

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2006-2007

28 DÉCEMBRE 2006

Projet de loi relative à la transsexualité

Procédure d'évocation

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

41.570/AG

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par la Présidente du Sénat, le 27 octobre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours (1), sur un projet de loi «relative à la transsexualité» (doc. Sénat, session 2006-2007, n° 3-1794/1), a donné le 28 novembre 2006 l'avis suivant :

I. PORTÉE DU PROJET

1. Le projet de loi entend permettre aux transsexuels qui, sur le plan psychique, social et sexuel, se sentent appartenir à l'autre sexe et dont la situation physiologique a été en principe (2) adaptée, d'une part, de voir leur nouveau sexe reconnu dans les actes et registres de l'état civil, par la voie d'une procédure administrative devant l'officier de l'état civil et, d'autre part, d'obtenir une modification de leur prénom par la voie d'une procédure devant le ministre de la Justice.

Voir :

Documents du Sénat :

3-1794 - 2006/2007 :

Nr. 1 : Ontwerp geëvoceerd door de Senaat.

Nr. 2 : Amendements.

(1) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

(2) L'avant-projet traite également de la reconnaissance de la transsexualité lorsque l'intéressé « démontre qu'une intervention chirurgicale présente des risques mettant en péril sa santé » (article 62bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet du Code civil — article 3 du projet).

BELGISCHE SENAAAT

ZITTING 2006-2007

28 DECEMBER 2006

Wetsontwerp betreffende de transseksualiteit

Evocatieprocedure

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

41.570/AV

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 27 oktober 2006 door de voorzitter van de Senaat verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen (1), van advies te dienen over een ontwerp van wet «betreffende de transseksualiteit» (*Parl. St.*, Senaat, zitting 2006-2007, nr. 3-1794/1), heeft op 28 november 2006 het volgende advies gegeven :

I. STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Het wetsontwerp strekt ertoe aan transseksuele personen, die zichzelf zowel op psychisch, sociaal als seksueel vlak beleven als behorend tot het andere geslacht en van wie de lichamelijke toestand in principe (2) is aangepast, de mogelijkheid te bieden om enerzijds, via een administratieve procedure voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, hun nieuw geslacht in de akten en registers van de burgerlijke stand erkend te zien en anderzijds via een procedure voor de minister van Justitie, een wijziging van hun voornaam te bekomen.

Zie :

Stukken van de Senaat :

3-1794 - 2006/2007 :

Nr. 1 : Ontwerp geëvoceerd door de Senaat.

Nr. 2 : Amendementen.

(1) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 1^o, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

(2) Het voorontwerp handelt ook over de erkenning van de transseksualiteit wanneer de betrokkene « aantoont dat een chirurgische ingreep medische risico's met zich meebrengt die zijn gezondheid in gevaar brengen » (ontworpen artikel 62bis, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek — artikel 3 van het ontwerp).

II. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Quant au principe du projet de loi

2. En ce qui concerne le principe du changement de sexe et du prénom, le projet trouve appui dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a estimé, dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume Uni* (1) et *I. c. Royaume Uni* (2) que l'État qui néglige de reconnaître la nouvelle identité sexuelle de transsexuels méconnaît tant l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : la Convention européenne des droits de l'homme) sur le droit au respect de la vie privée, que l'article 12 de la Convention européenne concernant le droit au mariage. L'arrêt *Van Kück c. Allemagne* (3) se situe dans le prolongement de cette jurisprudence et conclut à la violation des articles 6, paragraphe 1, et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison des conditions dans lesquelles la transsexualité de la requérante avait été appréciée au niveau judiciaire.

Il résulte de cette jurisprudence que les États doivent considérer la transsexualité comme « un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées » (4). Lorsque, sur la base d'indications médicales et psychologiques, un transsexuel a subi une intervention entraînant un changement de sexe, l'État doit reconnaître la nouvelle identité sexuelle dans les actes de l'état civil et dans les documents officiels qu'il délivre.

3. Pour déterminer la manière dont cette reconnaissance a lieu et la procédure qui doit être suivie à cet égard, les États disposent d'une certaine marge d'appréciation. Le projet de loi à l'examen opte pour une procédure administrative assortie d'un éventuel contrôle judiciaire *a posteriori*.

La procédure en projet entend, d'une part, instaurer la sécurité juridique, là où celle-ci n'est pas pleinement garantie en ce qui concerne l'applicabilité de la législation actuelle relative à la modification ou à la correction des actes de l'état civil (5), et, d'autre part, organiser une procédure administrative relativement simple (6), dans le cadre de laquelle le transsexuel concerné n'est pas tenu lui-même d'engager une procédure judiciaire, mais où un contrôle judiciaire *a posteriori* est néanmoins possible.

Cette option relève, en principe, du pouvoir d'appréciation reconnu à cet égard à l'État.

B. Quant à la terminologie

4. Bien que selon son intitulé, le projet de loi porte sur la « transsexualité », ce dernier terme n'apparaît pas dans le projet de loi même. Différentes notions sont utilisées en vue de l'adaptation du Code civil, du Code judiciaire, de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms et de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé. D'une part, il est question d'un « acte

(1) Cour eur. D. H., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*.

(2) Cour eur. D. H., 11 juillet 2002, *I. c. Royaume Uni*.

(3) Cour eur. D. H., 12 juin 2003, *van Kück c. Allemagne*.

(4) Cour eur. D. H., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, § 81; 11 juillet 2002, *I. c. Royaume Uni*, § 61; 12 juin 2003, *van Kück c. Allemagne*, § 54.

(5) Voir les développements relatifs à la proposition de loi initiale et la référence à L. Van de Wiele et K. Schattelman, « De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de Belgische rechtspraak », *R.W.*, 1997-1998, 175-183 (*Doc. Parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 903/1, p. 6.)

(6) Voir les développements relatifs à la proposition initiale : « Les autorités doivent en effet prévoir des procédures simples, transparentes et efficaces et ne pas infliger aux citoyens des démarches inutiles pour faire valoir leurs droits » (*Doc. Parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 903/1, p. 7.)

II. ALGEMENE BEMERKINGEN

A. Wat het beginsel van het wetsontwerp betreft

2. Wat het principe van de aanpassing van het geslacht en de voornaam betreft, vindt het ontwerp steun in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat in de zaak *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* (1) en *I. t. Verenigd Koninkrijk* (2) heeft geoordeeld dat de Staat die nalaat de nieuwe geslachtsidentiteit van transseksuelen te erkennen zowel artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het Europees Verdrag over de rechten van de mens) over het recht op eerbiediging van het privéleven, als artikel 12 van het Europees Verdrag over het recht om te huwen, schendt. Het arrest *Van Kück t. Duitsland* (3) ligt in de lijn van deze rechtspraak en komt tot het besluit dat de artikelen 6, lid 1, en 8 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens geschonden werden wegens de omstandigheden waarin de transseksualiteit van verzoekster was beoordeeld op gerechtelijk niveau.

Uit die rechtspraak volgt dat Staten transseksualiteit dienen te beschouwen als « un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées (4) » Wanneer een transseksueel, op grond van medische en psychologische indicaties een geslachtswijzigende ingreep heeft ondergaan, dient de Staat de nieuwe geslachtsidentiteit te erkennen in de akten van de burgerlijke stand en in de officiële documenten die de Staat uitreikt.

3. Voor het bepalen van de wijze waarop die erkenning plaatsvindt en de procedure die daarbij moet worden gevolgd, beschikken de Staten over enige marge voor appreciatie. In het voorliggend wetsontwerp wordt geopteerd voor een administratieve procedure met een mogelijkheid tot gerechtelijke controle nadien.

