

Vergaderjaar 2016–2017

34 650

Voorstel van wet van de leden Bergkamp, Yücel en Van Tongeren tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter nadere invulling van het verbod om ongeoorloofd onderscheid te maken op grond van geslacht (Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. Algemeen deel

1. Inleiding

Het voorliggende initiatiefwetsvoorstel beoogt de wettelijke bescherming tegen het ongeoorloofd onderscheid maken op grond van geslacht, die voortvloeit uit de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), nader uit te werken en te expliciteren. Daarmee worden mogelijke interpretatieverschillen over de toepasselijkheid van de Awgb weggenomen. Het wetsvoorstel wil benadrukken dat de Awgb van toepassing is op het volledige spectrum aan variaties van de discriminatiegrond geslacht, en zo duidelijk maken dat de Awgb eveneens bescherming biedt tegen het ongeoorloofd onderscheid maken op grond van een ieders geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.

Hoewel er strikt juridisch beschouwd geen noodzaak bestaat om de gronden geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie toe te voegen aan de Awgb, is er wel een maatschappelijk belang om de discriminatie van transgender personen en intersekse personen buiten enige twijfel te stellen en meer zichtbaar uit te dragen. De voorgenomen explicitering en vermelding in de wet vergroot de rechtszekerheid. Tevens wordt – ook voor normadressaten – de kenbaarheid van de reikwijdte van de Awgb vergroot.

2. Aanleiding en probleembeschrijving

Zichtbaar jezelf kunnen zijn. Dat is het maatschappelijke ideaal dat de initiatiefnemers nastreven. Voor veel personen die niet voldoen aan het binaire man/vrouw-beeld, zoals intersekse personen en transgender personen, is dit helaas nog steeds geen dagelijkse realiteit.

Wetgeving beoogt het zorgvuldig beschrijven en reguleren van maatschappelijke fenomenen. Het indelen en onderscheiden van groepen kan hiervan een onderdeel zijn. Het is de overtuiging van de initiatiefnemers dat op het moment dat de overheid iemands psychologische of

fysieke zijn niet erkent en ondersteunt, mensen zich gedwongen kunnen voelen om zich te conformeren aan de bestaande kaders indien zij maatschappelijk willen functioneren. Dat geldt ook voor de indeling van personen in de categorieën man of vrouw. Een uitgesproken organisatie van de samenleving rondom een systeem van twee elkaar uitsluitende opties vergroot de kans dat bestaande indelingen niet meer aansluiten bij veranderende maatschappelijke conventies en mensen zich niet meer per definitie identificeren met bestaande binaire categorieën die voor vele jaren gegeven waren. De groep die zich niet wil conformeren wordt niet officieel erkend en beschermd, heeft minder kans om zichzelf zichtbaar te maken of te emanciperen. Dat kan een directe inbreuk vormen op de persoonlijke en lichamelijke integriteit van mensen en onzichtbaarheid, discriminatie en marginalisering in de hand werken.

2.1 Geslachtskenmerken

De term geslacht verwijst naar de fysische anatomie van een persoon. Het biologische geslacht wordt – indien mogelijk – vastgesteld bij de geboorte. Wetenschappelijk onderzoek toont evenwel aan dat het biologisch geslacht meer variaties kent dan ons binaire systeem van man/vrouw.¹ Het biologisch geslacht wordt immers bepaald door meerdere factoren zoals hormonen, anatomie en chromosomen, die in verschillende combinaties voorkomen. Aan personen die zijn geboren met een lichaam dat biologisch gezien niet voldoet aan de normatieve definitie van vrouw of man refereren we met de term intersekse personen.

De fysieke geslachtskenmerken van intersekse personen zijn het meest directe bewijs dat een deel van de mensen niet voldoet aan de binaire categorieën man of vrouw. Uit onderzoek blijkt dat ongeveer 1 op de 200 mensen een intersekseconditie heeft, hetgeen neerkomt op ongeveer 85.000 Nederlanders. De bejegening van intersekse personen door anderen kenmerkt zich vooral door ongewenste reacties die voortkomen uit onwetendheid, ongemak en onbegrip.²

De Nederlandse regering onderschrijft de Yogyakarta Beginselen, waarin onder meer is vastgelegd hoe mensenrechten dienen te worden toegepast in het kader van genderidentiteit. Principle 18 onder b roept de ondertekenaars op om «*Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure that no child's body is irreversibly altered by medical procedures in an attempt to impose a gender identity without the full, free and informed consent of the child in accordance with the age and maturity of the child and guided by the principle that in all actions concerning children, the best interests of the child shall be a primary consideration.*»³

De Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa stelt dat – mede door achterhaalde en stereotiepe beelden in de zorg en het geldende medische protocol voor intersekse personen – fundamentele rechten als lichamelijke integriteit, reproductie en zelfbeschikking van intersekse personen systematisch worden geschonden. Recent onderzoek van het EU-Bureau voor de grondrechten (FRA)⁴ bevestigt dit beeld en komt met een vergelijkbare conclusie.

¹ Zie bijvoorbeeld: J. Butler, *Undoing Gender*, Routledge, New York: 2004.

² J. van Lisdonk, *Leven met intersekse/DSD. Een verkennend onderzoek naar de leefsituatie van personen met intersekse/DSD*, SCP: juni 2014.

³ www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf.

⁴ European Union Agency for Fundamental Rights, *The fundamental rights situation of intersex people*, 2015.

