

TRANSSEKSUALITEIT NAAR BELGISCH RECHT(*)

door

A. MAERTENS

„Au temps jadis, l'humanité comprenait trois genres et non pas deux, comme à présent, il en existait un troisième, que dans les deux autres réunis.”

Plato

INHOUD

WOORD VOORAF

INLEIDING

HOOFDSTUK I: ENKELE MEDISCHE ASPECTEN

1. De geslachtsbepalende criteria
2. De psychische interseksualiteit
3. Transseksualiteit of de gender-dysforie

HOOFDSTUK II: DE PROBLEMATIEK ROND HET ZELFBESCHIKKINGSRECHT

1. Het menselijk lichaam
2. Een recht op geslacht
3. Opvolging

HOOFDSTUK III: HET RECHTSTHEORETISCH KADER

1. De geboorteakte
2. De staat van de persoon
3. Verbetering van akten

HOOFDSTUK IV: EVALUATIEVE BESPREKING VAN DE RECHTSPRAAK

1. Eerste stadium: de onveranderlijkheid
2. Tweede stadium: interseksualiteit, geen geslachtsverandering
3. Derde stadium: „opzettelijke” dubbelzinnigheid
4. Vierde stadium: een vordering van staat
5. Vijfde stadium: de juridische erkenning van de geslachtsidentiteit
6. Besluit: een stap terug

HOOFDSTUK V: DE PERSONEN- EN FAMILIERECHTELIJKE GEVOLGEN

1. Wijziging van de voornamen

(*) Met dank aan Dhr. J.P. GEYSKENS, advocaat-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel, voor de inzage in niet-gepubliceerde rechtspraak.

2. Geboorte of wedergeboorte
3. Het huwelijk voor de geslachtswijziging
4. Het huwelijk na de geslachtswijziging

BESLUIT

BIBLIOGRAFIE

Beweren dat het fenomeen van de transseksualiteit een verschijnsel is inherent aan de sociale bewustwording van de mens, gestimuleerd door de snelle vooruitgang op medisch vlak, zou zijn grondslag kunnen vinden in het feit dat de wereldgemeenschap pas in de vijftiger jaren met deze werkelijkheid als dusdanig werd geconfronteerd. De operatie van de Amerikaanse soldaat Christine Jorgensen in Denemarken in 1952 uitgevoerd door Dr. Hamburger en de daaropvolgende eerste medische publikatie in 1953 waarin door Dr. Benjamin voor het eerst de term „transsexueel” gebruikt werd, zorgde voor een algemene belangstelling in de medische kringen(1). Nochtans, gezien het groot aantal verzoeken die hierop als reactie werden gericht aan Dr. Hamburger met de wens een geslachtsveranderende operatie te ondergaan(2), kan de latente aanwezigheid van deze problematiek onder de gemeenschap niet worden ontkend.

Hoewel het verschijnsel in deze eerste fase op een zuiver medisch vlak moet worden gesitueerd, konden de gevolgen op burgerrechtelijk vlak niet uitblijven en dit vooral in het kader van de toch niet te verwaarlozen juridische waarden die aan het feitelijk gegeven, zijnde het geslacht, werden en worden toebedeeld. Echter gezien het vrij recente karakter van deze ontwikkeling, kan — logischerwijze — geen oplossing worden gevonden bij de wetgever van 1804, die, hoewel zeker bekend met toestanden van fysische interseksualiteit(3), deze specifieke problematiek niet in een expliciete regeling kon voorzien.

Vandaag nog steeds geplaatst voor deze leemte in de wet, moet de Belgische rechter deze aanvullen in het licht van de heersende sociale opvatting terzake. Het is deze merkwaardige evolutie gaande van initiële terughoudendheid, over twijfel, naar totale aanvaarding, gespreid over een relatief korte periode van twintig jaar, die het onderwerp uitmaakt van deze studie.

(1) VAN EMDE BOAS, C., „De behandeling van transseksisten in Nederland 1953-1973”, *Medisch Contact*, 1974, nr. 15, p. 215.

(2) ROELANDT, M., *Aard en bronnen van de gegevens bekend over transseksualiteit*, VUB-proefschrift, 1971, p. 7, verwijzing 178.

(3) PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 876.

INLEIDING

Het fenomeen van de transseksualiteit bereikte in 1969 met de zaak Wijnen(4) voor het eerst een bredere Belgische belangstelling, breder in die zin dat het buiten de beperkte kring van de medische wetenschappers en praktici was getreden. Hoewel in essentie tijdens dit ophefmakend proces niet over de transseksualiteit als dusdanig werd geoordeeld, maar over de vraag naar de strafrechtelijke immuniteit van de praktizerende medici, heeft de uitkomst niettemin een grote impact gehad op het principe van het zelfbeschikkingsrecht als deelaspect van de totale problematiek rond de transseksueel naar Belgisch recht. Tevens kan dit vonnis beschouwd worden als de aanzet voor de problemen waarmee de rechtspraak in een volgend stadium zou worden geconfronteerd, immers op het ogenblik van de bij wet noodzakelijk gestelde rechterlijke tussenkomst op de weg naar de totale integratie van de transseksueel, stond de rechter voor een voldongen feit met rechtsvragen waarop de op dit punt niet aangepaste wetgeving geen antwoord kon bieden.

Deze problematiek, het wettelijk kader en de evolutie in de Belgische rechtspraak terzake, vormen de doelstelling van deze grondige studie. Hoewel dit een wereldwijd fenomeen betreft, dat reeds door tal van naties(5) is ondervangen door een wetgeving desbetreffend, ligt, ons inziens, deze problematiek op het etnologisch vlak waarbij de eigenheid van elk volk een primordiale rol speelt en als dusdanig een eenvormige wetgeving wellicht onmogelijk maakt(6). Bijgevolg zal deze studie, in de lijn van hetgeen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens terzake heeft bepaald, nl. „(...), it must for the time being be left to the respondent State to determine to what extent it can meet the remaining demands of transsexuals”(7), zich niet op het vlak van de rechtsvergelijking begeven. Dit sluit echter geenszins het bijzonder nut van de rechtsvergelijking uit bij een eventuele studie ter voorbereiding van het totstandkomen van een wetgeving omtrent deze problematiek.

(4) Rb. Brussel, 22e kamer, 27 september 1969, *J.T.*, 1969, p. 635-642.

(5) Zweden: de Wet van 21 april 1972 betreffende de gelachtsbepaling in bepaalde gevallen. Duitse Bondsrepubliek: de Wet van 10 september 1980, Gesetz über die „Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz)“.

Italië: de Wet van 12 april 1982, Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso. Nederland: de Wet van 24 april 1985 (Stb. 1985, 401), *R.W.*, 1985-1986, k. 76.

(6) GORLE, F., BOURGEOIS, G., BOCKEN, H., *Rechtsvergelijking*, Gent, Story-Scientia, 1985, p. 64.

(7) E.H.R.M., Arrest REES van 17 oktober 1986, serie A nr. 106, par. 38-47.

De onderhavige studie omvat vijf hoofdstukken, waarvan het eerste, gezien de diagnose van het ziektebeeld gender-dysforie onder de autonome immuniteit van de geneeskunde valt, noodzakelijkerwijze enkele zuivere medische aspecten zal pogen toe te lichten. In een tweede hoofdstuk zal de overgang worden gemaakt van de medische aspecten naar de juridische gevolgen door de bespreking van de problematiek rond het zelfbeschikkingsrecht. Dan volgt, vooraleer in het vierde hoofdstuk de evaluatieve bespreking van de Belgische rechtspraak aan te vatten, een korte studie in een derde hoofdstuk van het rechtstheoretisch kader waarbinnen deze evolutie heeft plaatsgehad. En in een vijfde en laatste hoofdstuk worden enkele gevolgen op persoons- en familierechterlijk vlak nader besproken.

HOOFDSTUK I

ENKELE MEDISCHE ASPECTEN

1. De geslachtsbepalende criteria

Het zou dit werk geenszins tot nut dienen het onnodig door een gedetailleerde bespreking en inventarisering van de verschillende interseksuele toestanden te verzwaren: daarvoor verwijzen wij naar de meer gespecialiseerde en doelgerichte werken terzake(8). We zullen echter bij de opvolging moeten rekening houden met het feit dat „men hier staat voor een zeer complexe werkelijkheid waarvan de kennis gestadig groeit(9)” en dit in het bijzonder in het kader van de desbetreffende jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat anticiperend stelde: „La Convention devant toujours s’interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent”(10).