De ontworpen procedure strekt ertoe enerzijds rechtszekerheid te creëren, waar die thans niet ten volle is gewaarborgd inzake de toepasselijkheid van de bestaande regelgeving over de wijziging c.q. de verbetering van de akten van de burgerlijke stand (5), en anderzijds een relatief eenvoudige administratieve procedure aan te reiken (6), waarbij de betrokken transseksueel niet zelf verplicht is een gerechtelijke procedure aan te vatten, doch waarbij wel een gerechtelijke controle nadien mogelijk is.

Deze optie valt, in beginsel, binnen de marge voor appreciatie die ter zake aan de Staat wordt toegekend.

B. Wat de terminologie betreft

4. Hoewel het wetsontwerp de titel « betreffende de transseksualiteit » draagt, wordt de term transseksualiteit in het wetsontwerp zelf niet gebruikt. Met het oog op de aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek, de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en de voornamen en de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht

(1) EHRM, 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*.

(2) EHRM, 11 juli 2002, *I. t. Verenigd Koninkrijk*.

(3) EHRM, 12 juni 2003, *Van Kück t. Duitsland*.

(4) EHRM, 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, § 81; 11 juli 2002, *I. t. Verenigd Koninkrijk*, § 61; 12 juni 2003, *van Kück t. Duitsland*, § 54.

(5) Zie de toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel, met verwijzing naar L. Van de Wiele en K. Schattelman, « De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de Belgische rechtspraak », *R.W.*, 1997-1998, 175-183 (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, nr. 903/1, blz. 6.)

(6) Zie de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel : « De overheid moet in efficiënte, transparante en eenvoudige procedures voorzien en de burgers niet onnodig belasten bij het waarborgen van hun rechten » (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, nr. 903/1, blz. 6.)

portant mention du nouveau sexe» (articles 3, 4, 5 et 8 du projet) et d'un recours, d'une demande et d'un jugement concernant un «changement de sexe» (articles 6, 7 et 10 du projet) et, d'autre part, il est fait état d'une «déclaration de changement d'identité sexuelle» (articles 35*bis* et 35*ter* en projet du Code de droit international privé — articles 15 et 16 du projet). L'article 17 enfin utilise la notion de «réassignation sexuelle».

La terminologie doit être uniformisée

5. Il en va de même en ce qui concerne la notion de «sexe auquel l'intéressé a la conviction d'appartenir», utilisée à l'article 62*bis*, §§ 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 2, 1^o, en projet du Code civil, à l'article 1385*duodecies*, § 3, 1^o, en projet du Code judiciaire, à l'article 249, § 1^{er}, alinéa 2, 4^o, en projet du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (1) et à l'article 2, alinéa 3, phrase liminaire et 1^o, en projet de la loi précitée du 15 mai 1987, préférable à celle de «sexe désiré» utilisée à l'article 62*bis*, § 2, 2^o, en projet du Code civil, à l'article 1385*duodecies*, § 3, 2^o, en projet du Code judiciaire et à l'article 2, alinéa 3, 2^o, en projet de la loi précitée du 15 mai 1987.

III. OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

A. Quant au fondement constitutionnel de la procédure parlementaire à suivre

6. Le chapitre III du projet apporte des modifications au Code judiciaire, parmi lesquelles certaines portent sur la compétence des juridictions.

Il en résulte que, conformément aux articles 77, alinéa 1^{er}, 9^o, et 83 de la Constitution, l'article 1^{er} du projet doit mentionner également qu'il règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution.

B. Quant à la procédure administrative devant l'officier de l'état civil (modifications du Code civil)

1^o En ce qui concerne les conditions de fond et la déclaration des médecins traitants

7. L'article 62*bis*, § 1^{er}, du Code civil, en projet sous l'article 3, fixe les conditions à remplir pour effectuer une déclaration de changement de sexe devant l'officier de l'état civil. L'article 62*bis*, § 2, du Code civil, également en projet sous l'article 3, prévoit que cette déclaration doit être accompagnée d'une déclaration des médecins traitants attestant que ces conditions sont remplies.

Différents aspects de cette dernière déclaration doivent être précisés.

8. Tout d'abord, la portée des termes «médecins traitants» n'est pas claire. Tant l'article 62*bis*, § 2, du Code civil, en projet sous

worden verschillende begrippen gebruikt. Enerzijds is er sprake van een «akte houdende vermelding van het nieuwe geslacht» (artikelen 3, 4, 5 en 8 van het ontwerp) en van een «beroep», een vordering en een vonnis «betreffende de wijziging van het geslacht» (artikelen 6, 7 en 10 van het ontwerp), anderzijds wordt gewag gemaakt van een «aangifte tot wijziging van seksuele identiteit» (ontworpen artikelen 35*bis* en 35*ter* van het Wetboek van internationaal privaatrecht — artikelen 15 en 16 van het ontwerp). In artikel 17 ten slotte, wordt het begrip «geslachtsaanpassing» gebezigd.

De terminologie dient eenvormig te worden gemaakt.

5. Zulks geldt evenzo voor het begrip «geslacht waartoe de betrokkene overtuigd is te behoren» dat gehanteerd wordt in het ontworpen artikel 62*bis*, §§ 1, eerste lid, en 2, 1^o, van het Burgerlijk Wetboek, in het ontworpen artikel 1385*duodecies*, § 3, 1^o, van het Gerechtelijk Wetboek, in het ontworpen artikel 249, § 1, tweede lid, 4^o, van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten (1) en in het ontworpen artikel 2, derde lid, inleidende zin, en 1^o, van de voormelde wet van 15 mei 1987, en dat te verkiezen valt boven het begrip «verlangde geslacht» dat gebezigd wordt in het ontworpen artikel 62*bis*, § 2, 2^o, van het Burgerlijk Wetboek, in het ontworpen artikel 1385*duodecies*, § 3, 2^o, van het Gerechtelijk Wetboek en in het ontworpen artikel 2, derde lid, 2^o, van de voormelde wet van 15 mei 1987.

III. BIJZONDERE BEMERKINGEN

A. Wat de grondwettelijke basis van de te volgende parlementaire procedure betreft

6. Hoofdstuk III van het ontwerp brengt wijzigingen aan in het Gerechtelijk Wetboek, waarvan sommige betrekking hebben op de bevoegdheid van de gerechten.

Daaruit volgt dat in artikel 1 van het ontwerp, overeenkomstig de artikelen 77, eerste lid, 9^o, en 83 van de Grondwet, ook moet worden vermeld dat het een aangelegenheid regelt als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

B. Wat de administratieve procedure voor de ambtenaar van de burgerlijke stand betreft (wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek)

1^o Wat de grondvoorwaarden en de verklaring van de behandelende artsen betreft

7. In het in artikel 3 ontworpen artikel 62*bis*, § 1, van het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald aan welke voorwaarden dient te zijn voldaan om een aangifte tot geslachtswijziging bij de ambtenaar van de burgerlijke stand te doen. In het eveneens in artikel 3 ontworpen artikel 62*bis*, § 2, van het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat bij deze aangifte een verklaring dient te worden gevoegd van de behandelende artsen waaruit blijkt dat aan deze voorwaarden is voldaan.

Verschillende aspecten van deze laatste verklaring dienen te worden verduidelijkt.

8. In de eerste plaats is het niet duidelijk wat wordt bedoeld met de «behandelende artsen». Zowel in het in artikel 3 ontworpen

(1) Sur le plan légistique, il doit être tenu compte de la modification apportée à l'article 249 du Code précité par le projet de loi «modifiant l'article 249 du Titre premier, Chapitre XVIII, section II, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe», qui a été adopté par la Chambre des représentants le 9 novembre 2006 et qui n'a pas été évoqué par le Sénat.