Uit Amerikaans onderzoek blijkt dat het intersekse lichaam vaak wordt beschouwd als een medische aandoening.⁵ Uit dat beeld vloeit voort dat kinderen met een intersekse lichaam op jonge leeftijd geopereerd worden om het kind fysiek zoveel mogelijk te laten lijken op wat men in het algemeen beschouwt als man of vrouw. Deze operaties zijn voornamelijk niet-functioneel en louter gericht op het «passend» maken van kinderen – daarmee de binaire categorieën vrouw en man in stand houdend. Ook in Nederland gaven medici en pedagogen ouders veelal het advies het kind met een intersekse lichaam seksstereotypisch op te voeden. Daarbij werden het kind en diens omgeving door de artsen niet altijd volledig geïnformeerd over de intersekse conditie van het kind.⁶

In Nederland is de richtlijn onder medische professionals die intersekse personen behandelen sinds 2006 het verstrekken van volledige informatie⁷: Kinderen en jongeren worden in medisch gespecialiseerde centra gefaseerd geïnformeerd, zodat de informatie aansluit bij de ontwikkeling van het kind of de jongere. Toch geeft een aantal intersekse personen aan nog steeds geen goede informatie over hun conditie en de behandelingen te krijgen. De hoeveelheid informatie die artsen geven lijkt sterk te verschillen tussen de verscheidene medische centra. Dit kan te maken hebben met de mate waarin centra gespecialiseerd zijn in de betreffende conditie, maar aanwijzingen waar men dan wel voor meer informatie terecht kan, blijft soms eveneens achterwege.⁸ Volgens het Nederlands Netwerk Intersekse/DSD (NNID) vinden er in Nederland nog altijd niet-noodzakelijke operaties plaats.⁹ Ook het VN Comité inzake de uitbanning van discriminatie van vrouwen (CEDAW) heeft zijn zorg uitgesproken dat in Nederland medisch onomkeerbare geslachtsoperaties en andere behandelingen worden uitgevoerd op kinderen met een intersekse lichaam.¹⁰ Intersekse personen bij wie pas op latere leeftijd een intersekse conditie wordt vastgesteld, ervaren vaak dezelfde indringende behandeling – zonder dat zij hiervoor toestemming hebben gegeven op basis van feitelijk beschikbare informatie.¹¹ CEDAW geeft Nederland de aanbeveling een gezondheidsprotocol voor intersekse kinderen te ontwikkelen en in te voeren. Fundamentele rechten zouden daarbij het uitgangspunt moeten zijn. Een dergelijk protocol zou moeten garanderen dat intersekse kinderen en hun ouders juist worden geïnformeerd over alle mogelijke interventies. Intersekse kinderen zouden, zo veel als mogelijk, betrokken moeten worden bij de besluiten over medische interventies; de door kinderen gemaakte keuzes zouden daarbij leidend moeten zijn.¹²

⁵ A. Fausto-Sterling, «Of Gender and Genitals» in: A. Fausto Sterling, *Sexing the Body, Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York: 2000, pp 45–77.

⁶ M.A. van Heesch, *Ze wisten niet of ik een jongen of een meisje was: kennis en keuze en geslachtsvariëaties – Over het leven met en kennen van intersekse condities in Nederland* (proefschrift), Universiteit van Amsterdam: 2015.

⁷ J. Van Hoof en M. van der Have, *10 keer vraag en antwoord over intersekse*, MOVISIE: oktober 2016.

⁸ J. van Lisdonk, *Leven met intersekse/DSD. Een verkennend onderzoek naar de leefsituatie van personen met intersekse/DSD*, SCP: juni 2014.

⁹ J. Van Hoof en M. van der Have, *10 keer vraag en antwoord over intersekse*, MOVISIE: oktober 2016.

¹⁰ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations on the sixth periodic report of The Netherlands*, adopted by the Committee at its sixty-fifth session (24 October–18 November 2016).

¹¹ Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, *Human rights and intersex people*, april 2015.

¹² Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations on the sixth periodic report of The Netherlands*, adopted by the Committee at its sixty-fifth session (24 October–18 November 2016).

Het issue paper *Human Rights and Intersex People* van de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa uit 2015¹³ schetst een indringend beeld van de gevolgen van het bovenstaande: In essentie leiden de operaties of andere geslachtsveranderende medische interventies tot schending van het recht op fysieke integriteit van intersekse personen. Ook wordt hen de mogelijkheid ontnomen om een eigen genderidentiteit te ontwikkelen. Die keuze wordt immers a priori reeds voor hen gemaakt. De interventies verstoren vaak hun fysieke en psychologische welbevinden en leiden tot levenslange consequenties als onvruchtbaarheid, ernstige vorming van littekenweefsel, infecties, vermindering of verlies van seksueel genot, een aanpassing van de natuurlijke hormoonhuishouding, afhankelijkheid van medicijnen en een diep gevoel van aantasting van hun persoonlijkheid. De Mensenrechtencommissaris roept lidstaten op intersekse personen te beschermen in de nationale gelijkebehandelingswetgeving. De wet zou dan zo moeten worden aangepast dat deze ook wettelijke bescherming biedt tegen het ongeoorloofd onderscheid maken op grond van geslachtskenmerken.¹⁴ De oproep van de Mensenrechtencommissaris staat niet op zichzelf en vloeit voort uit stellingnames van onder meer de Raad van de Europese Unie¹⁵, het Europees Parlement¹⁶, de Raad van Europa¹⁷, de VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten¹⁸ en de *Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* van de Verenigde Naties¹⁹ dat intersekse personen – vooral gedurende hun jeugd – stelselmatig te maken krijgen met discriminatie en andere mensenrechtenschendingen.

Door het verbod op het ongeoorloofd onderscheid maken op grond van geslachtskenmerken te expliciteren in de Awgb geven de initiatiefnemers met dit wetsvoorstel uitvoering aan de oproep van de Mensenrechtencommissaris.

