

L'article 11 de la loi du 25 juin 2017 était rédigé comme suit : « Toute personne qui a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement joint à sa requête une déclaration sur l'honneur à ce propos. Le prénom choisi doit être conforme à cette conviction. Sans préjudice de l'alinéa 6, un changement de prénom ne peut être demandé qu'une seule fois pour ce motif sauf lorsque le changement de prénom est autorisé par le tribunal de la famille après une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe (...) ».

Les termes en gras ont donc été annulés par la Cour constitutionnelle.

La loi du 15 mai 1987, modifiée par la loi du 25 juin 2017, a été purement et simplement abrogée par la loi du 18 juin 2018.

Désormais, l'article 370/3, § 4, de l'ancien Code civil dispose que « § 4. Toute personne qui a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement joint à sa requête une déclaration sur l'honneur à ce propos. Le prénom choisi doit être conforme à cette conviction. Sans préjudice de l'alinéa 4, un changement de prénom ne peut être demandé qu'une seule fois pour ce motif *sauf lorsque le changement de prénom est autorisé par le tribunal de la famille* après une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe (...) ».

Le tribunal de céans constate une identité complète du texte (sous réserve du seul numéro d'alinéa [6 et 4]) entre les deux dispositions légales, de sorte que, par identité de motifs avec ceux qui précèdent, l'article 370/3, § 4, de l'ancien Code civil, actuellement applicable, doit se lire *sans* les termes « lorsque le changement de prénom est autorisé par le tribunal de la famille ».

Il en résulte, conformément à la teneur même de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, qu'il est désormais permis de « (...) de changer à nouveau le prénom à la suite d'une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance » et qu'il s'agit de saisir de cette demande l'officier de l'état civil compétent, par application des articles 370/3, § 1<sup>er</sup>, 3 et 4, de l'ancien Code civil et suivants.

## 6. Dépens.

Le tribunal de céans les délaisse d'ores et déjà à la partie requérante, s'agissant ici d'une procédure unilatérale.

*Par ces motifs,*

Le tribunal :

Après avoir entendu Madame Florence Reusens, substitut du procureur du Roi, en son avis verbal conforme à la demande telle qu'elle est soumise au tribunal de céans ;

Ne vidant pas sa saisine ;

Se déclare compétent internationalement, matériellement et territorialement pour connaître du présent litige ;

Dit le droit belge applicable ;

Dit pour droit que tenant compte d'une part de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019, qui a annulé le § 10 de l'article 62bis de l'ancien Code civil et d'autre part de l'identité de contenu entre cette disposition et l'article 135/1, § 9, de l'ancien Code civil, actuellement en vigueur, il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle mais, au contraire, d'écartier, *motu proprio*, toutes les modalités prévues à l'article 135/1, § 9, de l'ancien Code civil et qui sont identiques à l'article 62bis, § 10, de l'ancien Code civil, avec pour conséquence qu'en l'état actuel du droit positif belge toute personne qui souhaite changer plus d'une fois de sexe doit pouvoir le faire *sans* pouvoir encore se voir opposer le principe de l'irrévocabilité du changement de sexe déjà intervenu et *sans* devoir recourir à une procédure judiciaire devant le tribunal de la famille pour obtenir, moyennant la démonstration de circonstances exceptionnelles, une autre modification de l'enregistrement de son sexe, l'officier de l'état civil étant seul compétent pour ce faire ;

Dit pour droit que, par identité de motifs avec ceux qui précèdent, il est également permis à toute personne qui souhaite changer plus d'une fois de sexe de changer à nouveau et à chaque fois de prénom(s) ;

Ce faisant, invite l'officier de l'état civil de la commune de Sambreville :

— En ce qui concerne le changement de sexe

À acter, conformément à la procédure visée à l'article 135/1, § 2, et suivants de l'ancien Code civil (c'est-à-dire comme s'il s'agissait d'une première demande de changement de sexe), la nouvelle demande de changement de sexe formulée par la partie requérante, sans pouvoir lui opposer *ni* le principe de l'irrévocabilité, *ni* la démonstration de circonstances exceptionnelles ;

— En ce qui concerne le changement de prénom(s)

À acter, conformément à la procédure visée aux articles 370/3, § 1<sup>er</sup>, 3 et 4, de l'ancien Code civil et suivants la demande de changement de prénom(s) de la partie requérante, ce changement étant autorisé et permis à chaque changement de sexe et ici aussi sans détour par le tribunal de la famille ;

[...]