(1) Wat de wetgevingstechniek betreft, moet rekening worden gehouden met de wijziging die is aangebracht in artikel 249 van het voormelde Wetboek bij het ontwerp van wet «tot wijziging van artikel 249 van Titel I, hoofdstuk XVIII, afdeling II, van het Wetboek der registratie-, hypotheek-, en griffierechten», dat op 9 november 2006 is aangenomen door de Kamer van volksvertegenwoordigers en niet geëvoceerd is door de Senaat.

l'article 3, que l'article 1385*duodecies*, § 3, du Code judiciaire, en projet sous l'article 8, font état d'une déclaration des «médecins traitants». Il ressort de l'article 12 qu'il doit sans doute s'agir d'un psychiatre et d'un endocrinologue; cette disposition ne concerne toutefois que le changement de prénom (1), dont le régime envisagé n'est pas lié à celui de la modification de l'acte de naissance. Par contre, les travaux préparatoires font état à plusieurs reprises d'une «équipe multidisciplinaire», composée au moins d'un endocrinologue, d'un chirurgien et d'un psychiatre (2). Il est parfois également fait mention d'un «plasticien».

Les articles 3 et 8 du projet de loi doivent dès lors être à tout le moins précisés sur ce point. L'article 12 paraît également devoir être réexaminé et, le cas échéant, revu à la lumière de la présente observation.

En outre, d'une manière plus générale, il convient de relever qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il appartient à des experts médicaux de poser le diagnostic de la transsexualité et, le cas échéant, de procéder à l'intervention opératoire; ainsi par exemple, dans son arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, la Cour européenne des droits de l'homme estime-t-elle que «la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas affaire d'appréciation juridique» (3). Il appartient toutefois au législateur de prévoir les conditions d'expertise et de qualité du processus décisionnel qui doivent être remplies à cet égard. Le non-respect de ces conditions pourrait le cas échéant faire l'objet d'une sanction pénale pour les médecins concernés mais — vu les droits fondamentaux en cause — il ne pourrait pas donner lieu à la non-reconnaissance du nouveau sexe de l'intéressé, sauf à considérer les cas marginaux de déclaration frauduleuse ou de complicité du médecin en relation avec une intervention ne répondant pas à des critères médicaux, lesquels ne doivent toutefois pouvoir faire l'objet que d'une appréciation médicale, par le recours par exemple à des experts médecins.

Le projet de loi devra être reconsidéré sous cet angle.

9. En outre, il existe une discordance entre, d'une part, l'article 62*bis*, § 1^{er}, en projet du Code civil, selon lequel l'intéressé doit avoir «subi une intervention chirurgicale reconstructive» et, d'autre part, l'article 62*bis*, § 2, 2^o, en projet du Code civil aux termes duquel les médecins doivent confirmer «que l'intéressé a subi une transformation physique (dans le texte néerlandais: «lichamelijke verandering»), qui le fait correspondre au sexe désiré dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical». Il ressort des travaux parlementaires que le fait de subir une intervention chirurgicale reconstructive est considéré comme une condition essentielle (4).

(1) Tel qu'il est rédigé, l'article 12, alinéa 3, en projet de la loi précitée du 15 mai 1987 porte aussi sur le changement de nom mais, comme le révèle l'article 3, alinéa 2, en projet de la même loi (article 13 du projet), l'objet de la modification apportée par l'article 12 à la loi précitée du 15 mai 1987 est le changement de prénom. La rédaction de la disposition devrait être revue en ce sens. Par ailleurs, à l'article 3, alinéa 2, en projet de la même loi, c'est à l'alinéa 3 de l'article 2 précité qu'il y a lieu de renvoyer.

(2) Voir l'article 3 de la proposition de loi initiale: «La réassignation sexuelle hormonale et chirurgicale ne peut être réalisée qu'au sein d'une équipe multidisciplinaire, composée au moins d'un psychiatre, d'un endocrinologue et d'un plasticien.» (*Doc. Parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-0903/1, p. 9)

(3) Cour eur. D. H., 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, § 54.

(4) Voir notamment les développements relatifs à la proposition de loi initiale: «La mention du nouveau sexe n'est possible qu'après l'opération [...]» (*Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, 903/1, p. 6).

artikel 62*bis*, § 2, van het Burgerlijk Wetboek als in het in artikel 8 ontworpen artikel 1385*duodecies*, § 3, van het Gerechtelijk Wetboek is er sprake van een verklaring van «de behandelende artsen». Uit artikel 12 blijkt dat het wellicht om een psychiater en een endocrinoloog moet gaan; deze bepaling heeft evenwel alleen betrekking op de voornaamsverandering (1), waarvan de ontworpen regeling niet samenhangt met de wijziging van de geboorteakte. In de parlementaire voorbereiding is er daarentegen herhaaldelijk sprake van een «multidisciplinair team» met ten minste een endocrinoloog, een chirurg en een psychiater (2). Soms wordt daarbij ook de «plastische chirurg» genoemd.

De artikelen 3 en 8 van het wetsontwerp dienen wat dit betreft dan ook alleszins te worden verduidelijkt. Het laat zich aanzien dat ook artikel 12 opnieuw behoort te worden onderzocht en, in voorkomend geval, herzien in het licht van deze opmerking.

Meer in het algemeen weze daarbij opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens volgt dat het aan medische experten toekomt om de diagnose inzake transseksualiteit te stellen en desgevallend de operatieve ingreep uit te voeren; zo, bijvoorbeeld, oordeelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest *Van Kück t. Duitsland* van 12 juni 2003, dat «la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas affaire d'appréciation juridique» (3). Aan de wetgever komt het echter toe te bepalen welke voorwaarden inzake deskundigheid en kwaliteit van de besluitvorming daarbij dienen te worden vervuld. De niet-naleving van deze voorwaarden zou desgevallend in hoofde van de betrokken artsen strafrechtelijk kunnen worden gesanctioneerd doch zou — gelet op de grondrechten die in het geding zijn — niet tot de niet-erkenning van het nieuwe geslacht van de betrokkene kunnen leiden, behalve in de veronderstelling dat rekening wordt gehouden met de randgevallen van bedrieglijke verklaringen of van medeplichtigheid van de arts aan een behandeling die niet aan medische criteria voldoet, welke gevallen echter alleen uit medisch oogpunt kunnen worden beoordeeld, bijvoorbeeld door een beroep te doen op geneesheren-gerechtsdeskundigen.

Het wetsontwerp dient in dat licht te worden heroverwogen.

9. Vervolgens is er een discrepantie tussen enerzijds het ontworpen artikel 62*bis*, § 1, van het Burgerlijk Wetboek, waarin wordt gesteld dat de betrokkene «een chirurgische reconstructieve ingreep» dient te hebben ondergaan, en anderzijds het ontworpen artikel 62*bis*, § 2, 2^o, van het Burgerlijk Wetboek, waarin wordt gesteld dat de artsen dienen te bevestigen «dat de betrokkene een lichamelijke verandering (in de Franse tekst, «transformation physique») heeft ondergaan die hem zodanig in overeenstemming heeft gebracht met het verlangde geslacht als dit uit medisch oogpunt mogelijk en verantwoord is». Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het ondergaan van een chirurgische reconstructieve ingreep als een wezenlijke voorwaarde wordt beschouwd (4).

(1) Zoals het ontworpen artikel 12, derde lid, van de voormelde wet van 15 mei 1987 is gesteld, heeft het eveneens betrekking op de naamsverandering, doch, zoals blijkt uit het ontworpen artikel 3, tweede lid, van dezelfde wet (artikel 13 van het ontwerp), heeft de wijziging die bij artikel 12 in de voormelde wet van 15 mei 1987 wordt aangebracht, de voornaamsverandering tot doel. De redactie van de bepaling zou dus in die zin moeten worden herzien. In het ontworpen artikel 3, tweede lid, van dezelfde wet, zou bovendien moeten worden verwezen naar het derde lid van het voormelde artikel 2.