De onzichtbaarheid van intersekse personen in de samenleving is een ander serieus probleem. Hun leven speelt zich vaak grotendeels af in verborgenheid en schaamte; vaak hebben zij geen weet van hun intersekse conditie en van de medische ingrepen die zij als klein kind hebben moeten ondergaan. Een diep ervaren angst voor stigmatisering en sociale uitsluiting dwingt de meeste intersekse personen «in de kast» te blijven wanneer zij zich bewust worden van hun intersekse lichaam. Bovendien blijft de maatschappij overwegend onwetend over het bestaan van intersekse personen vanwege de zeer beperkte informatie over het fenomeen die beschikbaar is voor het grote publiek. Als een gevolg

¹³ Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, *Human rights and intersex people*, april 2015.

¹⁴ Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, *Human rights and intersex people*, april 2015, p.9, aanbeveling 5.

¹⁵ Raad van de Europese Unie, *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBT) persons*, Luxemburg, 24 juni 2013.

¹⁶ Europees Parlement, *Report on the EU Roadmap against homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity* (e2013/2183(INI)), Plenaire zitting nr. A7-0009/2014, 7 januari 2014, Straatsburg.

¹⁷ Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa, *Resolutie 1952 (Children's rights to physical integrity)*, Straatsburg 2013. Zie ook het commentaar «A boy or a girl or a person – intersex people lack recognition in Europe» van de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, 9 mei 2014.

¹⁸ VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, 19^e Vergadering van de Mensenrechtenraad, Rapport nr. A/HRC/19/41, 17 november 2011.

¹⁹ *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, 23^e vergadering van de Mensenrechtenraad, Rapport nr. A/HRC/22/53, 1 februari 2013. Zie ook paragraaf 34 en 35 van de *Concluding observations on the seventh periodic report of France* van de Convention against Torture, juni 2016.

daarvan zijn mensenrechtenschendingen van intersekse personen lange tijd onderbelicht of zelfs onbesproken gebleven.²⁰

Uit onderzoek naar de leefsituatie van intersekse personen in Nederland²¹ blijkt dat ook hier te lande schending van rechten van intersekse personen leidt tot ongelijkheid in de domeinen die onder het toepassingsbereik van de Awgb vallen. Het onderzoek laat onder meer zien dat intersekse personen veel onbegrip en negatieve reacties ervaren. In sommige gevallen leidt dit tot een verminderd psychosociaal welbevinden, hetgeen de participatie van intersekse personen in opleiding, werk en vrije tijd ongunstig kan beïnvloeden: Er zijn intersekse personen die aangeven dat hun conditie heeft geleid tot een negatieve schoolbeleving, pesten en het voortijdig afbreken van een opleiding. In het werk zijn intersekse personen aangelopen tegen onnodige en onvrijwillige arbeidsongeschiktheidsverklaringen, aanpassing van de werkomgeving of uitsluiting van bepaalde professies. Intersekse personen hebben in hun vrije tijd discriminatie en uitsluiting ervaren bij (professionele en competitieve) sportbeoefening en activiteiten waarbij zij hun lichaam zouden moeten tonen, zoals het zwembad, het strand of de sauna.²²

Het College voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht als een intersekse persoon vanwege diens intersekse conditie ongelijk wordt behandeld.²³ Tegelijkertijd betwijfelt het College of intersekse personen in alle gevallen door vigerende wetgeving worden beschermd, zo blijkt uit het verzoek van het College aan de VN om de Nederlandse regering op te roepen hierover meer duidelijkheid te geven.²⁴ Het huidige wetsvoorstel neemt de onduidelijkheid weg, door expliciet te maken dat onder onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan onderscheid op grond van geslachtskenmerken, hetgeen de rechtszekerheid en de kenbaarheid vergroot. Het belang van kenbaarheid is eerder benadrukt door het College.²⁵ Met dit wetsvoorstel zetten de initiatiefnemers een concrete stap om de rechten van intersekse personen te eerbiedigen.

²⁰ Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, *Human rights and intersex people*, april 2015.

²¹ J. van Lisdonk, *Leven met intersekse/DSD. Een verkennend onderzoek naar de leefsituatie van personen met intersekse/DSD*, SCP: juni 2014.

²² De initiatiefnemers geven hier enkele voorbeelden van gevolgen voor participatie die door de geïnterviewden voor het onderzoek van Van Lisdonk zijn genoemd. Op grond van de beschikbare informatie uit eerder onderzoek en de interviews is het niet mogelijk gebleken, om goed in beeld te krijgen in hoeverre intersekse personen frequent belemmeringen in participatie binnen opleiding, werk en in de vrije tijd ondervinden. Een gedegen beeld van alle condities ontbreekt en voor zover er wel gevolgen voor participatie bekend zijn, zijn de verschillen groot. Soms zijn de gevolgen voor participatie beperkt tot de periode waarin intersekse personen het nieuws over hun conditie moeten verwerken, waardoor het psychosociaal welbevinden tijdelijk verminderd is. Dit kan bijvoorbeeld het functioneren op school en op het werk beïnvloeden. Soms zijn de gevolgen voor participatie langduriger en verstrekender van aard.

²³ Zie bijvoorbeeld Oordeelnummer 2014-78.

²⁴ The Netherlands Institute for Human Rights Submission to the UN Committee against Torture on the List of issues Prior to Reporting for The Netherlands, juli 2015.

²⁵ Brief over Hoofdlijnenbrief Emancipatiebeleid 2013–2016, College voor de Rechten van de Mens, 7 juni 2013.