## Observations

### Vers un assouplissement jurisprudentiel des conditions légales d'une deuxième demande de modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance ?

1. Le jugement publié, rigoureusement motivé, est d'une grande importance pour les personnes dont l'identité de genre est fluide ou non binaire, ainsi que pour le législateur qui tarde à se conformer à l'arrêt d'annulation n° 99/2019 du 19 juin 2019 de la Cour constitutionnelle portant sur plusieurs dispositions du Code civil relatives à la modification de l'enregistrement du sexe à l'état civil<sup>1</sup>.

2. En l'espèce, une personne née de sexe féminin a demandé une première modification de son prénom et de l'enregistrement de son sexe à l'état civil de la commune de Sambreville en 2019.

Depuis une loi du 25 juin 2017, la personne transgenre peut déclarer sa conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre (article 135/1, § 1<sup>er</sup>, C. civ. anc.) ; l'officier de l'état civil doit y faire droit, après plusieurs formalités administratives, sauf si une contrariété à l'ordre public est constatée<sup>2</sup>.

En 2021 elle se rend compte avoir fait une erreur et entame un parcours de détransition. Elle demande ensuite une nouvelle modification de son acte de naissance, pour y enregistrer un sexe féminin.

Elle dépose une requête au tribunal de la famille de Namur, comme l'impose l'article 135/1, § 9, de l'ancien Code civil. Une autorisation judiciaire est nécessaire pour une seconde modification de l'enregistrement du sexe. Il faut en outre prouver des circonstances exceptionnelles. De plus, seul un retour au sexe d'origine est possible, ce qui exclut une troisième modification.

Une difficulté juridique d'ordre constitutionnel se pose au tribunal de Namur, car la nécessité de cette procédure judiciaire et ses conditions très restrictives ont été jugées contraires aux droits fondamentaux des personnes dont l'identité de genre est fluide.

Mais, comme l'expose clairement le jugement, la Cour constitutionnelle n'a pas annulé l'article 135/1, § 9, de l'ancien Code civil<sup>3</sup> ni l'article 370 relatif aux prénoms, mais les dispositions antérieures des articles 62bis du Code civil et 2 de la loi du 15 mai 1987, issus de la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres. Les dispositions actuellement en vigueur ont en effet remplacé celles de 2017 à peine un an après, alors que le recours était pendant<sup>4</sup>, et sont issues d'une loi du 18 juin 2018 relative

(1) C. const., 19 juin 2019, arrêt n° 99/2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 126, *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, note J.-L. RENCHON, *R.W.*, 2019-2020, p. 1016, note F. FONTEYN, *R.G.D.C.*, 2020, p. 354, note M. PETERS, *T. Fam.*, 2020, p. 14, note P. CANNOUT, *T.J.K.*, 2019, p. 276, note

A. D'ESPAILLER.

(2) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 102-105, n° 91.

(3) Pour la facilité et en présence d'un problème de succession de lois nous désignons par « Code civil »

l'ancien Code civil.

(4) La Cour constitutionnelle a aussi identifié ce problème dans son arrêt et constaté l'identité des dispositions visées de la loi de 2017 et de la loi de 2018. Même si les requérants n'ont pas introduit de recours en annulation contre la loi de 2018, la Cour a

décidé qu'ils conservaient un intérêt à annuler des dispositions abrogées, dès lors que celles-ci ont pu produire des effets (B.3.2 et B.3.6, cités dans le jugement publié).

à l'état civil et sa nouvelle organisation informatique<sup>5</sup>.

En plus de cette difficulté liée à la succession de normes au contenu identique, le tribunal affronte l'inertie du législateur qui n'a pas mis la loi en conformité avec l'arrêt du 19 juin 2019. Le législateur apparaît bloqué par une lacune constatée par la Cour : l'absence de régime d'état civil applicable aux personnes dont l'identité de genre est non binaire, celles qui ne s'identifient ni « homme » ni « femme », sur lesquelles nous reviendrons en fin de commentaire. Le point figure pourtant dans l'accord du gouvernement de la présente législature et a été récemment rapplé au législateur<sup>6</sup>.

