysteem, stelde Fausto-Sterling ooit een vermenigvuldiging van het aantal 'genders' voor (Fausto-Sterling, 1993), hoewel interseksuelen daar zelf niet achter stonden (ISNA, zonder datum). Dit zou kunnen leiden tot een complexer classificatiesysteem – een rechtssubject (m/v/.../.../...) in plaats van (m/v) – waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen verschillende combinaties van biologische sekse, genderidentiteit en genderrol en waarin ook transseksuelen en transgendermensen een eigen plaats kennen (zie bijvoorbeeld Alter, 2002). Nadeel is dat dit slechts een vermenigvuldiging van het aantal geslachtscriteria tot gevolg zou hebben, terwijl zowel noties van wat typisch 'mannelijk' of 'vrouwelijk' is, als de daarmee geassocieerde waarden blijven bestaan (Overall, 2000). Bovendien kan met Shrage en Kessler worden gesteld dat een dergelijke oplossing geslacht nog steeds als een relevante factor behandelt (Shrage, 2005; Kessler, 1998) en daarom te mijden is.

Rest nog de mogelijkheid om het juridisch geslachtsverschil volledig achterwege te laten en over te gaan van een rechtssubject (m/v) naar een rechtssubject *tout court*. In feite lijkt deze optie, vanuit de visie dat de machtskritische en rechtsbeschermingsaspecten van het recht primeren over instrumentaliteit, nog de meest wenselijke. Hoewel het niet eenvoudig is zich een genderloze maatschappij voor te stel-

len – zonder gendergebonden sociale rollen, jobs, onderscheidingen, faciliteiten, aansprekingen of voornaamwoorden – argumenteerden tal van feministen voor een opheffing van de maatschappelijke genderdichotomie op deze wijze (Overall, 2000, die Firestone, Atkinson, Echols, Jaggar en Wittig vernoemt; Shrage, 2005, die naar Warnke verwijst). Op juridisch vlak zou het bovendien niet eens zoveel vegen, gezien de toenemende irrelevantie van juridisch geslacht de volledige geslachtsclassificatie van burgers op lange termijn overbodig zal maken (Senaeve, 2004). De schijn van natuurlijkheid, binariteit, eenduidigheid, enkelvoudigheid en staticiteit van geslacht zou daarmee in één keer opgeheven zijn.

Naar een geslachtsloos rechtssubject

Toch kunnen ook bij dit voorstel enkele bedenkingen worden gemaakt. Ten eerste speelt erkenning een belangrijke rol in de identiteitsvorming en zijn ook juridisch geslacht en de erkenning die daarmee gepaard gaat, belangrijk voor de genderidentiteit (Senaeve, 2004), vooral die van transseksuelen (Resolutie Europees Parlement van 12 september 1989). In een maatschappij zonder geslachtsdichotomieën zou het belang van erkenning in de eigen genderidentiteit echter ofwel drastisch afnemen ofwel niet langer volgens de strikt binaire man-vrouwstructuur verlopen (Shrage, 2005). Ten tweede is het erg moeilijk om een rechtssubject zonder geslacht te beschermen tegen discriminatie op basis van geslacht. Discriminatie zou immers niet onmiddellijk verdwijnen; bepaalde uiterlijke geslachtskenmerken zouden zichtbaar blijven en de maatschappelijke genderdichotomie zou maar langzaam vervagen. Om discriminatie te kunnen ontwaren en tegengaan, moeten statistieken en discriminatieverboden/geboden kunnen worden opgesteld die onderscheid maken naar geslacht. Dit is een sterk argument om geen volledige afschaffing van het juridisch geslachtsverschil te bepleiten. Een argument bovendien, dat teruggrijpt op de instrumente-

le visie op het recht om de sociale realiteit op een bepaalde manier te beïnvloeden.

Is een compromis mogelijk tussen het vanuit rechtsbeschermingsperspectief geformuleerde ideaal het juridisch geslachtsverschil op te heffen en de vanuit instrumenteel oogpunt geformuleerde noodzaak het te behouden om discriminatie te kunnen bestrijden? De enige aanvaardbare uitweg lijkt het voorlopig behoud van een vorm van juridisch geslachtsverschil maar dan zonder de kenmerken die het tot een verwerpelijke categorie maken: de schijn van natuurlijkheid, eenduidigheid, binariteit, enkelvoudigheid en staticiteit. Een dergelijke conceptie zou open moeten staan voor de reële fluiditeit van geslacht en dus niet langer deel kunnen uitmaken van de staat van de persoon. Geslacht zou dan net als religie of ras een belangrijke identiteitsvormende factor zijn, die als discriminatiegrond kan worden aangevoerd zonder dat het bij de geboorte moet worden geregistreerd en mensen permanent in een hokje duwt.

Hoewel een permanente omvorming of afschaffing van het juridisch geslachtsverschil de taak is van een parlementaire vergadering, zou er, zolang de categorie van juridisch geslacht nog bestaat, voor rechters een belangrijke rol kunnen zijn weggelegd in het bewaren van de fluiditeit en meervoudigheid van deze categorie. Het is immers hun taak ervoor te waken dat abstracte juridische begrippen niet – zoals gebeurd is met geslacht – verstarren in hun oude betekenis maar aansluiting blijven vinden bij de realiteit. Misschien had het EHRM er, in plaats van op instrumentele gronden de voorwaarden voor geslachtswijziging op rigide en uitputtende wijze vast te leggen, beter aan gedaan om vanuit rechtsbeschermingsperspectief na de vaststelling van een schending te zwijgen over de hieraan te stellen voorwaarden. Dit zou juridisch geslacht voor de toekomst meer 'open' hebben gehouden en een uiteindelijke opheffing ervan in het vooruitzicht hebben gesteld. Niettemin waren Christine Goodwin t/ V.K. en I. t/ V.K. reeds kleine voorbereidende stappen op weg naar een geslachtsloze rechts-

subjectiviteit voor mensen in een samenleving die niet langer werkt met rigide categorieën van vrouwelijk-en-mannelijk, maar die gender ziet als een breed, vloeibaar spectrum dat vrij kan worden geëxploreerd.