Niettemin dienen, om de lezer in de mogelijkheid te stellen de hiernavolgende (onvoltooide) evolutie in de Belgische rechtspraak te

(8) KING, D., *The Making of the Modern Homosexual*, Londen, ed. K. Plummer, 1981; SCHAPIRA, K., *Changing Patterns of Sexual Behavior*, Londen, ed. W. Armytage, 1980; ROELANDT, M., *Aard en bronnen van de gegevens bekend over transsexualiteit*, VUB-proefschrift, 1971; VAN ROY, D., *Transseksualiteit een evolutieve en evaluatieve literatuurstudie*, VUB-proefschrift, 1984.

(9) PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 875.

(10) E.H.R.M., Arrest COSSEY van 27 september 1990, serie A nr. 184, par. 42.

kunnen evalueren, drie categorieën te worden toegelicht, voorafgegaan door de medische criteria, weerhouden door de rechtspraak en rechtsleer, om het geslacht te bepalen.

De wetenschap is tot het inzicht gekomen dat het geslacht van een persoon van meerdere in- en uitwendige lichaamskenmerken afhangt. Er zijn minstens vijf „relevante”(11) geslachtsbepalende criteria, nl.:

- a. het genetisch criterium, d.i. de vrouwelijke XY en mannelijke XX chromosomen;
- b. het gonadisch criterium, d.i. het testis- en ovariumweefsel;
- c. de morfologische criteria, d.z. de uiterlijke- en inwendige primaire geslachtskenmerken en de secundaire geslachtskenmerken, gevolg van hormonensamenwerking;
- d. de hormonale criteria, d.z. de aanwezigheid van het hormoon testosteron of oestradiol, die de uitwendige secundaire geslachtskenmerken beïnvloeden en de verschillende wijze waarop de geslachtshormonen worden gemetaboliseerd;
- e. het psychologisch criterium, d.i. de mentale organisatie, de „gender-identiteit”, daarmee wordt de psychologische geslachtsovertuiging bedoeld, nl. de overtuiging een man of een vrouw te zijn.

2. De psychische interseksualiteit

Element, bestanddeel van de individuele staat van elke persoon, draagt het geslacht eveneens de juridische eigenschappen ervan, die in beginsel enkelvoudig en alternatief zijn of met andere woorden, elke toestand veronderstelt de tegengestelde toestand die aan dezelfde persoon zou kunnen toebehoren. Bijgevolg is ieder mens een man of een vrouw en inderdaad behoren de meeste personen volgens de bovenstaande criteria tot één geslacht.

Maar toch komt het voor, dat op grond van diezelfde criteria, personen niet bij uitsluiting tot één geslacht zouden kunnen behoren. Moet deze, weliswaar kleine, groep dan worden beschouwd als deel uitmakend van een derde geslacht of behorend tot de twee geslachten?

Een juiste bepaling van hun toestand is dat zij zich „tussen” de beide geslachten bevinden, juister nog, dat zij in onderscheiden opzichten

(11) BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E. en DE WIT, R., "Overzicht van de rechtspraak. Personen- en familierecht 1981-1987", T.P.R., 1988, p. 435.

mede tot elk der geslachten behoren(12). Ze bevinden zich in een toestand van interseksualiteit.

Recentelijk nog was voor de medische wetenschap de interseksualiteit enkel in verband te brengen met tegenstrijdigheden op het fysisch vlak en werd de transseksualiteit afgezonderd als een psychische afwijking. Echter bij het meer en meer op de voorgrond treden van de „gender role”, nl. het gedragbepalend psychisch geslacht, vond het psychologisch criterium als geslachtsbepalend criterium weerklank. Bijgevolg kunnen we drie hoofdcategoriën van interseksuele toestanden weerhouden, nl.:

- a. echt hermafroditisme, d.i. de toestand waarin het individu zich bevindt bij wie het gonadisch toebehoren tot een bepaald geslacht dubbelzinnig is, bij deze groep wordt nl. en testisweefsel en ovariumweefsel aangetroffen;
- b. pseudo hermafroditisme, d.i. de toestand van een genetisch en gonadisch vrouwelijk individu met uiterlijke mannelijke of dubbelzinnige kenmerken, en vice-versa;
- c. transseksualisme of transsexisme(13), d.i. uitsluitend mannelijke morfologische, genetische, gonadische en hormonale kenmerken voorkomend bij psychologisch vrouwelijke individuen (mannelijke transseksuelen), en vice-versa (vrouwelijke transseksuelen).

3. *Transseksualiteit of de gender-dysforie*

Kenmerkend voor deze interseksuele toestand is dus dat een persoon volgens alle fysische criteria een man of een vrouw is, maar innerlijk, qua psychologische aanleg en mentale organisatie, de niet te weerleggen overtuiging bezit „in wezen” te behoren tot het andere geslacht en dit dan ook, naarmate dit gevoelen evolueert en sterker wordt, in zijn gedrag tot uiting laat komen.

„Uit het psychiatrisch verslag (...) blijkt dat hij zich in travestie kleepte vanaf zijn zeventiende jaar tijdens de weekends en vanaf zijn éénentwintigste jaar op continue wijze(14).”

Op grond van deze overtuiging zullen de (meeste) transseksuelen pogen hun lichaam aan hun psychologische ingesteldheid aan te

(12) PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 876.

(13) Term gebruikt door BAKKER, P., „Transsexisme en de Burgerlijke Stand, *H.P.S.*, 1973, p. 65 e.v.

(14) Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.*, 1975-1976, k. 871.

passen en de huidige geneeskunde biedt hen daartoe vrij afdoende middelen, o.m. hormonenbehandeling en operatieve ingrepen.

Meteen stelt zich één van de meest fundamentele vragen die rijzen op de weg van de verwezenlijking van het verlangen van de transseksueel om zijn leven te organiseren volgens zijn psychologische geaardheid, nl. mogen de geneesheren deze hulp verlenen zonder strafrechtelijk, burgerlijk of disciplinair aansprakelijk te worden gesteld?

HOOFDSTUK II

DE PROBLEMATIEK ROND HET ZELFBESCHIKKINGSRECHT

1. Het menselijk lichaam

Het lichaam is een extrapatrimoniale waarde buiten ieder vermogensrecht gesloten en is onschendbaar. Die bijzondere plaats van het lichaam als rechtsobject heeft eigen rechtsgevolgen, zo wordt het lichaam beschermd zowel ten aanzien van derden door een soort onschendbaarheid van het menselijk lichaam, als tegen het beschikkingsrecht van de enkeling zelf door beperkingen van zijn wilsautonomie terzake(15).

De bestaande regelingen met betrekking tot de bescherming van het menselijk lichaam tegen het beschikkingsrecht vinden we in een Kaderwet van 7 februari 1961(16) betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong. De wet is echter niet van toepassing op „extempore” transfusies of overentingen, d.w.z. die waarvan gebruik wordt gemaakt terstond na de afneming en bijgevolg blijft het toepassingsveld van de wet eerder beperkt gezien alle prelevementen van organen op een levend mens nog een extemporaan karakter hebben. Evenwel is het afnemen van bloed wel wettelijk toegelaten, mits het respecteren van de voorwaarden ter bescherming van de donor zoals bepaald bij het Koninklijk Besluit van 10 november 1975.

De beperkingen ingelegd in de Kaderwet van 1961 werden aangevuld door de Wet van 13 juni 1986(17) betreffende het wegnemen en

(15) BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht, Deel 1*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 26.

(16) B.S., 22 mei 1964.

(17) B.S., 14 februari 1987.

transplanteren van organen, die nu zowel deze „ex vivo”, als die „ex mortuo” regelt. Echter sluit deze wet expliciet in haar artikel 1, § 2 het overbrengen van een embryo, het wegnemen en transplanteren van testicules en ovaria, het gebruik van ovules en sperma, uit haar toepassingsveld uit.