3. Le tribunal de Namur n'a pas choisi la solution bien connue de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle pour entendre celle-ci probablement censurer la nouvelle norme, ce qui aurait ouvert à toute personne ou association un nouveau délai d'annulation (article 4, alinéa 2, loi du 6 janvier 1989<sup>7</sup>) contre, cette fois, l'article 135/1<sup>8</sup>.

Cette solution aurait probablement mis fin à l'inconstitutionnalité des normes actuelles, mais aurait été totalement disproportionnée pour les justiciables, car elle nécessite deux arrêts de Cour constitutionnelle, alors qu'il suffit d'abroger quelques lignes de loi.

Elle aurait eu une part d'absurde car l'inconstitutionnalité résulte précisément d'une procédure judiciaire intrusive. L'arrêt du 19 juin 2019 comme les réformes successives du droit relatif aux personnes transgenres sont en effet fondés sur l'autodétermination et poursuivent une déjudiciarisation et une démedicalisation de cette question privée<sup>9</sup>.

Le tribunal aurait encore plus simplement pu dire la demande fondée en raison de circonstances exceptionnelles, mais il aurait méconnu plus frontalement encore l'arrêt.

4. Le tribunal de Namur entend combler lui-même la lacune, dire ce qu'est le droit actuel, en voulant qu'il soit appliqué dans le futur par l'administration, conformément à l'arrêt n° 99/2019 du 19 juin 2019.

Le juge refuse de poser une question préjudicielle, constatant que les normes actuelles ont le même contenu que les anciennes qui ont été censurées par la Cour. Il écarte ensuite leur application *in casu* mais aussi de manière générale dans un dispositif précis. Il intime à l'officier de l'état civil, seul compétent à ses yeux, d'acter sur déclaration le deuxième changement de l'enregistrement du sexe de la requérante, ainsi que la modification de son prénom. Il met l'affaire en continuation pour s'assurer que tous coopèrent.

Cette décision innovante mérite d'être approuvée.

Elle se recommande des analyses de G. Rosoux. À la différence d'un arrêt sur question préjudicielle, l'arrêt d'annulation s'impose *erga omnes* aux juridictions comme aux administrations et aux particuliers (article 9, § 1<sup>er</sup>, loi du 6 janvier 1989). Au contraire, un arrêt rendu sur question préjudicielle n'a une autorité que « relative et renforcée » (articles 26, § 2, alinéa 2, 2<sup>o</sup>, et 28, loi du 6 janvier 1989)<sup>10</sup>. Dans un arrêt d'annulation, la Cour dit le droit avec effet rétroactif, ce qui permet d'attaquer tout acte ou décision pris sur la base du droit annulé. Surtout, un arrêt d'annulation peut avoir des répercussions sur les normes identiques en raison de leur objet<sup>11</sup>. Sinon, le législateur pourrait réitérer une norme annulée<sup>12</sup>. L'extension de la portée d'un arrêt d'annulation à d'autres normes identiques s'effectue par le canal de l'article 26, § 2, alinéa 2<sup>o</sup>, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Un juge n'est pas obligé de poser une question préjudicielle. Il peut donc écarter *motu proprio* la norme identique en se fondant sur un arrêt antérieur de la Cour.

Si le dispositif du jugement commenté surprend par sa sémantique de règle à portée générale, il mobilise les ressources de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Ce dispositif vise à convaincre les officiers de l'état civil d'adopter un raisonnement similaire dans l'exercice de leur pouvoir administratif. Comme des juges, ils sont liés par les arrêts d'annulation opposables *erga omnes*; comme des juges, ils devraient en étendre la portée aux normes identiques; comme des juges, ils devraient ti-

rer toutes les conséquences d'un constat d'inconstitutionnalité sans attendre le législateur. L'arrêt *Vermeire c. Belgique* en a décidé ainsi à propos des juridictions<sup>13</sup>. Malheureusement ils ne sont pas des juridictions<sup>14</sup>.

Comme l'expose la doctrine publiciste, si les administrations doivent appliquer la loi, même irrégulière, au contraire des juridictions qui bénéficient des pouvoirs conférés par l'article 159 de la Constitution et par la loi du 6 février 1989<sup>15</sup>, on perçoit un réel malaise, jusqu'à la Cour de cassation, face aux conséquences de ce principe. Parmi les pistes de solution, l'on évoque l'interdiction d'appliquer un ordre hiérarchique manifestement irrégulier (théorie dite de l'acte administratif inexistant<sup>16</sup>), une interdiction qui pourrait être étendue à un acte législatif irrégulier<sup>17</sup>.