Noten

1. Met dank aan R. Foqué, S. Dierckxsens, C. Castelein en twee anonieme referenten van het *Tijdschrift voor Genderstudies* voor hun opmerkingen en suggesties bij eerdere versies van dit artikel.
2. Hoewel *gender identity disorder* de officiële wetenschappelijke benaming is, wordt in wat volgt toch de in het Nederlands meer gangbare term transseksualiteit gebruikt.

Literatuur

Wetgevende teksten

Europese Unie:

Resolutie van het Europees Parlement van 12 september 1989 over de discriminatie van transseksuelen, Publicatieblad C, 9 oktober 1989, nr. 256, p. 34.

Raad van Europa:

Aanbeveling van de Parlementaire Vergadering nr. 1117 (1989) over de toestand van transseksuelen.

Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand:

Overeenkomst nr. 29 van 12 september 2002 betreffende de erkenning van beslissingen inzake de vaststelling van een geslachtswijziging, Tractatenblad 2001, 17.

Nederland:

Wet 24 april 1985 houdende nadere regelen ten behoeve van transseksuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunne in de akte van geboorte, Staatsblad, nr. 243.

Burgerlijk Wetboek, Boek 1, Afdeling 13 (De rechterlijk last tot wijziging van de vermelding van het geslacht in de geboorteakte), Artikel 28.

België:

Wetsvoorstel betreffende de transseksualiteit, Parlementaire Stukken, Kamer 2003-2004, nr. 0903/001.

Rechtspraak

Arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

(2002, 11 juli) Christine Goodwin t/ Verenigd Koninkrijk [WWW-document].

URL: <http://www.echr.coe.int> [2006, 25 januari]

Cossey t/ Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, Nr.184.

(2002, 11 juli) I. t/ Verenigd Koninkrijk [WWW-document]
URL: <http://www.echr.coe.int> [2006, 25 januari]

Rees t/ Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, Nr. 106.

Sheffield and Horsham t/ Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *Reports of judgments and decisions 1998-V*, vol. 84.

Van Oosterwijck t/ België van 6 november 1980, *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nr. 40.

Rapporten van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens:

nr.7654/76, Van Oosterwijck t/ België, rapport van 1 maart 1979, *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie B, nr. 36.

Overige literatuur

Alter, H.K. (2002, 26 oktober), Was ist Geschlecht? [WWW-document] URL: <http://www.dgti.org/gsym12.htm> [2006, 25 januari]

Fausto-Sterling, A. (2000). *Sexing the body*. New York: Basic Books.

Foqué, R.M.G.E. & A.C. 't Hart (1990). *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*. Arnhem: Gouda Quint.

Ieven, A. (2004). Geen plaats voor feministen in België? Over gelijke rechten, vrijheden en kansen onder Verhofstadt II. *Samenleving en politiek*, 11 (4), 47-55.

Intersex Society of North America (ISNA) (zonder datum). Frequently asked questions. [WWW-document] URL: <http://www.isna.org/faq> [2006, 25 januari]

Kessler, S.J. (1998). *Lessons from the intersexed*. New Brunswick: Rutgers University Press.

Kymlicka, W. (1991). Rethinking the family. *Philosophy and Public Affairs*, 20 (1), 77-97.

Marks, S. & A. Clapham (2005). *International Human Rights Lexicon*. Oxford: Oxford University Press.

Okin, S. (1989). *Justice, gender and the family*. New York: Basic Books.

Okin, S. (1997). Sexual orientation and gender: dichotomizing differences. In D. Estlund & M.C. Nussbaum (Eds.), *Laws and nature: shaping sex preference and family*. Oxford: Oxford University Press.

Overall, C. (2000). Return to gender, address unknown: reflections on the past, present and future of the concept of gender in feminist theory and practice. In Y. Estes, A.L. Farr, P. Smith & C. Smyth (Eds.), *Marginal groups and mainstream American culture* (pp.24-50). Lawrence: University Press of Kansas.

Overall, C. (2005, 22 mei). *A plea for sex*. Paper voorgedragen op het symposium Gender, the Body and Objectification te Sheffield.

Pateman, C. (1987). Feminist critiques of the public/private dichotomy. In A. Phillips (Ed.), *Feminism and equality*. Oxford: Blackwell.

Peach, Lucinda J. (1997). Gender and war: Are women tough enough for military combat? In C. Brettell & C. Sargent (Eds.), *Gender in cross-cultural perspective*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.

Senaeve, P. (2004). *Compendium van het personen- en familierecht*. Leuven: Acco.

Shrage, L.J. (2005, 22 mei). *Is female to male as black is to white? Sex and miscibility*. Paper voorgedragen op het symposium Gender, the Body and objectification te Sheffield.

Willekens, H. (1991). *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht*. Antwerpen: Kluwer.

Beeldmateriaal

Gert Jan Bosgra.