Bijgevolg kan men stellen dat in tegenstelling tot de sterilisatie, dat als deelaspect van het zelfbeschikkingsrecht niet meer wordt betwist(18), in de huidige opvatting niemand het recht heeft over zijn geslacht te beschikken. Wanneer evenwel iemand zich in een intersek-suele toestand bevindt, kan men zijn pogingen om vollediger tot één der beide geslachten te behoren niet laken. Het is immers de medische hulp aan deze pogingen die rechtmatig is(19).

2. Een recht op geslacht

De rechtmatigheid van die medische hulp, die onder meer de „gendertransformation”-operaties omvat, werd in België in vraag gesteld in de zaak Wijnen(20), waarvan de feiten als volgt kunnen worden samengevat. Op 24 oktober 1967 voerden twee geneesheren een operatief ingrijpen uit op de genaamde Jean Wijnen die anatomisch een man was, maar sinds zijn jeugd zich als vrouw ervoer en die, „s'étant toujours senti femme, souhaitait le devenir complètement”. Ten gevolge van post-operatieve complicaties overleed de patiënt echter op 4 november 1967. Door een onbekende werd de gerechtelijke politie twee dagen later ingelicht over deze operatie met dodelijke afloop, uitgevoerd in een Brussels hospitaal. Het Openbaar Ministerie betichtte de beide geneesheren van opzettelijke slagen en verwondingen die de dood tot gevolg hadden(21).

De uitspraak van de Correctionele Rechtbank te Brussel zou in die zin van doorslaggevende aard zijn dat zij een antwoord zou geven op de vragen die rezen rond het recht op fysieke integriteit en de immuniteit van de arts, maar ook en vooral dat zij een beslissende invloed zou hebben op het al dan niet geoorloofd zijn van de „gendertransformation”-operatie of meer bepaald nog het aanvaarden door de rechtspraak van een recht op geslacht, d.i. het recht te behoren tot één bepaald geslacht.

(18) BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht, Deel 1*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 33.

(19) PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 876.

(20) Rb. Brussel, 27 september 1969, *J.T.*, 1969, 635-642.

(21) De tenlastelegging betrof de artikelen 392, 398 en 401 Sw.

„Les interventions chirurgicales sont justifiées parce que ce sont des activités par lesquelles le médecin cherche à atteindre un but supérieur voulu et reconnu par l'Etat (...). La loi qui reconnaît l'art médical et chirurgical déroge implicitement à la loi qui punit les coups et blessures volontaires lorsque l'opération a une cause licite(22).” Dit is de grondslag van de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer, zoals geformuleerd door Procureur-Generaal Tahon in zijn mercuriale van 15 september 1951 over de toestemming van het slachtoffer en waarbij de Correctionele Rechtbank in casu zich op 27 september 1969 aansloot.

Immers besloot de rechtbank, na verschillende wetenschappelijke opinies onderzocht te hebben, dat een oordeelkundig uitgevoerde operatieve ingreep op personen waarvan vaststaat dat ze transseksueel zijn naar Belgisch recht, geoorloofd is, indien ze wordt uitgevoerd met inachtneming van de voorwaarden die voor medische handelingen gelden.

Het gebeurt maar zelden dat een uitspraak van een lagere rechtbank op zoveel instemming werd onthaald. Tot het einde van de jaren zestig werd meestal de rechtvaardigingsgrond voor het medisch „mis”-handelen gezocht in de noodtoestand(23), hoewel er toen reeds auteurs waren die deze als te eng afwezen(24). In navolging van het vonnis van 27 september 1969 hebben de meeste auteurs thans eveneens afstand genomen van het criterium van de noodtoestand, omdat dit de strafrechtelijke immuniteit van de arts slechts in uitzonderlijke gevallen kan verklaren(25). Dit is nog te meer verbazend omdat nog in 1976(26) het Hof van Cassatie het noodzakelijkheids criterium, dat het in 1948(27) aanvaardde, heeft bevestigd.

(22) *J.T.*, 1951, p. 493.

(23) O.m. DALCQ, R., „Examen de jurisprudence concernant la responsabilité civile 1963-1964, *R.C.J.B.*, 1968, p. 222; MEULDERS-KLEIN, M.T., „Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale”, *Ann. Dr.*, 1967, p. 28.

(24) O.m. PALLEMAERTS, J., „De beroepsverantwoordelijkheid van de geneesheer”, *R.W.*, 1955-1956, k. 1949.

(25) O.m. KRUTHOF, R., „Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid”, *VI. T.Gez.*, 1982-1983, 5, p. 184; VANDERMEERSCH, D., „Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie”, *T.P.R.*, 1983, p. 849.

(26) Cass., 7 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, p. 24.

(27) Cass., 16 december 1948, *Arr. Cass.*, 1948, p. 643.

3. Opvolging

Eén van de geneesheren die de chirurgische ingreep op 24 oktober 1967 had uitgevoerd(28), heeft in de maanden juli en december 1970 tweemaal met succes een transseksueel geopereerd ter wijziging van het geslacht(29). Vooraf had hij de toestemming gevraagd van de Orde der Geneesheren, die hem bij monde van de Secretaris als volgt geantwoord hebben: „Aangezien het vraagstuk dat U opwerpt een medisch vraagstuk is, is het aan U naar Uw geweten te handelen, maar wij kunnen U niet genoeg aanbevelen alle mogelijke voorzorgen te nemen met het oog op de delicate aard van dergelijke operaties”(30).

Deze stellingname van de Orde der Geneesheren en het vonnis in de zaak Wijnen hebben met betrekking tot de Belgische wetgeving inzake transseksualiteit het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ertoe gebracht te akteren dat in België „de behandelingen en operaties ter verandering van het geslacht op zichzelf geen strafbare overtredingen zijn” en dat „ zij vallen onder de vrije beslissing van de medici en chirurgen, die naar hun geweten en met de toestemming van hun patiënten handelen”(31).

De eigenlijke grond voor het verzoekschrift dat was neergelegd op 1 september 1976 bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, was evenwel niet het opnieuw in vraag stellen van de geoorloofdheid van de operatieve ingreep alsdusdanig, maar een aanklacht van de niet-erkenning door de Belgische Staat van de op deze wijze verkregen nieuwe geslachtelijke identiteit. Deze negatieve houding van de Belgische rechtspraak ten aanzien van de aanpassing van de akten van de burgerlijke stand aan deze nieuwe toestand was niet in die mate onaanvaardbaar, immers kon dergelijke verbetering moeilijk worden ingepast in het bestaande wettelijk kader terzake.

(28) Met name Dr. FARDEAU.

(29) Het betrof in casu D. VAN OOSTERWIJCK, die, zoals uit de verdere studie zal blijken, als voorvechter van de erkenning van de transseksueel naar Belgisch recht kan worden beschouwd. Bovendien heeft hij zijn ervaringen neergeschreven in een boek genaamd „II”, Brussel, Rossel, 1975.

(30) E.H.R.M., Arrest VAN OOSTERWIJCK, 6 november 1980, serie A nr. 40, par. 10.

(31) Idem, par. 16.

HET RECHTSTHEORETISCH KADER

1. De geboorteakte

Het geslacht is een rechtsfeit dat in oorsprong door de wetgever bewezen wordt door het vertonen van het kind kort na de geboorte(32), derhalve kon en werd uitsluitend het morfologisch criterium in aanmerking genomen. Bijgevolg werd van een feit „de propiis sensibus” akte genomen in een authentieke akte die vanaf dan onweerlegbare bewijskracht had, immers de vaststellingen van de ambtenaar van de burgerlijke stand zelf gelden tot inschrijving wegens valsheid, hetzij ingevolge een strafrechtelijke vervolging(33) hetzij als tussengeschied in een burgerlijk geding(34).

De Wet van 30 maart 1984 tot wijziging van de artikelen 55, 56 en 57 B.W. en van het artikel 361 Sw. heeft de aangifte van geboorte en de daarbij aansluitende geboorteakte fundamenteel gewijzigd(35). Zo bepaalt het vigerend artikel 56, § 4 B.W.: „De ambtenaar van de burgerlijke stand vergewist zich van de geboorte aan de hand van een verklaring van een door hem toegelaten geneesheer of gediplomeerde vroedvrouw, of indien zulks niet mogelijk is, door zich persoonlijk naar het pasgeboren kind te begeven”. Deze nieuwe wetsbepaling verschilt niets met betrekking tot de praktijk zoals werd toegepast voor de wetswijziging, immers verliet de ambtenaar zich toen reeds op het medisch attest dat hem werd voorgelegd. Echter door deze praktijk in een wettekst op te nemen, is er ten aanzien van de bewijskracht een fundamentele en ingrijpende wijziging opgetreden.