À notre avis, l'inconstitutionnalité qui affecte l'article 135/1 s'impose avec une telle évidence qu'elle constitue une « irrégularité manifeste » au sens précité, de manière telle que l'autorité administrative devrait refuser d'appliquer cette disposition. Le caractère manifeste de cette irrégularité découle premièrement de l'identité d'objet entre les normes, deuxièmement du constat de cette identité opéré par la Cour constitutionnelle elle-même dans l'arrêt n° 99/2019 (B.3.2) et troisièmement de l'analyse fouillée et du dispositif du jugement commenté. Autrement dit, l'officier de l'état civil n'opérerait lui-même aucun test juridictionnel de constitutionnalité s'il se basait sur ces constats pour refuser d'appliquer l'article 135/1.

Comme le relève la doctrine publiciste, la Cour de cassation hésite à consacrer avec netteté cette théorie, peut-être parce qu'elle entraîne la responsabilité civile des administrations ou de l'État législateur s'il tarde comme dans notre problématique. Cependant, il y a des raisons de penser qu'un officier d'état civil ne peut pas exécuter une loi qui méconnaît des règles constitutionnelles qui lui imposent de s'abstenir ou, comme ici, d'agir d'une manière déterminée<sup>18</sup>. En droit familial, la Cour de cassation a certes refusé de considérer fautif un officier de l'état civil qui exigeait une autorisation de la mère préalable à une reconnaissance paternelle (article 319,

(5) Sur cette loi S. CAP et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », in J. SOSSON (éd.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 7 et s.

(6) Note de politique générale « Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité », *Doc. parl.*, Chambre, session 2020-2021, n° 55-2294, p. 46.

(7) G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 695, n° 610.

(8) Suggestion faite par : P. CANNOOT, note précitée, n° 24, pp. 24-25 ; M. PETERS, note précitée, p. 362, n° 18 ; J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, pp. 742-744. Pour notre part, nous avons estimé que

l'article 135/1 était annulé, en précisant que l'annulation portait sur l'article 62bis (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 105 et note 272 et p. 107).

(9) En ce sens : N. GALLUS, « L'évolution en droit belge : entre l'exigence du respect de la vie privée et la sécurité juridique de l'organisation de l'état civil (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Y. c. Pologne, 17 février 2022) », *Rev. trim. dr. h.*, 2023, p. 257.

(10) G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 690, n° 605.

(11) G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 694 (citée dans le jugement publié).

(12) Selon G. ROSOUX, il y a un précédent proche, un arrêt de la Cour constitutionnelle rendu sur un cas de réitération d'une loi annulée. Dans cet arrêt, la Cour indique qu'elle sait qu'il existe une loi modificative et

suggère (implicitement) que ce qu'elle dira pourra être étendu à la loi modificative (C. const., 28 mai 2019, arrêt n° 88/2019, cité par G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 696). Ici la loi du 18 juin 2018 a renuméroté et déplacé les dispositions attaquées pendant que le recours était pendant, et sans la moindre intention de réitérer la norme pour contourner une éventuelle annulation.

(13) C.E.D.H., 29 novembre 1991, arrêt *Vermeire c. Belgique*, qui a obligé les juges nationaux à corriger la loi ou étendre son bénéfice à d'autres personnes (voy. G. ROSOUX, « L'héritage de l'arrêt *Marckx* dans la jurisprudence constitutionnelle des droits fondamentaux », in *La Cour constitutionnelle*, Limal, Anthemis, p. 84, n° 11.2).

(14) Sur l'ensemble de la question : S. VERSTRAELEN, « De lastige positie van een bestuur na de ongrondwettigverklaring van een regelgevende norm : hoe een duidelijk antwoord verloren geraakt in een veelheid aan

opvattingen », *T.B.P.*, 2021, p. 332.

(15) D. RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », note sous Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 556, n° 5.

(16) S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, n° 44, p. 343, citant C.E., 10 janvier 2005, n° 138.974 et C.E., 15 mars 1988, n° 29.560.

(17) En ce sens : D. RENDERS, *op. cit.*, p. 557, n° 7. D'autres auteurs partagent l'avis que l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2007 (précité) induit que l'administration ne peut plus appliquer des lois inconstitutionnelles (auteurs cités par S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, n° 59, p. 346).