(2) Zie onder meer artikel 3 van het oorspronkelijke wetsvoorstel: «De aanpassing van de geslachtskenmerken door een hormonale en chirurgisch reconstructieve behandeling mag uitsluitend worden uitgevoerd binnen een multidisciplinair samenwerkingsverband dat minstens bestaat uit een psychiater, een endocrinoloog en een plastisch chirurg.» (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, nr. 51-0903/1, blz. 9).

(3) EHRM, 12 juni 2003, *Van Kück t. Duitsland*, § 54.

(4) Zie onder meer de toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel: «De vermelding van het nieuwe geslacht kan pas na de operatie [...]» (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, 903/1, blz. 6).

Afin d'éviter toute équivoque dans l'interprétation de la loi, il est recommandé de le confirmer également de manière expresse dans l'article 62bis, § 2, 2°, en projet, du Code civil ou, si l'intention du législateur était différente de celle retenue ci-avant, d'harmoniser en tout cas les deux dispositions (1). La disposition transitoire de l'article 17, où il est question de «réassignation sexuelle», devra également être adaptée en conséquence.

10. En outre, il y a également une discordance entre, d'une part, l'article 62bis, § 1^{er}, en projet du Code civil qui permet qu'une déclaration de changement de sexe soit faite par une personne «qui démontre qu'une intervention chirurgicale présente des risques mettant en péril sa santé» et, d'autre part, l'article 62bis, § 2, en projet du Code civil qui néglige d'indiquer que cela doit également ressortir de la déclaration des médecins traitants. Dès lors que les «risques médicaux d'une intervention chirurgicale» peuvent uniquement être attestés par les médecins traitants, il s'impose de compléter en ce sens l'article 62, § 2, 2°, en projet du Code civil. La même observation vaut pour l'article 1385duodecies, § 2, 2°, du Code judiciaire, en projet sous l'article 8.

11. Enfin, l'article 62bis, § 2, 3°, en projet du Code civil dispose qu'il doit ressortir de la déclaration des médecins traitants «que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe initial». Il résulte des travaux préparatoires et plus particulièrement du rapport de la Commission de la Chambre que seules les personnes qui sont stériles de façon irréversible ou qui le sont devenues par stérilisation entrent en ligne de compte pour la reconnaissance du changement de sexe. Cette condition entend manifestement éviter qu'un transsexuel qui, à la suite d'une intervention chirurgicale, d'homme devient femme ou de femme devient homme (2), puisse encore concevoir des enfants. Le législateur semble dès lors non seulement demander une attitude conséquente à l'égard du nouveau sexe mais il entend en outre éviter que des enfants aient un père biologique qui, au moment de leur conception, est déjà une femme ou inversement.

Dans la mesure où telle est en effet la *ratio legis* du projet, il convient d'exclure non seulement la possibilité de l'insémination naturelle («n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe initial»), mais également l'insémination artificielle au moyen de sperme congelé. Le projet de loi relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (3) devra alors être adapté en ce sens.

Par ailleurs, sur ce plan aussi, les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 62bis du Code civil doivent être mis en harmonie.

(1) Même si la différence de rédaction tend à faire apparaître que l'article 62bis, § 2, 2°, en projet du Code civil fait écho à la possibilité, envisagée au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même disposition, que la transsexualité de l'intéressé soit reconnue sans intervention chirurgicale en raison des risques pour sa santé, la rédaction du paragraphe 2, 2°, n'est pas adéquate en raison de son ambiguïté.

(2) Cette possibilité a été évoquée dans l'avis donné à la commission de la Justice par le Professeur E. Vieujean lors de l'examen de la proposition de loi qui a donné lieu au projet adopté par la Chambre des représentants et soumis à présent au Conseil d'État (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 903/6, p. 71).

(3) *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2567/1.

Om misverstanden bij de interpretatie van de wet te vermijden verdient het aanbeveling dit ook uitdrukkelijk te bevestigen in het ontworpen artikel 62bis, § 2, 2°, van het Burgerlijk Wetboek of, indien de bedoeling van de wetgever verschilt van deze die hiervoor in aanmerking genomen is, beide bepalingen in ieder geval op elkaar af te stemmen (1). De overgangsbepaling in artikel 17, waarin sprake is van «geslachtsaanpassing», zal eveneens dienovereenkomstig moeten worden aangepast.

10. Voorts is er ook een discrepantie tussen enerzijds het ontworpen artikel 62bis, § 1, van het Burgerlijk Wetboek waarin het mogelijk wordt gemaakt dat een aangifte tot geslachtswijziging wordt gedaan door een persoon «die aantoonde dat een chirurgische ingreep medische risico's met zich meebrengt die zijn gezondheid in gevaar brengen», en anderzijds het ontworpen artikel 62bis, § 2, van het Burgerlijk Wetboek waarin wordt nagelaten te vermelden dat dit eveneens uit de verklaring van de behandelende artsen dient te blijken. Aangezien de «medische risico's van een chirurgische ingreep» slechts door de behandelende artsen kunnen worden geattesteerd, is het nodig om het ontworpen artikel 62, § 2, 2°, van het Burgerlijk Wetboek in die zin aan te vullen. Dezelfde bemerking geldt eveneens voor het in artikel 8 ontworpen artikel 1385duodecies, § 2, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek.

11. Ten slotte wordt in het ontworpen artikel 62bis, § 2, 3°, van het Burgerlijk Wetboek bepaald dat uit de verklaring van de behandelende artsen dient te blijken «dat de betrokkene niet meer in staat is om overeenkomstig het oorspronkelijk geslacht kinderen te verwekken». Uit de parlementaire voorbereiding en meer bepaald uit het verslag van de Kamercommissie blijkt dat alleen personen die op een omkeerbare wijze onvruchtbaar zijn of werden gemaakt door sterilisatie, in aanmerking komen voor de erkenning van de geslachtswijziging. Deze voorwaarde strekt ertoe klaarblijkelijk te voorkomen dat een transseksueel die na een chirurgische ingreep van man tot vrouw of van vrouw tot man (2) wordt, nog verder kinderen zou kunnen verwekken. De wetgever lijkt daarmee niet alleen een consequente houding ten aanzien van het nieuwe geslacht te vragen, doch daarenboven de situatie te willen vermijden dat er kinderen worden geboren waarvan de biologische vader op het ogenblik van de verwekking reeds een vrouw is, of omgekeerd.

In de mate dat dit inderdaad de *ratio legis* is van het ontwerp, dient niet alleen de mogelijkheid tot natuurlijke inseminatie (het «niet meer in staat zijn om overeenkomstig het oorspronkelijke geslacht kinderen te verwekken»), doch ook de kunstmatige inseminatie met ingevroren sperma, te worden uitgesloten. Ook het wetsontwerp betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten (3) dient dan in die zin te worden aangepast.

Overigens moeten ook op dat gebied de paragrafen 1 en 2 van het ontworpen artikel 62bis van het Burgerlijk Wetboek op elkaar worden afgestemd.

(1) Zelfs als de verschillende redactie tot doel heeft tot uiting te laten komen dat het ontworpen artikel 62bis, § 2, 2°, van het Burgerlijk Wetboek inspeelt op de mogelijkheid, overwogen in paragraaf 1, eerste lid, van die bepaling, dat de transsexualiteit van de betrokkene wordt erkend zonder chirurgische ingreep wegens de risico's voor zijn gezondheid, is de redactie van paragraaf 2, 2°, niet adequaat omdat ze dubbelzinnig is.

(2) Aan die mogelijkheid is in overweging genomen in het advies dat is verstrekt aan de commissie voor de Justitie door professor E. Vieujean tijdens het onderzoek van het wetsvoorstel dat ontstaan heeft gegeven aan het ontwerp dat is aangenomen door de Kamer van volksvertegenwoordigers en dat thans aan de Raad van State is voorgelegd (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, nr. 903/6, blz. 71).