Immers is de geboorteakte, zijnde een akte van de burgerlijke stand, authentiek d.w.z. absoluut geloofwaardig. Toch zijn niet alle vermeldingen in de akten even geloofwaardig, zo zijn er de vermeldingen die moeten opgenomen worden in de akte, maar die geakteerd worden op grond van de verklaringen van de partijen en die niet moeten worden nagezien door de ambtenaren van de burgerlijke stand. Het gevolg van het artikel 56, § 4 B.W. is dat de geslachtsaanduiding niet langer „de propiis sensibus”, maar door de verklaring

(32) Oud artikel 55 B.W.

(33) In toepassing van de artikelen 194-195 Sw.

(34) In toepassing van de artikelen 895 e.v. Ger.W.

(35) BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht, Deel I*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 137.

van de geneesheer of gediplomeerde vroedvrouw zal vastgesteld worden door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Bijgevolg, indien de waarachtigheid van die vermelding wordt betwist, is het niet meteen de geloofwaardigheid van de ambtenaar zelf die in twijfel getrokken wordt, maar de verklaring van de geneesheer of de gediplomeerde vroedvrouw.

Dit betekent dan ook weer niet dat de vermeldingen omtrent het geslacht geen enkele bijzondere waarde hebben, want dat zou alle betekenis ontnemen aan de registers van de burgerlijke stand. Ze gelden echter met een bewijskracht „*iuris tantum*”, dus tot het tegenbewijs, dat kan geleverd worden door alle rechtsmiddelen⁽³⁶⁾, zonder te moeten overgaan tot inschrijving wegens valsheid. Dit in tegenstelling tot de vermeldingen omtrent feiten, handelingen, en gegevens die de ambtenaar „*de propiis sensibus*” binnen de grenzen van zijn opdracht vaststelt.

2. De staat van de persoon

Eénmaal het geslacht geakteerd, maakt het een gegeven uit dat de eigen toestand van de persoon bepaalt en dat met andere gegevens zoals ouderdom, naam en woonplaats de individuele staat van elke persoon definieert. De individuele staat en de familiale staat, d.i. de toestand van de persoon ten aanzien van familie en gezin, vormen de burgerlijke staat, die — volledigheidshalve — op zijn beurt samen met de politieke staat, d.i. de toestand van de persoon ten aanzien van de natie, de rechtstoestand van de persoon bepalen.

De staat van de persoon is wettelijk bepaald en belangt de openbare orde aan. Daarenboven is de staat ondeelbaar, maar hoewel niet verhandelbaar toch niet onveranderlijk, immers kan de staat van een persoon — in de bij de wet voorziene gevallen en op de wijze door de wet voorgeschreven — wijzigingen ondergaan, zoals o.m. in geval van huwelijk.

Bovendien wordt de staat van de persoon beschermd door de vordering van staat. Een onderscheid dient in deze te worden gemaakt tussen enerzijds de vorderingen tot de vaststelling, tot de erkenning

(36) Dit zou de vraag gesteld door wijlen Prof. J.M. PAUWELS naar aanleiding van zijn deductie gemaakt uit de beslissing van de Rb. Luik (9 februari 1973, *Jur. Liège*, 1972-1973, p. 283) die stelde dat de geslachtsvermelding in de akte slechts geldt tot tegenbewijs, bevestigend beantwoorden. In: PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transsexuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 874.

of ontkenning van een beweerde staat, die aanleiding geven tot vonnissen die van declaratieve aard zijn en anderzijds tot wijziging van staat of tot toewijzing van een nieuwe juridische staat, waarbij de vonnissen van constitutieve aard zijn omdat daardoor een nieuwe staat ontstaat en de bestaande staat, waarvan overigens het bestaan zelf niet betwist is, verdwijnt.

Is de staat van een persoon vastgesteld in een akte van de burgerlijke stand, zoals de geslachtsaanduiding in de geboorteakte is opgenomen, dan hebben de vonnissen met betrekking tot de staat voor gevolg dat moet overgegaan worden tot de verbetering van die akte. Hoewel de vorderingen van staat en de vordering tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand beiden als resultaat een melding op de kant van de akte tot gevolg hebben(37), zijn ze toch fundamenteel verschillend doordat de vordering van staat de grond zelf van de staat betreft, terwijl de verbetering het bewijsstuk ervan betreft.

Gezien de wet in verband met wijzigingen van de geslachtsaanduiding niets bepaalt en enige aanpassing in die zin niet door de ambtenaar meteen op eigen initiatief zou kunnen worden gedaan bij ontstentenis van akte, diende de transseksueel zijn toevlucht te zoeken in een gerechtelijke tussenkomst die een kantmelding gebiedt. Bijgevolg, gezien de rechtspraak zeer terughoudend was ten aanzien van enige rechtsvinding *contra legem*, werd gepoogd in een eerste fase een oplossing te zoeken in de door het Burgerlijk Wetboek voorziene vordering tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand.

3. *Verbetering van akten*

Na ondertekening van de akten is verbetering alleen mogelijk langs gerechtelijke weg en de vraag is nu in welke omstandigheden de rechtbanken de verbetering van de akten van de burgerlijke stand gelasten.

Deze rechtspleging van de verbetering van een akte wordt gevolgd in het geval geen registers voorhanden zijn of ze verloren zijn gegaan. Dergelijke vervanging wordt beschouwd als een uitbreiding van de verbetering. Het vonnis geldt dan als akte van de burgerlijke stand en heeft dan ook een volstrekt gezag(38). Hieronder vallen tevens de gevallen waarbij akten niet werden ingeschreven bij vergetelheid,

(37) Immers krachtens het artikel 1385 Ger. W. blijft de te verbeteren of te wijzigen akte materieel ongewijzigd.

(38) Artikel 23 Ger. W.

laattijdigheid of nietigverklaring en bovendien voorziet de wet met betrekking tot de geboorteakte(39) en de huwelijksakte(40) in deze mogelijkheid wanneer de akte bestaat maar niet kan worden teruggevonden omdat datum of plaats waar de akte opgemaakt werd onbekend is.

Vervolgens is er de verbetering *sensu stricto*, met andere woorden, verbeteren in de eigenlijke zin van het woord, d.i. het rechtzetten van vergissingen. Dit onderstelt het wijzigen van akten die op het ogenblik van totstandkoming niet behoorlijk opgesteld werden en dit kan verschillende oorzaken hebben, o.m. het ontbreken van een verplichte vermelding of het akteren van een verboden vermelding, het niet overeenstemmen van een melding met de werkelijkheid, d.i. wanneer de vermeldingen van de akte onjuist zijn, met andere woorden bij een materiële vergissing, zoals bijvoorbeeld de opgave van een verkeerd geslacht. Deze laatst aangehaalde „onjuiste” vermeldingen bestaan dus „ab initio”.

Tenslotte is er het optekenen van feiten of handelingen die de staat wijzigen, d.i. wanneer een regelmatige akte opgehouden heeft door een later gebeurtenis overeen te stemmen met de werkelijkheid. Er kan immers slechts sprake zijn van rechtszekerheid indien de akten die de staat van de persoon bepalen niet onveranderlijker zijn dan de feiten die ze vaststellen, bijvoorbeeld in geval van ontkenning van vaderschap. In deze gevallen zal de vordering tot verbetering van de akte van de burgerlijke stand het automatisch gevolg zijn van een toegewezen vordering betreffende de staat van een persoon.

Het wettelijk kader, waarbinnen de problematiek van de transseksueel zal evolueren, zijnde geschetst, dient erop gewezen te worden dat bij de hiernavolgende bespreking van de rechtspraak moet worden rekening gehouden met de op het ogenblik van de beslissingen vigerende wettelijke bepalingen.

Teneinde de evaluatie te vergemakkelijken, werden vijf stadia onderscheiden.

(39) Voorzien in de artikelen 70 en 72bis B.W.

(40) Zoals voorzien in het artikel 197 B.W.