(18) En ce sens : avis. av. gén. T. WERQUIN sous Cass., 21 décembre 2007, précité ; D. RENDERS, *op. cit.*, p. 557, n° 9.



§ 3, anc. C. civ.) en dépit de son inconstitutionnalité constatée par plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle<sup>19</sup>. Mais comme le souligne un auteur<sup>20</sup>, la Cour a été prudente parce que l'article n'était inconstitutionnel que dans l'hypothèse où la paternité n'était pas contestée<sup>21</sup>.

Le tribunal de Namur prône une conception élargie des pouvoirs de l'administration que nous encourageons également au regard des règles de bonne administration. Se retrancher derrière la régularité formelle de l'article 135/1 exposerait précisément le citoyen à la procédure judiciaire jugée inconstitutionnelle.

Concrètement, un officier de l'état civil conscient de l'irrégularité manifeste devrait éviter d'appliquer la norme inconstitutionnelle en n'indiquant plus aux personnes transgenres qu'une première modification est en principe irrévocable. S'il est saisi d'une nouvelle demande, il l'actera sans renvoi au tribunal de la famille. Il pourra enfin ne pas rejeter des éventuelles troisièmes demandes sous prétexte qu'on ne peut que « retrouver » son sexe d'origine.

Un officier d'état civil pourrait-il objecter que telle n'est pas la seule manière de combler la lacune car le législateur choisira peut-être de remplacer la procédure judiciaire par un autre contrôle de volonté, moins lourd<sup>22</sup> ? Nous ne le pensons pas. Au contraire de l'autre lacune censurée dans l'arrêt n° 99/2019 — l'absence de catégorie différente d'« homme » ou « femme » —, l'inconstitutionnalité de la procédure sur circonstances exceptionnelles peut se réparer aisément. L'arrêt du 19 juin 2019, basé sur l'autodétermination de la personne transgenre, et sur la volonté du législateur de lui « offrir un maximum de chances de s'épanouir »<sup>23</sup>, a constaté que la volonté était suffisamment contrôlée dans la procédure devant l'officier de l'état civil<sup>24</sup>. Nous ne voyons pas quel intérêt général serait servi par une autre forme de contrôle de la volonté des personnes dont l'identité de genre est fluide.

5. Nous n'insistons pas sur le volet de la décision concernant les prénoms, car il repose sur les mêmes bases d'autonomie pour les personnes transgenres.

Par contre nous nous interrogeons sur la portée éventuelle du jugement quant à l'inconstitutionnalité de l'absence de catégorie différente d'« homme » et « femme » dans notre état civil. Celle-ci viole les droits d'une autre catégorie de personnes, celles dont l'identité de genre est non binaire<sup>25</sup>.

Qui en subit actuellement les conséquences ? D'abord les personnes non binaires qui voudraient faire correspondre leur identité de genre à la mention du sexe telle que prévue dans l'organisation actuelle de l'état civil.

Ensuite, les parents d'enfants intersexes ou sujets à variation sexuelle : ils ne peuvent déclarer un sexe « X » ni demander que l'acte de naissance ne mentionne rien, alors que la tendance est au contraire de ne pas assigner aux enfants une identité sexuelle tant qu'ils ne se sont pas déterminés quant à leur genre, et encore moins de les faire opérer sans leur accord<sup>26</sup>.

L'obligation de combler cette lacune a un impact majeur sur notre droit, car le risque est bien de faire disparaître la notion de sexe biologique de l'ordre juridique civil. Même si le législateur choisit d'ajouter une ou plusieurs catégories, celles-ci renverront au genre, entraînant nécessairement que les mentions majoritaires « homme »/« femme » viseront le genre et plus le sexe.

Bien consciente de cette difficulté et de sa dimension politique, la Cour constitutionnelle a doublement balisé l'inconstitutionnalité<sup>27</sup>. D'abord elle expose qu'une lacune peut être comblée si elle est constatée en termes suffisamment précis, auquel cas la Cour dit qui du juge ou de l'administration peut y mettre fin<sup>28</sup>. Ensuite elle énonce que ce n'est pas le cas ici, et que le législateur « et lui seul » peut y mettre fin<sup>29</sup>. On ne peut plus clairement interdire toute initiative à toute autorité, même

judiciaire, même en présence d'un arrêt opposable *erga omnes*.