(3) *Parl. St.*, Kamer 2005-2006, nr. 51-2567/1.

2° En ce qui concerne la procédure administrative et l'intervention de l'officier de l'état civil

12. L'article 62bis, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, en projet sous l'article 3, règle la compétence territoriale de l'officier de l'état civil. À cet égard, il n'est pas tenu compte du fait que, selon l'article 35bis du Code de droit international privé, en projet à l'article 15, un étranger peut également faire une déclaration en vue de changer d'identité sexuelle s'il « est inscrit en Belgique dans les registres de la population ou les registres des étrangers ». Il y a lieu de compléter l'article en projet par une disposition indiquant que les non-Belges font leur déclaration auprès de l'officier de l'état civil de la commune où ils ont leur résidence principale selon les « registres de la population ou les registres des étrangers ».

13. L'article 62bis, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil, en projet sous l'article 3, dispose que, lors de la déclaration, le Belge qui n'est pas inscrit aux registres de la population avise l'officier de l'état civil à quelle adresse un refus d'établir l'acte portant mention du nouveau sexe peut être communiqué. Il est recommandé de préciser plutôt que l'intéressé doit faire élection de domicile en Belgique (cf. article 111 du Code civil (1)).

14. La proposition de loi initiale relative à la transsexualité visait à procéder à une adaptation administrative de l'acte de naissance au nouveau sexe. Le projet de loi final a toutefois choisi de mentionner le nouveau sexe dans un nouvel acte d'état civil « portant mention du nouveau sexe » (article 3 — article 62bis, § 4, alinéa 1^{er}, en projet, du Code civil). Cet acte ne doit pas, comme le prévoit l'article 62bis, § 4, alinéa 2, du Code civil, en projet sous l'article 3, être « inscrit dans le registre des actes de naissance ». En effet, ce registre est réservé aux actes de naissance et l'acte « portant mention du nouveau sexe » n'est pas un acte de naissance. En vertu de l'article 62bis, § 5, en projet, du Code civil, l'acte sera cependant mentionné en marge de l'acte de naissance; cette dernière disposition devrait d'ailleurs être elle-même précisée, semble-t-il, et ne plus prévoir la mention en marge de plusieurs actes, indéterminés, de l'état civil.

15. Selon l'article 62ter, 2°, du Code civil, en projet sous l'article 4, « l'acte portant mention du nouveau sexe » doit indiquer « le nouveau lien de filiation avec la mère et le père, si la filiation paternelle est établie ». La portée de cette disposition n'est pas claire. En cas de changement de sexe/d'identité sexuelle, il n'est pas établi de nouveau lien de filiation.

Peut-être faut-il entendre par là qu'après l'inscription en marge de l'acte de naissance, il faudra, en fonction du nouveau sexe, parler de la naissance en tant que fils ou fille des parents. Si telle est effectivement l'intention, il faut adapter la disposition en projet en ce sens. On observera au demeurant qu'il se peut que la filiation maternelle ne soit pas non plus établie.

(1) Article 111 du Code civil : « Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile. ».

2° Wat de administratieve procedure en het optreden van de ambtenaar van de burgerlijke stand betreft

12. In het in artikel 3 ontworpen artikel 62bis, § 1, tweede en derde lid, wordt de territoriale bevoegdheid geregeld van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Daarbij wordt over het hoofd gezien dat, volgens het in artikel 15 ontworpen artikel 35bis van het Wetboek van internationaal privaatrecht, ook een vreemdeling, « als hij volgens de bevolkingsregisters of de vreemdelingenregisters zijn hoofdverblijf heeft in België », een aangifte kan doen teneinde de seksuele identiteit te wijzigen. Het ontworpen artikel dient te worden aangevuld met een bepaling waaruit blijkt dat de niet-Belgen aangifte doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar zij volgens de « bevolkingsregisters of de vreemdelingenregisters » hun hoofdverblijfplaats hebben.

13. In het in artikel 3 ontworpen artikel 62bis, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat bij de aangifte de Belg die niet is ingeschreven in de bevolkingsregisters de ambtenaar van de burgerlijke stand het adres opgeeft waarop een weigering om de akte houdende vermelding van het nieuwe geslacht op te maken, kan worden meegedeeld. Het verdient aanbeveling veeleer te bepalen dat de betrokkene keuze van woonplaats in België dient te doen (cf. artikel 111 van het Burgerlijk Wetboek (1)).

14. Het oorspronkelijke wetsvoorstel betreffende de transsexualiteit strekte tot een administratieve aanpassing van de geboorteakte aan het nieuwe geslacht. In het uiteindelijke wetsontwerp is er evenwel voor geopteerd om van het nieuwe geslacht melding te maken in een nieuwe akte van de burgerlijke stand « houdende vermelding van het nieuwe geslacht » (artikel 3 — ontworpen artikel 62bis § 4, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek). Deze akte behoort niet, zoals in het in artikel 3 ontworpen artikel 62bis, § 4, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald, te worden « ingeschreven » in « het register van de akten van geboorte ». Dit register is immers voorbehouden voor akten van geboorte terwijl de akte « houdende vermelding van het nieuwe geslacht » geen geboorteakte is. De akte zal op grond van het voorgestelde artikel 62bis, § 5, van het Burgerlijk Wetboek wel in de kant worden gemeld van de geboorteakte; het laat zich aanzien dat de laatstgenoemde bepaling overigens zelf zou moeten worden verduidelijkt en niet meer zou hoeven te voorzien in de vermelding op de kant van verscheidene, onbepaalde, akten van de burgerlijke stand.

15. Volgens het in artikel 4 ontworpen artikel 62ter, 2°, van het Burgerlijk Wetboek dient de « akte houdende vermelding van het nieuwe geslacht » de « nieuwe afstammingsband met de moeder en de vader, zo de afstamming van langs vaderszijde vaststaat » te vermelden. De draagwijdte van deze bepaling is niet duidelijk. In geval van wijziging van geslacht/seksuele identiteit worden geen nieuwe afstammingsbanden vastgesteld.

Wellicht is bedoeld dat na kantmelding in de geboorteakte overeenkomstig het nieuwe geslacht sprake zal zijn van de geboorte als zoon of als dochter van de ouders. Indien dit inderdaad de bedoeling is, dient de ontworpen bepaling in die zin te worden aangepast. Overigens dient te worden opgemerkt dat het mogelijk is dat ook de afstamming langs moederszijde niet vaststaat.

(1) Artikel 111 van het Burgerlijk Wetboek : « Wanneer de partijen of een van hen in een akte, met het oog op de uitvoering van die akte, woonplaats kiezen in een andere plaats dan de werkelijke woonplaats kunnen de op die akte betrekking hebbende betekeningen, rechtsvorderingen en vervolgingen aan de overeengekomen woonplaats en voor de rechter van die woonplaats geschieden ».

C. En ce qui concerne la procédure judiciaire pour les recours contre la décision de changement de sexe d'une personne (modifications du Code judiciaire)

16. L'article 7 du projet insère, dans la partie IV, livre IV, du Code judiciaire, un chapitre XXV, comprenant les articles 1385*duodecies* à 1385*quaterdecies*, et intitulé « Des recours relatifs au changement de sexe d'une personne ». Ce chapitre ouvre un recours auprès du tribunal de première instance contre les décisions de l'officier de l'état civil relatives au changement de sexe. La portée précise des dispositions en question soulève plusieurs questions.

17. En premier lieu, il est recommandé de faire état, dans le texte néerlandais du projet, de « verhaal » contre la décision de l'officier de l'état civil, au lieu de « beroep ». En effet, il ne s'agit pas d'une décision judiciaire susceptible d'un « (hoger) beroep ».