2.2 Genderidentiteit en genderexpressie²⁶

Volgens de Jogjakarta Beginselen dienen landen transgender personen wettelijke bescherming te bieden tegen discriminatie.²⁷ De Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa heeft in een resolutie over de rechten van transgender personen aanbevolen om het verbod van discriminatie te expliciteren.²⁸ De Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa roept lidstaten op discriminatie van transgender personen expliciet te verbieden in hun nationale non-discriminatie wetgeving²⁹ en heeft de aanbeveling gedaan genderidentiteit op te nemen in de lijst van discriminatiegronden.³⁰ Het Europese Parlement heeft dezelfde aanbeveling gedaan.³¹ Het rapport «*Trans zijn in de Europese Unie*» van het EU-Bureau voor de Grondrechten (FRA) bevat een aanbeveling aan de Europese wetgever ervoor te zorgen dat de wetgeving discriminatie op grond van genderidentiteit omvat. Het Bureau adviseert Lidstaten om genderidentiteit en genderexpressie als beschermde gronden mee te nemen bij beleidsmaatregelen, actieplannen en bewustmakingscampagnes op het gebied van mensenrechten en non-discriminatie.³² Met dit wetsvoorstel komen de initiatiefnemers tegemoet aan dit pleidooi.

In de Hoofdlijnenbrief emancipatiebeleid 2013–2016 van 10 mei 2013³³ is toegezegd dat de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een verkenning zal opstellen met de vraag of, en zo ja hoe, het verbod van discriminatie op grond van genderidentiteit en genderexpressie in de Awgb kan worden geëxpliciteerd. In de *mid-term review* van dit beleid van 19 december 2014³⁴ is deze toezegging herhaald en is deze tevens aangescherpt in die zin dat de verkenning zal zien op de wijze waarop deze gronden kunnen worden geëxpliciteerd. Voorts is daarin toegezegd dat bij de verkenning zal worden gekeken naar onderzoek, de wettelijke bescherming van transgender personen in andere landen en internationale aanbevelingen. In een brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 23 juni 2016³⁵ zijn de contouren van een beperkte wijziging van de Awgb aangekondigd.

Het College voor de Rechten van de Mens adviseerde de regering en de Tweede Kamer al in 2013 een verbod op discriminatie wegens genderidentiteit en -expressie toe te voegen aan de Awgb. Het College benadrukt dat het belangrijk is dat de samenleving en transgender personen weten dat deze vorm van discriminatie verboden is.³⁶ Het Sociaal Cultureel

²⁶ In het wetsvoorstel verwijst «genderidentiteit» naar de diepe innerlijke overtuiging en individuele beleving van eenieder van de eigen kunne, met inbegrip van de eigen lichaamsbeleving, die al dan niet overeenkomt met het geslacht dat bij geboorte werd toegewezen. «Genderexpressie» verwijst naar de manier waarop iemand (onder meer door kleding, spraak en manier van gedragen) vormgeeft aan deze genderidentiteit, en de manier waarop deze gepercipieerd wordt door anderen. Genderexpressie omvat eveneens occasionele, of tijdelijke vormen van uitdrukking geven aan gender.

²⁷ www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf.

²⁸ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2028 (2015).

²⁹ Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Human rights and gender identity*, 2009, p. 44.

³⁰ Commissioner for Human Rights, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, september 2011.

³¹ European Parliament resolution of 4 February 2014 on the EU Roadmap against homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity (2013/2183(INI)).

³² Fundamental Rights Agency, *Trans zijn in de Europese Unie – vergelijkende analyse van gegevens uit de Europese LHBT enquête*, samenvatting, mei 2015. Zie ook http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_nl.pdf.

³³ Kamerstukken II 2012/13, 30 420, nr. 180.

³⁴ Kamerstukken II 2014/15, 30 420, nr. 211.

³⁵ Kamerstukken II 2015/16, 30 420, nr. 247.

³⁶ Brief over Hoofdlijnenbrief Emancipatiebeleid 2013–2016, College voor de Rechten van de Mens, 7 juni 2013.

Planbureau (SCP) geeft aan dat veel transgender personen graag zouden zien dat de overheid een expliciet verbod op discriminatie van transgender personen verankert in de wet.³⁷

Transgender personen zijn personen die een discrepantie ervaren tussen hun beleving of expressie van gender en het geslacht dat hen bij de geboorte werd toegekend. Hoeveel transgender personen er in Nederland zijn, is niet bekend en hangt bovendien af van de gehanteerde definitie. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat in Nederland 4,6% van de personen die als man worden geboren en 3,2% van de personen die als vrouw worden geboren een ambivalente genderidentiteit hebben.³⁸ Er zijn in Nederland naar schatting ruim 48.000 personen van 15 tot 70 jaar die een ambivalente of incongruente genderidentiteit rapporteren in combinatie met onvrede met het eigen lichaam en een wens tot (gedeeltelijke) aanpassing van het geboortegeslacht door middel van hormonen en/of operaties. Op de bevolking van 15 tot 70 jaar gaat het om 0,6% van de mannen en 0,2% van de vrouwen.³⁹

Uit onderzoek blijkt dat niet alle transgender personen conform hun genderidentiteit (kunnen) leven, met name uit angst voor negatieve consequenties, onzekerheid en schaamte.⁴⁰ Een aantal transgender personen hecht er zeer aan om erkend te worden in het geslacht dat overeenkomt met hun genderidentiteit. Anderen met een incongruente of ambigue genderidentiteit lopen tegen het binaire seksmodel aan. In sociaal en moreel opzicht is voor de acceptatie van een fluïde geslachtsbegrip nog een lange weg te gaan, ingebakken als het zit in onze samenleving en onze taal om in twee statische categorieën – vrouw en man – te denken en belang te hechten aan duidelijkheid daaromtrent. Een incongruente of ambigue genderidentiteit kan gedoe of verlegenheid opleveren, maar het kan ook leiden tot discriminatie.⁴¹ Transgender personen hebben daarnaast te maken met pestgedrag en uitsluiting: zij lopen tegen de heersende opvattingen aan over hoe mannen en vrouwen eruitzien of horen te zien.