La Cour propose au législateur plusieurs solutions dont il est aussi conscient<sup>30</sup> : soit créer plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre ; soit supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne. Des travaux de doctrine proposent des solutions et détaillent leurs implications sur les législations et les domaines d'activité « sexospécifiques »<sup>31</sup>.

Tant que le législateur attend, les personnes dont l'identité de genre est non binaire ou les parents d'enfants intersexes (et les enfants intersexes non binaires) resteront dans l'impasse constatée en 2019<sup>32</sup>. Nous le regrettons particulièrement pour les mineurs intersexes, vulnérables et soumis à l'autorité parentale, donc aux représentations de genre des adultes<sup>33</sup>.

6. Il pourrait y avoir une possibilité d'intervention judiciaire et administrative, mais au prix d'une hypothétique action judiciaire.

La loi permet aux parents d'un enfant dont le sexe biologique est « ambigu » de ne choisir aucune mention d'un sexe pendant trois mois après la naissance (article 48 anc. C. civ.). Le but est d'attendre que ce sexe soit déterminé, homme ou femme pour le moment, mais cela n'est pas toujours possible dans cette période trop courte. Dans la pratique, comme dans d'autres pays, ce délai est souvent prolongé<sup>34</sup> et il nous semble nécessaire qu'il puisse l'être jusqu'à ce que l'enfant puisse décider, soit sa majorité « médicale » (article 12, § 2, loi du 22 août 2022)<sup>35</sup>.

Il s'en déduit, contrairement à ce qu'on aurait pu croire, que l'état civil ou la B.A.E.C. ne font pas obstacle technique pour qu'un acte de naissance existe sans mention du sexe<sup>36</sup>. S'il est possible de n'indiquer aucun sexe pendant trois mois, il doit, *a fortiori*, être pos-

(19) Cass., 19 mars 2010, *Pas.*, 2010, 892, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1090 ; dans le même sens : D. PIRE, note sous C.A., 14 juillet 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 170.

(20) S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, p. 347, n° 60.

(21) L'officier de l'état civil n'a pas eu en l'espèce la possibilité de vérifier cela car seul le père s'est présenté à l'état civil.

(22) En ce sens, J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 744, n° 28. La Cour énonce en effet que ni la nécessité de prévenir des fraudes ni l'indisponibilité de l'état des personnes ne justifient que la procédure soit « considérablement plus complexe » que celle d'une première modification (attendu B.8.7).

(23) B.8.6.

(24) B.8.5. Cette procédure est déjà intrusive dans la vie privée, empruntant certains traits de la loi IVG jugés tutélaires : importantes obligations d'information, obligation de réitérer la demande, délai obligatoire entre deux demandes, intervention du ministère public. En ce sens :

E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique »,

*J.T.*, 2018, p. 264 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN,

« L'appréhension des violences subies par les personnes trans\* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », in S. WATTIER (éd.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 56-57.

(25) C. const., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.7.1.

(26) Il faut surtout éviter que les parents autorisent des interventions chirurgicales, car la majorité des enfants intersexes sont en bonne santé, et l'agir des parents fait intervenir leur propre conception du genre de leur enfant. En ce sens et pour plus de détails :

G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, « L'appréhension des violences subies par les personnes trans\* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », in S. WATTIER (éd.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 57-60.

(27) Entraînant l'annulation de l'article 3 de la loi du 26 juin 2017.

(28) B.7.3.

(29) B.7.3, alinéa 2.

(30) *Supra*, note 6.

(31) E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, Rapport au sujet de l'arrêt n° 099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes/ULB Equality Law Clinic, 2019 ; G. T'SJOEN, M. COOLS, J. MOTMANS, G. DHONDT et P. CANNOOT, « Hervorming van de geslachtsregistratie : suggesties Urgent en UZGent », *T. Fam.*, 2021, p. 262.

(32) G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 745, n° 651.

(33) Voy. not. G. VERSCHULDEN et K. DHONDT, « Juridische aspecten van transgenderzorg voor minderjarigen », *T.J.K.*, 2016, p. 231.

(34) Pour plus de détails : K. VERSTRAETE, « Mogelijkheid tot uitleg van geslachtsvermelding bij de aangifte van de geboorte in geval van onduidelijkheid van het geslacht van het kind », *T.V.W.*, 2007, p. 432 ; G. WILLEMS, « Les personnes

intersexes : à la croisée des genres », in *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ?*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 484 et s.