À l'article 62*bis*, § 7, en projet sous l'article 3, également, il est indiqué de faire mention de « verhaal » contre le refus de l'officier de l'état civil au lieu de « beroep ».

18. À deux égards, le projet manque de clarté en ce qui concerne la portée du recours formé.

En premier lieu, il ne peut, selon l'article 62*bis*, § 7, du Code civil, en projet sous l'article 3, être formé de recours que contre « le refus de l'officier de l'état civil » d'établir l'acte. Il résulte en outre des objets de la déclaration que le requérant doit joindre à sa requête en vertu du paragraphe 3 de l'article 1385*duodecies* en projet du Code civil (article 8 du projet) que la disposition paraît rédigée comme n'envisageant un recours que contre une décision de refus de modifier l'extrait d'acte de naissance. C'est également en ce sens qu'est rédigé l'article 1385*quaterdecies* en projet du Code civil (article 10 du projet), puisqu'il n'envisage qu'une décision judiciaire « faisant droit à une demande de changement de sexe », c'est-à-dire une décision réformant une décision de refus de l'officier de l'état civil.

Un autre paragraphe de l'article 1385*duodecies* en projet du Code judiciaire conduit toutefois à une autre lecture : il ressort en effet du paragraphe 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de cette disposition en projet du Code judiciaire qu'un recours peut être introduit contre toute décision de l'officier de l'état civil, donc aussi bien contre sa décision d'établir l'acte que contre son refus.

Il y a lieu de préciser ce point, en ce sens que l'intention est sans doute de permettre à l'intéressé d'introduire un recours contre le refus d'établir l'acte et de permettre au procureur du Roi d'introduire un recours contre l'établissement de l'acte ou contre le refus.

19. On n'aperçoit pas non plus, ensuite, la portée du recours qui peut être introduit par toute personne qui a un intérêt (article 1385*duodecies*, § 1^{er}, en projet, du Code civil — article 8 du projet). La décision de l'officier de l'état civil d'autoriser un changement de sexe, a non seulement des conséquences importantes pour l'intéressé lui-même mais a également, le cas échéant, des répercussions considérables pour son conjoint et ses enfants, et éventuellement pour d'autres tiers.

Il revient au législateur de préciser dans quelle mesure, dans quelles conditions et de quelle manière il peut être tenu compte des

C. Wat de gerechtelijke procedure inzake de beroepen tegen de beslissing tot wijziging van het geslacht van een persoon betreft (wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek)

16. Artikel 7 van het ontwerp voegt in deel IV, boek IV van het Gerechtelijk Wetboek een hoofdstuk XXV in dat de artikelen 1385*duodecies* tot 1385*quaterdecies* omvat en dat als titel draagt « Beroepen betreffende de wijziging van het geslacht van een persoon ». In dat hoofdstuk wordt de mogelijkheid gecreëerd om een « beroep » bij de rechtbank van eerste aanleg in te stellen tegen de beslissingen van de ambtenaar van de burgerlijke stand inzake geslachtswijziging. Over de precieze draagwijdte van de desbetreffende bepalingen rijzen verschillende vragen.

17. In de eerste plaats verdient het aanbeveling het in de Nederlandse tekst van het ontwerp te hebben over een « verhaal » tegen de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand, in plaats van over een « beroep ». Er is immers geen rechterlijke beslissing waartegen (hoger) beroep wordt aangetekend.

Ook in het in artikel 3, ontworpen artikel 62*bis*, § 7, is het aangewezen het te hebben over een « verhaal » tegen de weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand, in plaats van over een « beroep ».

18. Het ontwerp is op twee punten onduidelijk wat de draagwijdte van het ingestelde verhaal betreft.

In de eerste plaats kan, naar luid van het in artikel 3 ontworpen artikel 62*bis*, § 7, van het Burgerlijk Wetboek enkel verhaal worden ingesteld tegen « de weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand » om de akte op te stellen. Uit datgene wat de « verklaring » behelst, die de belanghebbende krachtens paragraaf 3 van het ontworpen artikel 1385*duodecies* van het Burgerlijk Wetboek (artikel 8 van het ontwerp) bij zijn verzoekschrift moet voegen, blijkt eveneens dat de bepaling zo lijkt te zijn gesteld dat een beroep alleen kan worden ingesteld tegen een beslissing tot weigering om het uittreksel uit de geboorteakte te wijzigen. Het is ook in die zin dat het ontworpen artikel 1385*quaterdecies* van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 10 van het ontwerp) is gesteld, aangezien dit artikel betrekking heeft op een gerechtelijke beslissing « waarbij een vordering betreffende de wijziging van het geslacht [...] wordt toegewezen », namelijk een beslissing tot herziening van een weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Een andere paragraaf van het ontworpen artikel 1385*duodecies* van het Gerechtelijk Wetboek levert evenwel een andere lezing op : uit paragraaf 1, eerste en tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, van deze ontworpen bepaling blijkt immers dat verhaal kan worden ingesteld tegen elke beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand, dus zowel tegen zijn beslissing om de akte op te stellen, als tegen zijn weigering om dat te doen.

Dit punt moet worden verduidelijkt, in de zin dat het wellicht de bedoeling is dat de belanghebbende verhaal kan instellen tegen de weigering de akte op te stellen en dat de procureur des Konings verhaal kan instellen tegen de opstelling van de akte of tegen de weigering om dat te doen.

19. Vervolgens is het eveneens onduidelijk waartoe het verhaal strekt dat door elke belanghebbende kan worden ingesteld (ontworpen artikel 1385*duodecies*, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek — artikel 8 van het ontwerp). De beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand om een wijziging van het geslacht toe te staan heeft niet alleen verstrekkende gevolgen voor de betrokkene zelf, doch heeft desgevallend ook een aanzienlijke weerslag op diens echtgenote en kinderen, en eventueel andere derden.

Het komt toe aan de wetgever om te bepalen in welke mate, onder welke voorwaarden en op welke wijze met de belangen van

intérêts de ces personnes. En permettant à « toute personne qui a un intérêt » d'introduire un recours contre la décision de l'officier de l'état civil, le projet donne la possibilité à ces personnes d'introduire une réclamation contre le changement de sexe dans le cadre de la procédure devant le tribunal de première instance. Des explications ont été données à ce sujet au cours des travaux préparatoires. Il a ainsi été déclaré : « Cette possibilité de recours constitue une protection minimale contre la fraude ou les déclarations douteuses de médecins, qui peuvent donner lieu à une modification de l'état d'une personne » (1).

Le texte du projet même doit toutefois fournir plus de clarté sur ce point. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que dans la mesure où, par hypothèse, une « intervention chirurgicale reconstructive » (ou une autre intervention médicale (2)) a déjà eu lieu, il y a lieu de tenir compte des droits fondamentaux de l'intéressé qui sont en cause et du fait que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors que la nécessité d'un traitement aboutissant à un changement de sexe a été médicalement établie, il n'appartient pas au juge d'y substituer son appréciation (3).

20. De sérieuses objections doivent être émises sur la manière dont le projet de loi organise le contrôle judiciaire des décisions de l'officier de l'état civil qui accueillent la déclaration de changement de sexe.

Il ressort de l'article 1385*duodecies*, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, en projet sous l'article 8, que toute personne qui a un intérêt et le procureur du Roi peuvent introduire un recours dans les soixante jours à compter de celui de l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe. L'article 62*bis*, § 4, alinéa 3, du Code civil, en projet sous l'article 3, indique que le procureur du Roi n'est informé de cet acte qu'après son établissement, par les soins de l'officier de l'état civil. Entre-temps, cet acte produit cependant déjà ses effets : l'intéressé a changé de sexe et peut le cas échéant conclure un mariage dans sa nouvelle identité sexuelle. Si le tribunal de première instance ou, en appel, la cour d'appel accueille le recours contre la décision de l'officier de l'état civil, le changement d'identité sexuelle autorisé sera annulé avec effet rétroactif.