EVALUATIEVE BESPREKING VAN DE RECHTSPRAAK

1. Eerste stadium: de onveranderlijkheid

Door de toenmalige stand van de medische wetenschap met betrekking tot de geslachtsbepalende criteria en door de strikte interpretatie van het artikel 55 (oud) B.W., waarin werd gesteld dat het kind aan de ambtenaar diende te worden vertoond, werd bij het akteren van de geslachtsaanduiding slechts rekening gehouden met het morfologisch criterium. Deze éénmalige „de propriis sensibus” gemaakte vaststelling werd, gezien het als element van de staat van personen als onveranderlijk en onbeschikbaar werd beschouwd, door de rechtspraak als niet vatbaar voor verbetering geoordeeld.

Nochtans werd algemeen aanvaard dat ingeval kon worden aangetoond dat bij het opmaken van de akte een materiële vergissing werd gemaakt, een vordering tot verbetering wel ontvankelijk en gegrond was. Zo stond de rechtspraak de verbetering van de voornamen toe wegens een vergissing omtrent het geslacht van het kind⁽⁴¹⁾. Echter was het voor de personen die zich in een interseksuele toestand bevonden onmogelijk het bewijs van een materiële vergissing te leveren, gezien de medische wetenschap noch in theorie, noch in praktijk de nodige elementen kon bieden.

Het lijkt dan ook evident dat naarmate de medische kennis terzake zou evolueren, dit de problematiek in een ander daglicht zou stellen. In die zin werd de rechtspraak door de mogelijkheid om naar een geslachtsbenadrukking te streven en dit in die mate dat één geslacht naar de wens van de patiënt morfologisch kon worden geaccentueerd, stilaan voor wat men noemt „le fait accompli” geplaatst.

2. Tweede stadium: interseksualiteit, geen geslachtsverandering

Meestal worden de beslissingen van de rechtbanken die de verbetering van de voornamen hebben toegestaan in geval van materiële vergissing omtrent het geslacht van het kind, in één adem genoemd

(41) Rb. Brussel, 5 februari 1853, *Cloes et Bonjean*, 1853, II, p. 581; Rb. Château-Thierry, 26 januari 1940, *Dall. Hebd.*, 1940, p. 123; Rb. Soissons, 25 juli 1945, *R. Trim. Dr. Civ.*, 1946, p. 26.

met de beslissing van de rechtbank te Luik van 9 februari 1973(48). Nochtans is deze laatste niet alleen „anders” omwille van het standpunt uitgedrukt met betrekking tot de bewijskracht van de vermeldingen in de geboorteakte, immers kwam de bewering „la mention du sexe ne fait fois que jusqu'à preuve de contraire”(43) niet overeen met de gangbare optie van het bewijs „iuris et de iure” van de akten van de burgerlijke stand, maar bovendien werd niet alleen een verbetering van de voornamen maar ook van de geslachtsaanduiding bevolen. Zo stelde de rechtbank dat wanneer de geboorteakte vaststelt dat het kind van het mannelijk geslacht is, maar dat hij „volgens de geneesheren” in werkelijkheid tot het vrouwelijk geslacht behoort, er aanleiding bestaat om de vordering tot verbetering van de geslachtsaanduiding en de voornamen toe te staan.

Het ging hier in casu om een vrouwelijke pseudo-hermafrodit met wellicht hoofdzakelijk mannelijke uiterlijke geslachtskenmerken maar genetisch van het vrouwelijk type, die gewilde en artificiële ingrepen „had” ondergaan om een vollediger benadering van één geslacht te bekomen of met andere woorden om een onvolmaakte toestand te verbeteren. Aldus werd met betrekking tot de fysische interseksualiteit aanvaard dat men veeleer voor een geslachtsverduidelijking stond dan voor een geslachtsverandering(44), immers laat de lichamelijke voorbeschiktheid tot het nieuw benadrukte geslacht toe te besluiten dat het geslacht bij de geboorte wegens onwetendheid of onoplettendheid foutief werd geacteerd en moet de foutieve vermelding, nu ze ontdekt is, kunnen gecorrigeerd worden(45).

Anders was het gesteld met de gevallen van psychische interseksualiteit of transseksualiteit, zij beriepen er zich immers op dat hun psychologische geaardheid reeds in potentie bestond van bij de geboorte. Maar naast het feit dat het psychologische niets tastbaars heeft en in dat opzicht tegengesteld is aan de vier andere — medische — criteria, bestond er tevens desbetreffend geen éénsgezindheid onder de medici. Vandaar: „Attendu que non seulement la partie appelante ne rapporte pas la preuve que la mention du sexe dans son

(42) PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 874; PINTENS, W., *Naam*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1981, p. 146.

(43) Rb. Luik, 9 februari 1973, *Jur. Liège*, 1972-1973, p. 283; *J.T.*, 1976, p. 179.

(44) Rb. Gent, 24 april 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, p. 413; Rb. Antwerpen, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-1980, k. 2064; Brussel, 12 juni 1984, *R.W.*, 1984-1985, k. 2001-2006.

(45) BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E. en DE WIT, R., „Overzicht van de rechtspraak, Personen- en familierecht 1981-1987”, *T.P.R.*, 1988, p. 436.

acte de naissance procède d'une erreur, mais que l'absence d'erreur quant à ce est constante"(46).

Deze stellingname van het Hof van Beroep te Brussel, nl. dat geen enkele bepaling van de van kracht zijnde wetten toestond „rekening te houden met kunstmatig aangebrachte wijzigingen in de morfologie van het individu, ook al kwamen deze overeen met zijn diepliggende psychische neigingen", werd algemeen door de rechtspraak gevolgd(47). Echter heeft D. Van Oosterwijck wiens vordering door dit arrest van het Hof was afgewezen, een verzoekschrift neergelegd bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa(48), waarvan toen niemand kon vermoeden dat dit een zeer belangrijke rol zou spelen in de toekomst.

3. *Derde stadium: „Opzettelijke" dubbelzinnigheid*

In zijn verzoekschrift van 1 september 1976 beriep D. Van Oosterwijck zich op het artikel 3 E.V.R.M., aangezien hij in een onmenselijke en vernederende toestand van burgerlijke dood zou leven, het artikel 8 E.V.R.M. vanwege het feit dat de toepassing van de wet hem zou verplichten stukken te gebruiken die niet in overeenstemming zijn met zijn werkelijke identiteit en het artikel 12 E.V.R.M. omdat de bestreden beslissing, door een verschil te laten voortbestaan tussen zijn wettelijke en lichamelijke wezen, hem zouden beletten te huwen en een gezin te stichten.

De Europese Commissie heeft het verzoekschrift op 9 mei 1978 ontvankelijk verklaard en in haar rapport van 1 maart 1979 besloot zij unaniem dat er inbreuk was gemaakt op artikel 8 en met zeven stemmen tegen drie, op artikel 12. Dienovereenkomstig achtte de Commissie het niet nodig haar onderzoek verder uit te strekken tot artikel 3, omdat de gelaakte situatie niet die mate van ernst bleek te hebben die zij gewoonlijk in het kader van dit artikel in aanmerking nam.

Niettegenstaande het feit dat het Europees Hof geen kennis heeft genomen van de grond van de zaak wegens gebrek aan uitputting van

(46) Brussel, 7 mei 1974, *J.T.*, 1974, p. 713.

(47) Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.*, 1975-1976, k. 870 met noot PAUWELS; Rb. Antwerpen, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-1980, k. 2064 met noot PAUWELS; Rb. Antwerpen, 1 april 1981, bevestigd door het Hof van Beroep Antwerpen, 15 december 1981, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1982, p. 411.

(48) Verzoekschrift nr. 7654/76, VAN OOSTERWIJCK t/België, neergelegd op 1 september 1976 en geregistreerd op 23 september 1976.

de nationale rechtsmiddelen vanwege D. Van Oosterwijck, is de invloed van het standpunt ingenomen door de Commissie in de Belgische rechtspraak toch zeer beduidend geweest(49). Waar er inderdaad een zeker aantal beslissingen de verbetering van de geboortekte bevolen in geval het ging om fysische interseksualiteit en onthullende operatieve tussenkomsten, werden nu ook „verbeteringen” bevolen in gevallen waar blijkbaar geen tegenstrijdigheid tussen de verschillende fysische criteria van het geslacht bestonden op het ogenblik van de geboorte en waarbij dus desgevallend de medische tussenkomst enkel beantwoordde aan de latere evolutie van het psychologisch geslacht of met andere woorden in de gevallen van transseksualisme(50).