Het SCP heeft onderzocht dat 42% van de geïnterviewde transgender personen in het jaar voorafgaand aan het onderzoek weleens een negatieve reactie kreeg op het transgender zijn.⁴² Deze negatieve reacties deden zich voor in de openbare ruimte, maar ook op het werk en op school. De overgrote meerderheid van degenen die een of meer negatieve reacties hebben gekregen in het jaar voorafgaand aan het onderzoek, heeft daarover geen klacht ingediend of aangifte gedaan.

De arbeidsmarktpositie van transgender personen is zorgelijk. Transgender werknemers ervaren (in)directe discriminatie door hun werkgever, met name in relatie tot hun transitie. Bijvoorbeeld wanneer zij verordonneerd worden vakantiedagen op te nemen, voor medisch niet strikt noodzakelijk geachte ingrepen die voortvloeien uit hun transitieproces. Anderen wordt geweigerd de bedrijfskleding te dragen die zij het meest passend vinden in relatie tot hun genderidentiteit of genderexpressie. De arbeidsparticipatie van transgender personen is beperkt. Waar zij wel de

³⁷ S. Keuzenkamp, *Worden wie je bent. Het leven van transgenders in Nederland*, SCP: 2012, p. 87.

³⁸ L. Kuyper en C. Wijsen, *Gender Identities and Gender Dysphoria in the Netherlands*, Springer Media: 2013.

³⁹ S. Keuzenkamp, *Worden wie je bent. Het leven van transgenders in Nederland*, SCP: 2012, p. 87.

⁴⁰ S. Keuzenkamp, *Worden wie je bent. Het leven van transgenders in Nederland*. Den Haag: SCP, 2012.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

toegang tot de arbeidsmarkt vinden, werken zij vaak onder hun opleidingsniveau en een beperkt aantal uren per week. De arbeidsuitval is hoog. Transgender personen zijn relatief vaak arbeidsongeschikt en hebben relatief vaak een uitkering.⁴³ Transgender personen in transitie breken vaker dan gemiddeld (noodgedwongen) hun opleiding af.⁴⁴

Uit de oordelen die het College voor de Rechten van de Mens heeft gegeven naar aanleiding van klachten van transgender personen volgt ten slotte dat transgender personen soms te maken krijgen met (in)directe discriminatie, omdat in wet- en regelgeving bewust of onbewust geen rekening is gehouden met transgender personen.⁴⁵ Transgender vrouwen in transitie hebben bijvoorbeeld geen recht op vergoedingen in de zorg waar andere vrouwen wel recht op hebben.

De initiatiefnemers stellen voor om in de Awgb te expliciteren dat onder onderscheid op grond van geslacht mede verstaan dient te worden het maken van onderscheid op grond van genderidentiteit of genderexpressie.

Mede door het feit dat Nederland geen wettelijke bepalingen kent die intersekse personen en transgender personen expliciet tegen discriminatie beschermen, is ons land gezakt op de LHBTI-rechten ranglijst van de Europese belangenorganisatie ILGA Europe. Een groeiend aantal EU-lidstaten heeft hun wetgeving op het gebied van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie inmiddels beter op orde dan Nederland. Daarmee dreigt Nederland zijn positie als gidsland te verliezen. ILGA Europe heeft tijdens het IDAHO-forum 2016 in Kopenhagen laten weten dat meer aandacht voor de rechten van transgender personen en intersekse personen noodzakelijk is om de best presterende landen bij te houden. Met dit wetsvoorstel voorkomen de initiatiefnemers dat de achterstand van Nederland ten aanzien van internationale ontwikkelingen verder oploopt.⁴⁶

3. Probleemaanpak

Het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie is een van de fundamentele waarden van onze democratische rechtsstaat. Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren – in de woorden van artikel 1 van de Universele verklaring van de rechten van de mens.⁴⁷ Eenieder heeft dan ook aanspraak om op gelijke voet met anderen zijn waardigheid te dragen en zijn rechten uit te oefenen. Discriminatie in de zin van ongeoorloofd onderscheid is niet aanvaardbaar omdat en zodra het iemand in zijn maatschappelijk functioneren belemmert. Dit rechtsbeginsel heeft zijn wortels in internationale verdragen en is uitgedrukt in artikel 1 van de Grondwet. De Awgb beoogt bescherming te bieden tegen discriminatie en aldus de deelneming op gelijke voet aan het maatschap-

⁴³ M. Geerdinck, L. Muller, C. Verkleij en C. van Weert, *Transseksuelen in Nederland. Is er sprake van ongelijkheid?* Den Haag: CBS, 2011.

⁴⁴ S. Keuzenkamp, *Worden wie je bent. Het leven van transgenders in Nederland*. Den Haag: SCP, 2012.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: College voor de Rechten van de Mens 1 juli 2014, oordeel 2014–6 over een zorgverzekeraar die in de correspondentie met hun klanten geen alternatief bood voor het aanschrijven met «Geachte heer» of «Geachte mevrouw» dan het automatische template in de software van de verzekeraar dat zich louter baseerde op de informatie over het geslacht zoals dat vermeld staat in de Gemeentelijke Basis Administratie (GBA). Het College meende dat geen rekening was gehouden met het daadwerkelijke geslacht van transgender personen, waardoor deze niet hun geslachtsverandering in hun zakelijke en persoonlijke leven kunnen laten doorwerken.