(35) Est donc discriminatoire à notre avis l'âge de 16 ans prescrit pour qu'un mineur puisse demander une modification de l'enregistrement du sexe avec l'assistance de ses parents (sans recours en cas de refus). Voy. E. BRIBOSIA, N. GALLUS, I. RORIVE, *op. cit.*, p. 265 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON, M. ROLAIN, *op. cit.*, pp. 54-55.

(36) La Cour de cassation reconnaît l'existence d'actes de naissance sans le nom de la mère, par exemple (Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, 121). La circulaire du 25 mars 2019 relative à l'informatisation et à la modernisation de l'état civil (*M.B.* 25 mars 2019, p. 28851 ; modifiée par la circulaire du 24 août 2020) indique toutefois que l'officier d'état civil ne peut inclure dans l'acte des mentions autres que celles qui sont imposées par la loi en raison du fait que le système de la B.A.E.C. limite les données des actes aux données prévues par la loi.

sible de laisser le sexe indéterminé plus longtemps<sup>37</sup>. Aucune sanction n'est prévue pour le dépassement de ce délai. Certes, si les parents ou l'un d'eux n'effectuent aucun choix, ne déclarent rien, une « irrégularité » sera constatée car l'acte de naissance doit en principe mentionner un sexe (article 44 anc. C. civ.). L'officier d'état civil devra en informer le ministère public (article 40 anc. C. civ.).

Et si les parents persistaient à ne rien choisir ni déclarer ? Qui d'autre qu'eux pourrait décider ? Au regard de l'autodétermination, clé de la présente problématique<sup>38</sup>, et dans un contexte de contestation très forte du droit des parents d'assigner un genre à leur enfant intersexé<sup>39</sup>, il est difficilement imaginable de contraindre les parents à faire un choix, nécessairement binaire, par décision administrative ou judiciaire.

Si un officier d'état civil procédait à l'établissement d'un acte de naissance définitif pour

et substituer son choix ou celui d'un tiers<sup>40</sup>, nous pensons qu'une procédure en rectification (article 35 anc. C. civ.) pourrait être introduite à l'initiative des parents pour contester le principe même du choix d'un sexe.

À cet effet, le tribunal de la famille pourra poser une question préjudicielle pour faire (re)constater la lacune, qui pourrait alors être « auto-réparatrice »<sup>41</sup>. La Cour pourrait dire que l'officier de l'état civil serait en mesure d'y remédier en s'abstenant de compléter les cases « H » et « F ». Par voie de conséquence, serait également inconstitutionnel l'article 44 de l'ancien Code civil imposant la mention d'un sexe dans l'acte de naissance. Si la Cour se prononçait en ce sens, le juge invitera l'officier de l'état civil à mettre fin à l'inconstitutionnalité sans intervention du législateur. Le juge aura ainsi créé une possibilité d'enregistrement non binaire du sexe à l'état civil.

7. Convenons qu'il est grand temps pour le législateur de trancher et de supprimer les autres discriminations du régime applicable aux personnes transgenres.

La Cour constitutionnelle rappelle, sous le B.6.6. de l'arrêt du 19 juin 2019, que les catégories « homme » ou « femme » ne sont pas un principe de base de notre ordre constitutionnel. Le genre relevant de la vie privée, la « déssexualisation des normes » entamée dans d'autres domaines, y compris de droit familial, doit amener la suppression de l'enregistrement du sexe à l'état civil<sup>42</sup>.

Yves-Henri LELEU

Doyen de la Faculté de droit, de science politique et de criminologie de l'Université de Liège  
Professeur invité à l'Université de Paris  
Panthéon-Assas

(37) C'est une solution appliquée dans plusieurs États comme Malte, l'Allemagne, les Pays-Bas. Pour des analyses de droit comparé, voy. P. CANNOOT, *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation? : towards an inclusive legal system*, these de doctorat, Université de Gand, 2019, pp. 252 et s. ; G. WILLEMS, « Les personnes intersexes : à la croisée des

genres » in *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ?*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 484 et s.

(38) M. PETERS, « La loi de 2017 et le principe d'autodétermination de l'individu », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 357 et s.