De ingeroepen motiveringen om de beschikkingen te rechtvaardigen zijn vaak „gewild” dubbelzinnig, zo bijvoorbeeld „le sexe physique ou phénotypique (après intervention) et le sexe psychique coïncidant, le requérant est actuellement un femme”, terwijl het genetisch criterium stilzwijgend achterwege bleef. In die zin is zelfs de motivering van de beslissing van de rechtbank te Neufchâteau van 14 januari 1987(51) tegenstrijdig, immers met betrekking tot het toelaten van de verbetering van de geslachtsaanduiding was er sprake van pseudohermafrodisme, maar de verbetering van de voornamen werd geweigerd omdat het ten deze een geval van transseksualiteit betrof. Ook werd vaak de wetenschappelijke kennis betreffende het geslacht ingeroepen, immers, zo werd gesteld, heeft het feit dat het psychologisch geslacht onafhankelijk van de wil van de belanghebbende evolueert, tot gevolg dat de onbeschikbaarheid van staat niet meer in vraag wordt gesteld. Bovendien vereisen én het belang van de verzoeker én het belang van de gemeenschap zelf, het in overeenstemming brengen van de burgerlijke staat met de werkelijkheid, immers mag de titel niet meer onveranderlijk zijn dan wat het moet vaststellen.

Dit laatste leidmotief werd ontleend aan de overzichten en analyses van de rechtspraak van Prof. Vieujean(52), die echter essentieel handelen over de gevallen van interseksualiteit en die zowel in 1977

(49) O.m. werd het Verslag van de Commissie aangehaald in de beschikking van de rechtbank te Leuven van 24 oktober 1988 (onuitgegeven).

(50) Rb. Luik, 1 april 1981, *Jur. Liège*, 1981, p. 219 (vonnis vooraleer recht te doen); Rb. Namen, 28 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, p. 311 met noot X. DION; Rb. Luik, 5 december 1984, *Jur. Liège*, 1985, p. 424; Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 354; Rb. Luik, 15 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 837.

(51) Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 354.

(52) *R.C.J.B.*, 1977, p. 569 en 1985, p. 493-494, nr. 12.

als in 1985 een ernstige terughoudendheid weergeven ten aanzien van de gevallen waar alleen de psychische voorbeschiktheid tegengesteld is aan de andere fysische elementen van het geslacht en scheppende geneeskundige ingrepen zijn ondergaan, omdat dergelijke scheiding tussen lichaam en geest een zodanige twijfel zou kunnen laten bestaan dat deze slechts fataal kan zijn voor de verzoeker op wie de bewijslast valt(53).

Niettemin heerst voortaan in de Belgische rechtspraak het overheersende gevoel dat het geslacht niet enkel als een eenvoudig en vaststaand gegeven moet worden voorgehouden, maar daarentegen complex en evoluerend is, en dat het sociaal beleefde geslacht uiteindelijk de enige werkelijkheid wordt die in aanmerking wordt genomen(54). Bijgevolg kan worden gesteld dat de beslissingen tot verwerpen eerder zeldzaam zijn en de uitzondering op de regel zijn geworden(55).

4. Vierde stadium: een vordering van staat

Aan de oorsprong van dit vierde onderscheiden stadium in de rechtspraak ligt opnieuw de zaak van D. Van Oosterwijck tegen de Belgische Staat. De Belgische regering formuleerde in haar verweer immers vier middelen, nl. de niet uitputting van de nationale rechtsmiddelen, de niet inroeping van het Verdrag in eerste aanleg noch in beroep, het niet aanvragen van de voornaamsverandering krachtens de Wet van 2 juli 1974 en het niet aanhangig maken van een vordering betreffende de staat van een persoon. Het vierde middel was niet uitdrukkelijk door de regering vermeld voor de beslissing van 9 mei 1978, waarbij het verzoekschrift ontvankelijk werd verklaard. Wel was er in wezen naar verwezen geworden tijdens de aan de beslissing voorafgaande zitting, waarop namelijk was aangevoerd dat de betrokkene „een gerechtelijke vaststelling van zijn nieuwe staat en de kanttekening van de tot stand gebrachte wijziging op de akte had kunnen vragen”. Daarenboven werd nog gewezen op het „fundamenteel verschil” tussen een dergelijke „in overeenstemming brenging van de geboorteakte” en „een ware verbetering”(56).

(53) *R.C.J.B.*, 1977, p. 507-511, nr. 8 en 1985, p. 494, nr. 12.

(54) Rb. Brussel, 8 januari 1986, onuitgegeven; Rb. Dendermonde, 12 december 1986, onuitgegeven; Rb. Leuven, 24 oktober 1988, onuitgegeven.

(55) *Contra*: Rb. Doornik, 19 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 356.

(56) Verslag van de hoorzittingen voor de Commissie, p. 35 en 36.

Het Hof heeft in zijn arrest met betrekking tot dit middel bepaald dat „bij gebrek aan Belgische jurisprudentie op dit gebied D. Van Oosterwijck niet kan verweten worden een dergelijke vordering niet te hebben ingesteld” en dat „het aan de rechterlijke instanties is te bepalen of een dergelijke vordering alsnog voor de klager openstaat”(57). Hieruit volgt dat er voorheen, dus voor 6 november 1980 zijnde de datum van het arrest, nooit een vordering tot vaststelling van een beweerde staat door een transseksueel is ingesteld. Meer opmerkelijk is echter nog dat sinds het arrest dit „fundamenteel” verschil er de rechtspraak niet van heeft kunnen weerhouden toch een beslissing tot verbetering van de geboorteakte te nemen, zelfs in de gevallen van transseksualiteit, waarbij bovendien op geen enkel ogenblik in de beschikkingen wordt stilgestaan bij deze problematiek(58). In de literatuur dient gewezen op de stelling van Prof. Pauwels, die de grote betekenis van dit arrest legt in het feit dat het de geslachtsverduidelijking van de interseksueel niet als een geslachtswijziging kwalificeert en dit omdat het Hof het onderscheid maakte tussen de procedure tot verbetering van akten en de vordering van staat tot wijziging van het geslacht(59). Deze redenering is moeilijk te volgen, daar ze erop neerkomt dat de geslachtsverbetering voor de transseksueel wel een geslachtswijziging is, zodat enkel een vordering van staat tot wijziging van geslacht openstaat, wat duidelijk niet de onderliggende bedoeling van Prof. Pauwels kon zijn geweest, daar hij in de titel van zijn bijdrage deze rechtspraak als een gelukkige evolutie beschouwt(60).

In diezelfde noot spreekt Prof. Pauwels van „een vage, in ons recht niet georganiseerde vordering van staat tot verandering van geslacht” en inderdaad, wat in 1984 — ogenblik van de publikatie van Prof. Pauwels — niet door de Belgische wet voorzien was, was het ook niet in 1978 toen de vertegenwoordigers van de Belgische regering dit niettemin als middel van verweer opwierpen. Bijgevolg kan het D. Van Oosterwijck moeilijk worden kwalijk genomen dat hij is ingegaan op deze uitnodiging. Temeer daar de Belgische rechter, zetelend in het Hof, de heer Ganshof Van der Meersch in zijn gedeeltelijk overeenstemmende mening stelde dat „er geen verschil is in aard tussen een vordering betreffende de staat ingesteld ten

(57) E.H.R.M., Arrest VAN OOSTERWIJCK, 6 november 1980, Serie A nr. 40, par. 35.

(58) Rb. Namen, 28 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, p. 311; Rb. Luik, 5 december 1984, *Jur. Liège*, 1985, p. 424; Brussel, 12 juni 1984, *R. W.*, 1984-1985, k. 2001.

(59) PAUWELS, J.M., „Verbetering van de geboorteakte van een transseksueel: gelukkige evolutie van de hogere rechtspraak”, *R. W.*, 1984-1985, k. 2008.