Afin d'éviter l'insécurité juridique et la perturbation des liens qui en ont résulté sur le plan du droit des personnes et de la famille, il convient d'adapter le projet. Le législateur pourrait par exemple choisir soit de prévoir explicitement que « l'acte portant mention du nouveau sexe » ne produira ses effets qu'après l'expiration du délai d'introduction du recours ou qu'au terme de la procédure de recours, soit de préciser que l'intention de changement d'identité sexuelle, ainsi que les pièces nécessaires, sont notifiées au procureur du Roi de manière à lui permettre de faire opposition, dans un délai déterminé, à l'établissement de l'acte par l'officier de l'état civil, l'affaire pouvant ensuite, le cas échéant, être renvoyée au tribunal à la demande de l'intéressé.

21. S'agissant de l'article 1385*duodecies*, § 3, du Code civil, en projet sous l'article 8, on n'aperçoit pas pour quelle raison il faut de nouveau joindre à la requête la déclaration des médecins traitants, qui est déjà jointe à la déclaration initiale.

deze personen rekening kan worden gehouden. Door « elke belanghebbende » toe te laten verhaal in te stellen tegen de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand, creëert het ontwerp de mogelijkheid dat deze personen in het kader van de procedure voor de rechtbank van eerste aanleg bezwaar aantekenen tegen de geslachtswijziging. In de parlementaire voorbereiding werden hierover verklaringen afgelegd. Zo werd gesteld : « Deze beroepsmogelijkheid geldt als minimale bescherming tegen fraude of dubieuze verklaring van artsen, die tot een verandering van de staat van een persoon aanleiding kunnen geven » (1).

De tekst van het ontwerp zelf dient ter zake echter duidelijkheid te verschaffen. Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat aangezien er, bij hypothese, reeds een « chirurgische reconstructieve ingreep » (of een andere medische ingreep (2)) heeft plaats gevonden, rekening dient te worden gehouden met de grondrechten van de betrokkene die in het geding zijn en met het feit dat, volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, wanneer medisch vastgesteld is dat een behandeling die leidt tot een geslachtsverandering noodzakelijk is, het niet aan de rechter staat zijn beoordeling daarvan in de plaats te stellen (3).

20. Ernstige bezwaren rijzen er tegen de wijze waarop in het wetsontwerp de gerechtelijke controle wordt georganiseerd tegen de beslissingen van de ambtenaar van de burgerlijke stand waarmee de aangifte van geslachtswijziging wordt ingewilligd.

Uit het in artikel 8 ontworpen artikel 1385*duodecies*, § 1, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek blijkt dat elke belanghebbende en de procureur des Konings verhaal kunnen instellen binnen de zestig dagen te rekenen van de dag waarop de akte met vermelding van het nieuwe geslacht werd opgemaakt. Uit het in artikel 3 ontworpen artikel 62*bis*, § 4, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat de procureur des Konings pas kennis krijgt van deze akte na de opstelling ervan en dit door toedoen van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Intussen heeft deze akte evenwel reeds uitwerking : de betrokkene heeft een nieuw geslacht en kan desgevallend overeenkomstig dat geslacht een huwelijk sluiten. Willigt de rechtbank van eerste aanleg of, in graad van beroep, het hof van beroep het verhaal tegen de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand in, dan zal de toegestane wijziging van de seksuele identiteit retro-actief worden tenietgedaan.

Om de rechtsonzekerheid en de verstoring van de persoons- en familierechtelijke verhoudingen die zijn ontstaan, te voorkomen, dient het ontwerp te worden aangepast. De wetgever zou er bijvoorbeeld voor kunnen opteren hetzij uitdrukkelijk te bepalen dat de « akte houdende vermelding van het nieuwe geslacht » slechts uitwerking heeft nadat de termijn om verhaal in te stellen is verstreken of nadat de verhaalprocedure is voltooid, hetzij te bepalen dat het voornemen tot wijziging van de seksuele identiteit met de nodige stukken aan de procureur des Konings ter kennis wordt gebracht zodat hij binnen een bepaalde termijn verzet kan aantekenen tegen het opstellen van de akte door de ambtenaar van de burgerlijke stand, waarna de zaak desgevallend, op verzoek van de betrokkene, naar de rechtbank kan worden verwezen.

21. In het door artikel 8 ontworpen artikel 1385*duodecies*, § 3, van het Gerechtelijk Wetboek valt niet in te zien waarom bij het verzoekschrift opnieuw de verklaring van de behandelende artsen moet worden gevoegd die reeds bij de oorspronkelijke aangifte is gevoegd.

(1) Amendement n° 13 de Mme H. Vautmans (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-903/3, p. 10) et rapport de la Commission de la Chambre (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-903/3, p. 20).

(2) Voir l'observation n° 9, plus haut.

(3) Voir plus haut, les n°s 2, 3 et 8.

(1) Amendement nr. 13 van mevr. H. Vautmans (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, nr. 51-903/3, blz. 10) en verslag van de Kamercommissie (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, nr. 51-903/3, blz. 20).

(2) Zie hierboven opmerking nr. 9.

(3) Zie hierboven de nrs. 2, 3 en 8.

22. L'article 1385^{quaterdecies} en projet du Code civil (article 10 du projet) doit être revu pour envisager, s'il y a lieu (1), le cas où le recours judiciaire est introduit contre une décision de l'officier de l'état civil de dresser «l'acte portant mention du nouveau sexe». Plus spécialement, à l'instar de ce que prévoient les paragraphes 3 et 4 de cette disposition pour l'hypothèse inverse, il conviendra de déterminer les effets d'un jugement ou d'un arrêt accueillant un recours formé contre l'établissement d'un «acte portant mention du nouveau sexe» par l'officier de l'état civil.

Il y a lieu d'adapter le projet à cet égard.

D. En ce qui concerne le changement de prénom (modifications de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms)

23. Il découle des articles 12 et 13 du projet de loi que le changement d'identité sexuelle peut donner lieu à un changement de prénom. L'autorisation doit en être donnée par le ministre de la Justice. Il apparaît des travaux préparatoires que le ministre de la Justice ne pourrait pas refuser le changement de prénom. Il ne s'agirait plus d'une «faveur» mais d'un «droit» (2).

Bien qu'il n'y ait en principe pas d'objection à cela, il faut néanmoins se demander si, comme le prévoit l'article 3 de la loi du 15 mai 1987, le ministre de la Justice ne devrait pas pouvoir refuser le changement de prénom lorsque le prénom «prête à confusion» et pourrait «nuire au requérant ou à des tiers» (3). Il paraît contraire au principe de non-discrimination de ne pas le prévoir. Le législateur peut certes instaurer un droit au changement de prénom, mais l'existence d'un droit absolu à choisir le prénom même si ce prénom «prête à confusion» et pourrait «nuire au requérant ou à des tiers» paraît difficile à justifier.

Il faut donc adapter le projet.

E. En ce qui concerne le changement de sexe par des étrangers (modifications de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé)

24. Selon l'article 35^{ter}, §2, du Code de droit international privé, en projet sous l'article 16, le droit de l'État dont l'intéressé a la nationalité ne sera pas appliqué si ce droit interdit de changer d'identité sexuelle. Selon la Cour de cassation, seules «les dispositions exprimant un principe fondamental de l'ordre éthique, politique et économique de la communauté justifient le recours à l'exception de l'ordre public international privé» (4).

(1) Voir le n° 18, plus haut.

(2) Voir le rapport de la commission de la Chambre (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 93/6, pp. 3 et 12).

(3) Article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms : «Le ministre de la Justice peut autoriser le changement de prénoms lorsque les prénoms sollicités ne prêtent pas à confusion et ne peuvent nuire au requérant ou à des tiers.»