(39) Voy. not. G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.*, pp. 58-59 ; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht. Een benade-*

*ring in context*, 7<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2021, p. 113.

(40) On lit avec surprise dans le régime français équivalent, où l'inscription du sexe dans l'acte de naissance peut aussi être différée 3 mois (article 57, alinéa 2, C. civ. fr.), que, soit les parents, soit le procureur de la République, peuvent demander d'inscrire le sexe « médicalement constaté ». Un choix contraire à la volonté des parents y est donc pos-

sible (pour une critique : S. PARICARD, « La loi bioéthique encadre la situation des enfants intersexes », [www.dalloz-actualite.fr](http://www.dalloz-actualite.fr), 13 septembre 2021).

(41) G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, 1<sup>re</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 736, n° 645.

(42) En ce sens et pour d'autres références : N. GALLUS, *op. cit.*, p. 264.

## Chronique judiciaire



## Bibliographie

J.-N. Bastenière, A. Delvaux, B. Havet et X. Van Gils (dir.), « *In Memoriam Dominique Jossart et Renaud de Brier* ». — Limal, Anthemis, 2022, 409 pages.

Nombreux sont les acteurs du monde judiciaire à avoir répondu présents ce 17 novembre 2022 afin d'honorer la mémoire des bâtonniers Dominique Jossart et Renaud de Brier, prématurément disparus en 2020 et 2021. Animée par le bâtonnier Marc-Alain Speidel, la cérémonie qui s'est déroulée à Nivelles a été ponctuée par les interven-

tions de Dejan Savatic et Jacques Piteüs (respectivement président du tribunal de l'entreprise et vice-président du tribunal de première instance du Brabant wallon) ainsi que des avocats Roxane D'Aoust, Xavier Van Gils et André Delvaux, mettant en lumière les qualités de deux *amici curiae* qui avaient en partage le désir supérieur de coopérer au bien commun.

Hélas, même l'écho du meilleur discours est appelé à se dissiper. Aussi, afin d'en assurer la pérennité, les autorités ordinales ont-elles eu à cœur que le vibrant

hommage rendu aux bâtonniers Jossart et de Brier par le monde judiciaire brabançon se prolonge par l'édition d'un livre *In Memoriam* réunissant, sous la plume de vingt-six auteurs d'horizons et d'obédiences variés, des contributions scientifiques qui témoignent tant de la richesse des amitiés nouées par leurs regrettés dédicataires que de la survivance de leurs engagements sans faille<sup>1</sup>.

L'un de nos devanciers recommandait dans ces colonnes au chroniqueur prudent de ne citer aucun nom parmi les contributeurs d'un *liber amicorum* « de crainte de faire de l'ombre aux auteurs non cités qui méritent tout le contraire »<sup>2</sup>. Courons toutefois le risque de pointer succinctement l'une ou l'autre des études qui émaillent les quelque quatre cents pages de l'ouvrage en laissant au lecteur le soin de découvrir, en les parcourant, la richesse du panel qui le compose.

Les matières couvertes sont diverses. Ainsi, par exemple, les

bâtonniers Georges-Albert Dal et Pierre Bailly consacrent chacun une contribution au droit disciplinaire des avocats, en hommage à l'activité de Renaud de Brier en tant que président du conseil de discipline du ressort de la cour d'appel de Bruxelles. Plusieurs auteurs consacrent par ailleurs de substantiels développements à la matière du droit immobilier, qui lui était chère. On relèvera la pertinence, au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau livre 5 du Code civil<sup>3</sup>, des articles consacrés à l'imprévision (André Delvaux) ou aux contrats de vente ou d'entreprise conclus sous condition suspensive (Benoit Havet).

Ardent défenseur des causes qui lui étaient confiées et praticien avisé du droit judiciaire, l'on doit par ailleurs à Renaud de Brier d'avoir participé, à l'aube du troisième millénaire, à la création d'une institution visionnaire faisant la part belle à l'interdisciplinarité : la chambre de concilia-

(1) L'on fait ici écho à la contribution du bâtonnier Robert De Baerdemaecker qui s'intitule « Renaud de Brier : un engagement sans faille ».

(2) B. VATIER, *J.T.*, 2014, p. 685.

(3) Promulguée le 28 avril 2022, la loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, (*M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 2022)

est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Voy., par exemple, R. JAFFERAIL, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023,

pp. 21 et s.