(60) Geciteerd in voetnoot (59), k. 2007.

aanzien van een aspect dat door één of meerdere bepalingen van het burgerlijk recht wordt geregeld en een vordering gegrond op een algemeen rechtsbeginsel”(61). Hierbij ging hij uit van het feit dat inderdaad de vordering betreffende de staat van een persoon moet kunnen worden ingesteld wanneer een aspect daarvan het onderwerp is van een geschil of een eis, en dat inderdaad de onderwerpen betreffende de status van een persoon in het burgerlijk wetboek volledig worden behandeld met als enige uitzondering het geslacht, maar dat de erkenning van de geslachtelijke identiteit een onafscheidelijk onderdeel is van de persoonlijke status en het recht op deze erkenning een algemeen rechtsbeginsel is dat in het Belgisch nationaal recht een onderdeel is van het rechtsbestel, zodat een dergelijke vordering ook moet kunnen worden ingesteld wanneer een persoon de erkenning van zijn geslachtelijke identiteit tracht te verkrijgen(62).

Met dit kader voor ogen kan het dan ook niemand verbazen dat de rechtbank te Brussel op 16 april 1986, en dit hoewel D. Van Oosterwijck het opstellen van een nieuwe geboorteakte had gevorderd en het openbaar ministerie tot een verbetering van de akte had geadviseerd, oordeelde dat het slechts kon gaan om een vordering van staat, maar, en dit is een nieuw element, waarvan het vonnis slechts uitwerking krijgt „à compter de sa date”(63). We stellen dus vast, gezien de constitutionele aard van het vonnis waardoor een nieuwe staat ontstaat en de bestaande staat verdwijnt, dat het hier gaat om een vordering tot wijziging van staat of tot toewijzing van een nieuwe juridische staat. Dit geeft aan deze problematiek een nieuwe dimensie, immers waar de verbetering alsdusdanig de initieel bestaande staat betwist door de koppeling van een materiële vergissing aan de vaststelling, is dit hier niet meer het geval.

De procedure door middel van een vordering tot wijziging van staat kende echter geen totale doorbraak in de rechtspraak(64). De oplossing werd integendeel gezocht in de beslissing tot verbetering van de geboorteakte, die dan wel, naar analogie met de wijziging van staat, slechts bevolen werd *ex nunc*: „Gelet nochtans op het feit dat verzoekster een geslachtsevolutie onderging, kan aan de vaststelling van het mannelijk geslacht geen terugwerkende kracht worden ver-

(61) E.H.R.M., Arrest VAN OOSTERWIJCK, 6 november 1980, Serie A nr. 40, „Gedeeltelijk overeenstemmende mening van Rechter GANSHOF VAN DER MEERSCH”, par. 24.

(62) Geciteerd in voetnoot (61), par. 20-23.

(63) Rb. Brussel, 16 april 1986, *T.B.B.R.*, 1989, p. 47 e.v.

(64) *Contra* o.m. Rb Tongeren, 23 september 1986, *Limb. Rechtsl.*, 1987, p. 156; Rb. Leuven, 24 oktober 1988, onuitgegeven.

leend, en mag de akte van geboorte niet ex tunc worden verbeterd”(65).

5. Vijfde stadium: de juridische erkenning van de geslachtsidentiteit

„The European Parliament believes that human dignity and personal rights must include the right to live according to one's sexual identity”(66). Met deze resolutie, aangenomen in plenaire zitting van het Europees Parlement op 12 september 1989, kreeg het begrip „geslachtsidentiteit” juridische erkenning. Dit vertaalt zich o.m. in de mogelijkheid tot „legal recognition; change of first name; change of sex on birth certificates and identity documents”.

In de rechtspraak werd voor de eerste maal door de rechtbank te Mechelen op 31 mei 1990(67) verwezen naar deze resolutie en dit om te benadrukken dat naast de medische criteria ook een sociaal-economische maatstaf in acht kan worden genomen. Aldus stelt de rechtbank dat de voorwaarden tot het instellen van de vordering moeten worden gezocht in het rechtmatig bezit van staat en is er noch sprake van valsheid noch een reden van een materiële vergissing ten tijde van het opstellen van de geboorteakte.

Met dit recente vonnis stellen wij vast dat de huidige opvatting van de Belgische rechtspraak bepaalt dat de transseksueel wijziging van de vermelding van zijn geslacht in de geboorteakte kan verkrijgen via een niet door de wet voorziene vordering van staat, op grond van de ingetreden verandering en het blijvend en onomkeerbaar bezit van de nieuwe staat.

Hieruit volgt dat het begrip „geslachtsidentiteit” zoals aangenomen in de resolutie over de discriminatie van transseksuelen door het Europees Parlement, ook in België juridische erkenning heeft gekregen en dit kan alleen een definitieve stap betekenen in de richting van de totale integratie van de transseksueel in onze samenleving. Nochtans moet er, ons inziens, met betrekking tot de rechtsconstructie die hiervoor wordt aangewend, toch een bedenking worden gemaakt. Er heeft zich inderdaad, zoals het vonnis trouwens zelf expliciet vermeldt, naast de bekende en in de wet voorziene procedure tot verbetering van de akte van burgerlijke stand in België een recht-

(65) Rb. Dendermonde, 1 december 1989, *T.B.B.R.*, 1990, p. 163-164.

(66) Europees Parlement, „Resolution on discrimination against transsexuals”, 12 september 1989, in *Official Journal of the European Communities*, Nr C256/33, Doc A3-16/89.

(67) Rb. Mechelen, 31 mei 1990, *R.W.*, 1990, p. 510 met noot J. GERLO.

spraak ontwikkeld waardoor de vordering van staat, waarin niet in de wet is voorzien, ontvankelijk en gegrond werd verklaard. De rechtsgrond aan de basis van deze rechtsvinding werd gelegd in een algemeen rechtsbeginsel, zijnde het recht op erkenning van zijn geslachtelijke identiteit, en dit beantwoordt volledig aan de geest van de resolutie en biedt daartoe de volle mogelijkheid voor de uitvoering ervan. Vraag is dan waarom de rechtbank te Mechelen is overgegaan tot een nieuwe rechtsvinding „*contra legem*” om een reeds niet door de wet voorziene vordering van staat te motiveren, met name „een rechtmatig verkregen bezit van staat”. Immers kan het zogenaamde bezit van staat, gezien de staat de openbare orde aanbelangt, bij ontstentenis van een akte van de burgerlijke stand wel als bewijs voor die staat dienen⁽⁶⁸⁾, maar dit bezit van staat kan niet uitlopen op het toekennen van een staat in strijd met een wettelijk vaststaande staat en het kan geen staat toekennen in strijd met een akte van de burgerlijke stand⁽⁶⁹⁾. Deze rechtsprincipes verbonden aan het bezit van staat negeren, zou de bewijskracht van de akten van de burgerlijke stand dermate op de helling plaatsen, dat, ons inziens, de rechtszekerheid plaats zou moeten ruimen voor willekeur.

6. *Besluit: een stap terug*

Actueel zijn alle elementen aanwezig opdat de rechtspraak zijn taak, ondanks de leemte in de Belgische wetgeving, naar behoren kan vervullen zonder verdere rechtsvinding *contra legem*. Immers bestaat er een algemene consensus betreffende de verschillende geslachtscriteria waarbinnen het psychologisch criterium een volwaardige plaats is toebedeeld en bijgevolg het bewijs van de materiële vergissing door het medisch ingrijpen op zich wordt geleverd. Bovendien heeft het Europees Parlement het bestaan van het algemeen rechtsbeginsel, zijnde de erkenning van de geslachtsidentiteit, bevestigd en heeft dit ingang gevonden in de Belgische rechtspraak. Bijgevolg kan de transseksueel naar Belgisch recht zich nog steeds steunen op twee vorderingen om de vermelding van het geslacht in de geboorteakte gewijzigd te zien, nl. de vordering tot verbetering van de akte van de burgerlijke stand en de vordering tot wijziging van de staat, die beide hetzelfde resultaat opleveren, zijnde een melding op de kant van de akte. Het actuele probleem ligt, ons inziens, in het toegekende

(68) De artikelen 318 § 3 en 324 B.W.