⁴⁶ Voor de meest actuele stand van zaken: zie <http://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/2016>.

⁴⁷ Trb , 1969, 99.

pelijk leven te bevorderen. De wet werkt het grondwettelijke discriminatieverbod nader uit voor het handelen tussen burgers onderling op de in de wet genoemde terreinen: arbeid, wonen, maatschappelijke dienstverlening, gezondheidszorg, ouderenzorg, onderwijs en (overig) openbaar aanbod van goederen en diensten. De Awgb verbiedt daarmee discriminatie op terreinen waarop het maatschappelijk functioneren van mensen in ernstige mate kan worden belemmerd.

In artikel 1 van de Grondwet en in de Awgb is het verbod van onderscheid op grond van geslacht neergelegd. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en uit oordelen van het College voor de Rechten van de Mens vloeit voort dat dit verbod zich tevens uitstrekt op het maken van onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.⁴⁸ Het College voor de Rechten van de Mens heeft in een oordeel uit 2014 aldus verwoord wie er een beroep kunnen doen op het verbod van discriminatie op grond van geslacht: «*Om de bescherming van de gelijkebehandelingswetgeving te kunnen genieten is het niet noodzakelijk dat iemand wordt gediscrimineerd omdat hij/zij man of vrouw is. Ook wanneer iemands genderidentiteit in het geding is die buiten de binariteit van man en vrouw valt, kan een beroep op de gelijkebehandelingswetgeving worden gedaan.*»⁴⁹

Dat discriminatie op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit of genderexpressie niet is toegestaan, staat dan ook niet ter discussie. Wel bevelen diverse (internationale) organisaties aan het verbod om ongeoorloofd onderscheid te maken op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit, genderexpressie te expliciteren in de gelijkebehandelingswetgeving, om zodoende de rechtszekerheid en de kenbaarheid van dit verbod te vergroten.

In veel andere Europese landen is dit ook al gebeurd. Malta en Griekenland hebben discriminatie op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie expliciet opgenomen in de gelijkebehandelingswetgeving. België (Vlaanderen), Noorwegen, Zweden, Finland en Kroatië kennen een vergelijkbaar verbod voor de gronden genderidentiteit en genderexpressie.⁵⁰ Een aantal andere Europese landen kiest een andere terminologie om in de gelijkebehandelingswetgeving aan te duiden dat het verboden is om mensen te discrimineren op basis van hun genderidentiteit, zoals seksuele identiteit (Duitsland, Spanje en Hongarije) of genderidentificatie (Slowakije).⁵¹

Dit wetsvoorstel heeft als doel de toepasselijkheid van de Awgb op de grond geslacht nader uit te werken en te expliciteren. Daarmee worden mogelijke onduidelijkheden en interpretatieverschillen weggenomen, hetgeen de rechtszekerheid en kenbaarheid van de reikwijdte van de wet vergroot. Het is de verwachting van de initiatiefnemers dat door het aanpassen van de wet en het hanteren van de gangbare termen geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie meer mensen zich ervan

⁴⁸ Zie ook het rapport van de *European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Trans and intersex people – Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, European Commission, juni 2011, dat een overzicht geeft van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.

⁴⁹ College voor de Rechten van de Mens 1 juli 2014, oordeel 2014–78. Dit oordeel betrof overigens een klacht van een persoon met een intersekse-conditie. Dezelfde lijn is echter daarna herhaald in een oordeel over een klacht van een transgender persoon, oordeel 2015–58.

⁵⁰ Een actueel overzicht is te vinden op de website van ILGA Europe, <http://www.ilga-europe.org/>.

⁵¹ Zie het rapport van de *European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Trans and intersex people – Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, European Commission, June 2011.

bewust zullen zijn dat de Awgb hen beschermt. Tegelijkertijd worden ook normadressaten direct aangesproken op de uit de wet voortvloeiende verplichting tot gelijke behandeling en het verbod op het maken van direct of indirect onderscheid zonder een expliciete wettelijke uitzonderingsmogelijkheid. Daardoor zal naar verwachting ook makkelijker een beroep op de wet worden gedaan. De initiatiefnemers worden in die verwachting ondersteund door het College van de Rechten van de Mens.⁵²

De initiatiefnemers willen de genoemde doelen bereiken door in de tekst van de wet te expliciteren dat geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie onder de grond geslacht.

4. *Verhouding tot andere wetgeving*

Dit wetsvoorstel expliciteert voor de discriminatiegrond geslacht wie een beroep kan doen op de Awgb. Het voorstel beoogt geen hernieuwde beoordeling van de vigerende onderlinge verhouding van de grondrechten op non-discriminatie, vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van vereniging, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van godsdienst (resp. artikelen 1, 6, 8, 10 en 23 van de Grondwet), voor zover van belang voor de terreinen die dit wetsvoorstel bestrijkt. In het wetsvoorstel staat het verbod van direct of indirect onderscheid op grond van geslacht voorop. Direct onderscheid op deze grond is verboden; indirect onderscheid is alleen toegestaan indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

5. *Gevolgen*

Omdat geen materiële wijziging van de wetgeving is beoogd maar uitsluitend een verduidelijking, bestaat er in beginsel geen noodzaak om naast de Awgb andere wet- en regelgeving aan te passen. Desalniettemin past in het verduidelijken van de normstelling dat ook wordt nagedacht over mogelijke gevolgen voor wet- en regelgeving waarin expliciet onderscheid wordt gemaakt tussen vrouwen en mannen en een eventueel daaruit voortvloeiende noodzaak om ook die wet- en regelgeving te wijzigen. Daarbij gaat het om onder meer de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, het Besluit gelijke behandeling, het Besluit beroepsvereisten waarvoor het geslacht bepalend is en de bepalingen waarin een onderscheid wordt beoogd tussen vrouwen en mannen die worden genoemd in de bijlage bij het rapport «M/V en verder».⁵³ De lopende initiatieven op het gebied van seksregistratie, aangekondigd in de brief van 28 september 2015 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer⁵⁴, vallen buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel.