(4) Voir par exemple Cass., 19 août 2002, J.T., 2002, 583; Cass., 29 avril 2002, RC024T1-1; Cass., 9 septembre 2003, RC039T1-1; Cass. 20 avril 2003, RC034A1-2.

22. Het ontworpen artikel 1385^{quaterdecies} van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 10 van het ontwerp) moet worden herzien om, in voorkomend geval (1), rekening te houden met het geval dat het beroep op de rechter wordt ingesteld tegen een beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand om «de akte houdende vermelding van het nieuwe geslacht» op te stellen. Naar het voorbeeld van wat in de paragrafen 3 en 4 van die bepaling voor het omgekeerde geval wordt geregeld, moet inzonderheid worden bepaald welke de gevolgen zijn van een vonnis of arrest waarbij een verhaal tegen het opstellen door de ambtenaar van de burgerlijke stand van een «akte houdende vermelding van het nieuwe geslacht» wordt ingewilligd.

Het ontwerp dient wat dat betreft te worden aangepast.

D. Wat de wijziging van de voornaam betreft (wijzigingen van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en de voornamen)

23. Uit de artikelen 12 en 13 van het wetsontwerp blijkt dat de wijziging van seksuele identiteit aanleiding kan geven tot een voornaamswijziging. Deze dient door de minister van Justitie te worden toegestaan. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het daarbij de bedoeling is dat de minister van Justitie de voornaamswijziging niet zou kunnen weigeren. Het zou niet langer gaan om een «gunst» doch om een «recht» (2).

Alhoewel hiertegen in beginsel geen bezwaren bestaan, rijst toch de vraag of de minister van Justitie niet, zoals in artikel 3 van de wet van 15 mei 1987 is bepaald, de voornaamswijziging zou moeten kunnen weigeren wanneer de voornaam «aanleiding geeft tot verwarring en de verzoeker of derden zou kunnen schaden» (3). Het lijkt strijdig met het discriminatieverbod dit niet te voorzien. De wetgever kan weliswaar een recht op voornaamswijziging invoeren, doch het lijkt bezwaarlijk te verantwoorden dat er ook een absoluut recht zou bestaan om de voornaam te kiezen, zelfs indien het om een voornaam gaat die «aanleiding geeft tot verwarring en de verzoeker of derden zou kunnen schaden».

Het ontwerp dient dan ook te worden aangepast.

E. Wat de wijziging van het geslacht door vreemdelingen betreft (wijzigingen van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht)

24. Volgens het in artikel 16 ontworpen artikel 35^{ter}, §2, van het Wetboek van internationaal privaatrecht zal het recht van de Staat waarvan de betrokkene de nationaliteit heeft niet worden toegepast indien dit recht de wijziging van de seksuele identiteit verbiedt. Volgens het Hof van Cassatie kunnen «alleen die bepalingen die een wezenlijk beginsel van de ethische, politieke of economische ordening van de gemeenschap uitdrukken het ingrijpen van de internationaal-privaatrechtelijk exceptie van openbare orde rechtvaardigen» (4).

(1) Zie nr. 18 hierboven.

(2) Zie het verslag van de Kamercommissie (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, nr. 93/6, blz. 3. en 12).

(3) Artikel 3, eerste lid, van de wet 15 mei 1987 betreffende de namen en de voornamen : «De minister van Justitie kan de voornaamsverandering toestaan indien de gevraagde voornamen geen aanleiding geven tot verwarring en de verzoeker of derden niet kunnen schaden.»

(4) Zie bijvoorbeeld Cass., 19 augustus 2002, J.T., 2002, 583; Cass., 29 april 2002, RC024T1-1; Cass., 9 september 2003, RC039T1-1; Cass. 20 april 2003, RC034A1-2.

Il revient en principe au législateur de déterminer quelles règles nationales d'ordre public sont à ce point fondamentales qu'elles prévalent sur les règles étrangères désignées par le droit international privé. Il est néanmoins recommandé de recourir de manière réservée à l'exception de l'ordre public international. Par analogie avec l'article 46, alinéa 2, du Code de droit international privé, relatif au mariage entre personnes de même sexe, il peut être commandé de préciser qu'un lien étroit avec la Belgique est requis (1).

F. Disposition transitoire

25. La mesure transitoire en projet à l'article 17 requiert que l'intéressé ait subi une réaffectation sexuelle (2), alors que l'article 62bis, § 2, en projet, du Code civil prévoit qu'il peut être dérogé à cette condition en cas de contre-indication médicale.

Il est recommandé d'adapter la mesure transitoire en conséquence.

L'assemblée générale de la section de législation était composée de

M. R. ANDERSEN, premier président du Conseil d'État,

MM. VAN DAMME et Y. KREINS, présidents de chambre,

MM. P. LIENARDY, J. BAERT, J. SMETS, P. VANDERNOOT, J. JAUMOTTE, B. SEUTIN et W. VAN VAERENBERGH, conseillers d'État,

MM. J. VELAERS et H. BOSLY, assesseurs de la section de législation,

M. FAUCONIER, greffier assumé.

Les rapports ont été rédigés par MM. A. LEFEBVRE et J. VAN NIEUWENHOVE, auditeurs.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. VANDERNOOT.

Le greffier,

M. FAUCONIER.

Le premier président,

R. ANDERSEN.

(1) Article 46, alinéa 2, Code de droit international privé : « L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage. ».

(2) Voir l'observation n° 7, *in fine*, sur cette dernière notion.

Het komt in beginsel aan de wetgever toe vast te stellen welke nationale regels van openbare orde dermate fundamenteel zijn dat ze niet wijken voor de buitenlandse regels die het Internationaal Privaatrecht aanwijzen. Desalniettemin verdient het aanbeveling dat van de exceptie van internationale openbare orde met terughoudendheid gebruik wordt gemaakt. Naar analogie van artikel 46, tweede lid, van het Wetboek van internationaal privaatrecht inzake het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht, verdient het aanbeveling te bepalen dat een nauwe band met België is vereist (1).

F. Overgangsbepaling

25. In de in artikel 17 ontworpen overgangsmaatregel wordt vereist dat de betrokkene een geslachtsaanpassing (2) heeft ondergaan terwijl van deze voorwaarde in het voorgestelde artikel 62bis, § 2, van het Burgerlijk Wetboek bij medische contra-indicatie kan worden afgeweken.

Het verdient aanbeveling de overgangsmaatregel daarmee in overeenstemming te brengen.

De algemene vergadering van de afdeling wetgeving was samengesteld uit

De heer R. ANDERSEN, eerste voorzitter van de Raad van State,

De heren M. VAN DAMME en Y. KREINS, kamervoorzitters,

De heren P. LIÉNARDY, J. BAERT, J. SMETS, P. VANDERNOOT, J. JAUMOTTE, B. SEUTIN en W. VAN VAERENBERGH, staatsraden,

De heren J. VELAERS en H. BOSLY, assessoren van de afdeling wetgeving,

De heer M. FAUCONIER, toegevoegd griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de heren A. LEFEBVRE en J. VAN NIEUWENHOVE, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de heer P. VANDERNOOT.

De griffier,

M. FAUCONIER.

De eerste voorzitter,

R. ANDERSEN.

(1) Artikel 46, tweede lid, van het Wetboek van internationaal privaatrecht : « Een bepaling van het door het eerste lid toepasselijk verklaard recht, die het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht verbiedt, is niet van toepassing indien een van de personen de nationaliteit bezit van een Staat waarvan het recht een dergelijk huwelijk toestaat of op het grondgebied van een dergelijke Staat zijn gewone verblijfplaats heeft. ».

(2) Zie opmerking nr. 7, *in fine*, over het laatstgenoemde begrip.