Opgemerkt is nog (onder andere door Transgender Netwerk Nederland) dat, in plaats van de term «moederschap» het woord «ouderschap» zou moeten worden gehanteerd. De initiatiefnemers stellen voor deze discussie niet in het kader van deze wetswijziging te agenderen en de huidige juridische situatie waarbij uit titel 1.11 BW voortvloeit dat kinderen juridisch altijd een moeder hebben en (in de regel) een vader of een meemoeder. «Ouder» is juridisch beschouwd niet meer of minder dan het genus van beide begrippen. In het dagelijks spraakgebruik zal uiteraard wel sprake kunnen zijn en blijven van «ouderschap».

⁵² Brief over Hoofdlijnenbrief Emancipatiebeleid 2013–2016, College voor de Rechten van de Mens, 7 juni 2013.

⁵³ M. van den Brink, J. Tigchelaar, *M/V en verder, seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*. Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF) / WODC, Utrecht/Den Haag:2014.

⁵⁴ Kamerstukken II, 2015/16, 27 859, nr. 82.

Gelet op de bestaande gebondenheid van de overheid aan de gelijkebehandelings- en non-discriminatie-norm valt een significante verzwaring van de bestuurlijke lasten door dit initiatief niet te verwachten. Weliswaar zullen meerdere personen zich door de explicitering gesteund voelen om een oordeel van het College voor de Rechten van de Mens of de civiele rechter te vragen, tegelijkertijd zullen gevallen van (vermeende) discriminatie ook tussen benadeelden en normadressaten onderling worden opgelost, omdat de wetgeving de ruimte voor interpretatie vermindert. Voor zover additionele lasten voor bedrijfsleven, non-profit-instellingen en particulieren zijn te verwachten vloeien deze voort uit het nadrukkelijk oogmerk van de wetgever om discriminatie op grond van geslacht in brede zin te verbieden.

6. Consultatie

De initiatiefnemers hebben zich bij het opstellen van het voorstel van wet en de memorie van toelichting gebaseerd op de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 23 juni 2016⁵⁵ waarin de contouren van de wijziging van de Awgb zijn aangekondigd. Ook de brief van het College voor de Rechten van de Mens aan de voorzitter van de Vaste Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken van 20 september 2016 heeft een belangrijke rol gespeeld bij de gemaakte afwegingen. Bij de verdere uitwerking hebben de initiatiefnemers zich gebaseerd op rapporten, beschouwingen en aanbevelingen van internationale gouvernementeel organisaties als de VN, de Raad van Europa en de Europese Unie. Ook zijn – op informele basis – de meest betrokken belangenorganisaties (Transgender Netwerk Nederland, Nederlands Netwerk Intersekse/DSD, COC Nederland, ILGA Europe en Transgender Europe) geconsulteerd. Hun adviezen liggen mede ten grondslag aan de door de initiatiefnemers gemaakte juridische en beleidskeuzes.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel I

Onderdeel A (explicitering dat onder geslacht mede wordt verstaan geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie)

Er zijn meerdere mogelijkheden om vorm te geven aan het verbod van discriminatie van personen die zijn geboren met een lichaam dat biologisch gezien niet voldoet aan de normatieve definitie van vrouw of man (intersekse personen) en personen die een discrepantie ervaren tussen hun beleving of expressie van gender en het geslacht dat hen bij de geboorte werd toegekend (transgender personen). Bij de gemaakte keuzes hebben de initiatiefnemers gekeken naar de duidelijkheid van de normstelling, de wetssystematiek en de praktische hanteerbaarheid van de norm voor diegenen die hem moeten toepassen.

De initiatiefnemers hebben gemeend dat de rechtszekerheid en daarmee de kenbaarheid van de normstelling en de praktische hanteerbaarheid het best wordt gediend door het toevoegen van een nieuw lid aan artikel 1. Daardoor wordt duidelijk gemaakt dat – in lijn met de huidige jurisprudentie – de interpretatie van het begrip geslacht zich niet beperkt tot een binaire indeling in vrouwen en mannen, maar als een continuüm dient te worden beschouwd. Met die keuze wordt ook het risico op afbakeningsproblemen geminimaliseerd.

⁵⁵ Kamerstukken II 2015/16, 30 420, nr. 247.

Het ware mogelijk geweest om geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie in artikel 1 lid 1 onder b en c als separate gronden te benoemen. Voor deze optie is niet gekozen, omdat zij de rechter en het College voor lastige interpretatieproblemen kan stellen en aanleiding kan geven tot een ongewenst restrictieve uitleg van de grond geslacht als een binaire indeling van mensen in vrouwen en mannen op grond van dominante biologische kenmerken. Immers, veel personen verzetten zich nu juist tegen deze indeling. Dit wetsvoorstel beoogt te expliciteren dat vrouwen en mannen, en eenieder die op het man/vrouw-continuüm een plaats inneemt die zich niet of moeilijk laat vertalen in het zijn van «vrouw» of «man» in de klassieke opvatting van die termen, onder de bescherming van de Awgb vallen.

Ook toevoeging aan het bestaande tweede lid van artikel 1 ligt niet voor de hand. Het onderscheid op grond van geslachtskenmerken kan immers zowel direct als indirect zijn (anders dan bij zwangerschap, bevalling en moederschap, waarbij altijd sprake is van *direct* onderscheid). Deze lijn van redenering wordt ook gehanteerd door het College voor de Rechten van de Mens.⁵⁶

De initiatiefnemers hebben ervoor gekozen zowel de term genderidentiteit als de term genderexpressie op te nemen, in lijn met internationale aanbevelingen en de keuze van een aantal andere Europese landen. Daarbij zijn de initiatiefnemers zich ervan bewust dat voor geen van de overige discriminatiegronden het uitgaan ervan of de «zijnskenmerken» expliciet beschermd zijn: die worden begrepen onder de discriminatiegronden. De initiatiefnemers overwegen echter, dat – in tegenstelling tot de overige discriminatiegronden – de genderexpressie van een persoon niet altijd congruent hoeft te zijn met diens genderidentiteit. Dit betreft niet enkel transgender personen wier uiterlijke verschijningsvorm (nog) niet overeenkomt met hun genderidentiteit, maar ook bijvoorbeeld androgynen personen, agender personen, genderqueer personen, genderfluid personen, polygender personen, transgenderisten en cross dressers. Voor het opnemen van zowel de term genderidentiteit als de term genderexpressie pleit ook dat het in concrete zaken soms lastig valt te ontwarren of iemand nu wordt gediscrimineerd vanwege genderidentiteit of genderexpressie. Door het opnemen van zowel genderidentiteit als genderexpressie willen de initiatiefnemers duidelijk maken dat de wet eveneens eenieder die niet voldoet aan de stereotiepe ideeën over hoe mannen en vrouwen eruitzien, spreken of zich gedragen expliciet beschermt tegen het maken van onderscheid voortkomend uit de vooroordelen, de uitsluiting en de vormen van discriminatie waarmee zij worden geconfronteerd. Daarbij kan gedacht worden aan personen die zich zowel man als vrouw voelen; ertussenin of wisselen van gevoel; aan personen die zich niet met een genderidentiteit identificeren; of personen die zich niet gebonden voelen aan de binaire geslachten en geslachtsrollen.

Lid 2 zal worden hernummerd tot lid 3, omdat zwangerschap, bevalling en moederschap alleen onder directe discriminatie op grond van geslacht vallen, terwijl dat voor geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie geldt bij zowel directe als indirecte discriminatie op grond van geslacht. Deze laatste bepaling kan dus als meer vergaand worden beschouwd dan hetgeen in lid 2 (oud) staat vermeld.

⁵⁶ Brief aan de voorzitter van de Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken van 20 september 2016, kenmerk 2016/0125/AvD/KB/RG.

Onderdelen B en C (binaire indeling van geslacht)

De initiatiefnemers volgen het fluïde geslachtbegrip dat wordt gehanteerd door het College voor de Rechten van de Mens. Ook wanneer iemands genderidentiteit in het geding is die buiten de binariteit van vrouw en man valt, kan een beroep op de gelijkebehandelingswetgeving worden gedaan.⁵⁷ Het wetsvoorstel expliciteert dat geslacht breder dient te worden geïnterpreteerd dan de binaire indeling van mensen in vrouwen en mannen en bevat enkele aanpassingen die de Awgb in lijn brengen met dat uitgangspunt.

In eerste instantie betreft het artikel 2, tweede lid, onderdeel b (oud), waarin zwangerschap en moederschap worden gekoppeld aan het zijn van vrouw. Nu met de Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte⁵⁸ de absolute eis van onvruchtbaarheid in artikel 1:28c BW (oud) is geschrapt, zal het mogelijk zijn dat een persoon die bij de geboorte als vrouw is geregistreerd, doch inmiddels als man wordt erkend, een kind baart. In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel is beargumenteerd dat een als man geregistreerd persoon die een kind baart als moeder van het kind als bedoeld in artikel 1:198 BW wordt aangemerkt. Een persoon die juridisch man is en bevallen is van een kind zal dus als de moeder van het kind gelden. Het ligt daarom voor de hand ook in de Awgb een onderscheid aan te brengen tussen de bescherming van de vrouw en de bescherming in verband met zwangerschap en moederschap. Daaraan wordt in het onderliggende wetsvoorstel invulling gegeven.

In artikel 7, tweede lid (oud) wordt gesproken over «leerlingen van beide geslachten». Ook deze typering is niet consistent met het uitgangspunt van een fluïde geslachtbegrip. Voorgesteld wordt deze passage te wijzigen in «alle leerlingen, ongeacht hun geslacht,». Dit geeft ook ruimte aan leerlingen die zichzelf niet beschouwen als (louter) vrouw of man.

Artikel II

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Daarmee voldoet de inwerkingtredingsbepaling in alle gevallen aan de Wet raadgevend referendum.

Artikel III

Hoewel dit een wijzigingswet betreft is er toch voor gekozen deze wet een citeertitel te geven. In verband met de verschillende afzonderlijke wijzigingen die de Awgb in de afgelopen jaren heeft ondergaan en nog zal ondergaan, verdient het aanbeveling elke wijzigingswet een eenvoudige citeertitel te geven zodat in de parlementaire stukken geen onduidelijkheid kan bestaan over de verwijzing naar een van de wijzigingswetten.

Bergkamp
Yücel
Van Tongeren

⁵⁷ College voor de Rechten van de Mens 1 juli 2014, oordeel 2014–78. Dit oordeel betrof overigens een klacht van een persoon met een intersekse-conditie. Dezelfde lijn is echter daarna herhaald in een oordeel over een klacht van een transgender persoon, oordeel 2015–58.

⁵⁸ Stb. 2014, 1.