(69) BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht, Deel I*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 67.

tijdstip waarop deze wijziging uitwerking krijgt, met andere woorden moet aan het vonnis een terugwerkende kracht worden gegeven of mag dit enkel *ex nunc* worden toegekend. Een antwoord op deze vraag zal mede bepalend zijn voor de aan te wenden vordering, immers houdt de verbetering een initiële fout in zich en moet deze *ex tunc* worden verbeterd, terwijl een wijziging van staat een beslissing van constitutieve aard vereist. Deze problematiek ligt bijzonder gevoelig in het kader van de meeste personen- en familierechtelijke gevolgen van een geslachtswijziging.

HOOFDSTUK V

DE PERSOON- EN FAMILIERECHTERLIJKE GEVOLGEN VAN DE GESLACHTSWIJZIGING

1. *Wijziging van de voornamen*

Een vordering tot verbetering van de voornamen kan ingesteld worden wanneer een vergissing of een dwaling wordt vastgesteld of bedrog werd gepleegd waardoor de voornaam verkeerd, onjuist of onvolledig in de geboorteakte is opgetekend(70). Zo zal er aanleiding zijn tot een vonnis van voornaamsverbetering wanneer de wil van de ouders bij de keuze van de voornamen werd miskend(71), wanneer er een materiële vergissing of onregelmatigheid werd begaan(72) en bij vergissing omtrent het daardoor aangewezen geslacht van het kind(73). Bijgevolg bevelen de meeste beslissingen die een verbetering van de geboorteakte zowel in de gevallen van interseksualiteit als van transeksualiteit toelieten, simultaan de verbetering van de voornamen, meestal gegrond op het feit dat de ouders als gevolg van hun vergissing omtrent het geslacht zich tevens hebben vergist omtrent de gegeven initiële voornamen.

Enige kritiek op deze rechtspraak kwam vanwege Prof. Vieujean in 1985, waarbij hij stelde dat deze redenering onmogelijk in het geval van transseksualiteit kon toegepast worden, immers komt met een

(70) Geciteerd in voetnoot (69), p. 86.

(71) Rb. Mechelen, 3 april 1967, *R.W.*, 1967-1968, 98.

(72) Luik, 28 februari 1973, *J.T.*, 1973, p. 313.

(73) Nochtans bestaat er in België geen wettelijke bepaling die het geven van een meisjesnaam aan een jongen en vice versa verbiedt; zie Rb. Brussel, 3 december 1937, *Belg. Jud.*, 1938, p. 242.

geslachtsverandering een voornaamsverandering overeen en deze laatste moet aan de Koning worden gevraagd en dus niet aan de rechtbank(74). Inderdaad heeft de Wet van 1 juli 1974 de voornaamsverandering mogelijk gemaakt via een procedure gelijklopend(75) met deze van de naamsverandering, die evenwel werd herzien door de Wet van 15 mei 1987. Hierbij werd bepaald dat de Minister van Justitie bij ministerieel besluit de voornaamsverandering kan toestaan en dat deze vergunning tot verandering van voornamen definitief is op de datum van het ministerieel besluit.

Deze stelling werd door sommige rechtbanken gevolgd(76) en zelfs in die mate dat er een tegenstrijdigheid ontstond in de uitspraak(77). Deze laatste stond een verbetering van de geslachtsaanduiding toe op grond van pseudo-hermafrodisme, maar weigerde de voornaamsverbetering omdat naar oordeel van de rechtbank het een voornaamsverandering betrof en zij dus dientengevolge onbevoegd was. Op dit punt werd, ons inziens, terecht wijzigend ingegrepen door het Hof van Beroep te Luik(78) en dit niet enkel omwille van een overdreven formalisme(79) of gebrek aan opportuniteit(80), maar tevens gezien de, als gevolg van de gescheiden procedures, verschillende tijdstippen van inwerkingtreding van de beide beslissingen. Immers zou dit aanleiding kunnen geven tot verwarring(81) en onzekerheid, maar het zou bovendien ontegensprekelijk een inbreuk betekenen op het recht op privé-leven in de zin van het artikel 8 E.V.R.M.

Nochtans stellen we vast dat er zich een anticiperend gedrag bij de belanghebbende partijen heeft ontwikkeld, waardoor, vooraleer een vordering tot aanpassing van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte in te dienen, reeds een aanvraag tot voornaamsverandering bij de Minister van Justitie is gedaan en verkregen, zodat deze tot het voldoen aan de bewijslast mede wordt voorgelegd aan de rechter(82). Dit lijkt ons totaal overbodig en kan alleen bijdragen tot een nog

(74) VIEUJEAN, E., „Sexe”, *R.C.J.B.*, 1985, p. 507, nr 15.

(75) Gelijklopend in die zin dat geen termijn van opschorting was voorzien en er ook enkele onduidelijkheden bestonden m.b.t. de bekendmaking.

(76) Rb. Brussel, 16 april 1986, *T.B.B.R.*, 1989, p. 47 e.v.

(77) Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 354.

(78) Luik, 15 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 837.

(79) GERLO, J., „Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?”, *R. W.*, 1990-1991, p. 513.

(80) MEULDERS-KLEIN, M.T., „La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme”, *T.B.B.R.*, 1989, p. 14, nr. 18.

(81) O.m. met betrekking tot de nieuwe identiteitskaarten waarop én een foto én de voornamen én het geslacht zijn vermeld.

(82) Rb. Mechelen, 31 mei 1990, *R. W.*, 1990-1991, p. 511 (zie attest nr. 9).

grotere verwarring ten aanzien van de op het ogenblik van de voornaamsverandering bestaande familiale banden. Immers gezien de grote tijdsparre(83) tussen de inwerkingtreding van het besluit betreffende de voornaamsverandering en de beslissing tot aanpassing van de geslachtsaanduiding, zou dit ten aanzien van die familie zeer nefaste gevolgen kunnen hebben, waarbij gedacht kan worden aan het overlijden van de transseksueel, het huwelijk van diens kinderen of zijn betrokkenheid bij een nalatenschap, enz. Een oplossing zou kunnen worden gezocht in een nauwere samenwerking tussen het gerechtelijk apparaat en de administratieve dienst van het Ministerie van Justitie of meer algemeen een soepeler houding terzake van de rechtbanken.

2. Geboorte of wedergeboorte

Zoals werd vastgesteld, situeert zich het probleem van de inwerkingtreding van de beslissing met betrekking tot de voornaamsverandering op het vlak van het al dan niet gelijktijdig aanpassen van de geslachtsaanduiding en de voornamen, waarbij dus de betekenis van de declaratieve of constitutieve aard van het vonnis onbeduidend blijft, zolang de rechter de beide aanpassingen simultaan beveelt. Anders is het gesteld met de familierechterlijke gevolgen waarbij het tijdstip van inwerkingtreding van de geslachtswijziging „ex tunc” of „ex nunc” van primordiaal belang is.

Initieel hebben de rechtbanken die een verbetering van de geslachtsaanduiding toelieten, zich niet expliciet ingelaten met dit nochtans fundamenteel deelaspect, immers ging het om een verbetering van een fout en dus werd logischerwijze een terugwerkend effect verondersteld, met andere woorden betrof het telkenmale een „wedergeboorte”. Echter met de aanvaarding van de vordering van staat als mogelijke procedure tot het bekomen van een wijziging van de geslachtsaanduiding en de specifieke geaardheid van deze vonnissen, werd door de rechtbank te Brussel(84) voor het eerst op 16 april 1986 een punt gezet achter het fenomeen van de wedergeboorte. Het lijkt geen twijfel dat in casu de vordering, zijnde dubbelzinnig opgesteld, nl. het opstellen van een nieuwe geboorteakte, de directe aanleiding is geweest tot deze problematiek.

(83) De termijn zoals in het geval voor de Rb. Mechelen van 31 mei 1990 bedraagt 3 jaar.

(84) Rb. Brussel, 16 april 1986, *T.B.B.R.*, 1989, p. 47 e.v.

Dit standpunt kende navolging, zelfs in de beslissing waar het nochtans geen vordering van staat betrof, maar waar de rechtbank een eenvoudige „aanpassing” van de geboorteakte aan de evolutie van het geslacht los van enige initiële fout bevolen heeft en daarbij preciseerde in de beschikking dat „à compter du présent jugement, le requérant devrait être dit du sexe féminin”(85). Ook in de laatste (gepubliceerde) uitspraak terzake(86) bepaalt de rechter dat „te rekenen vanaf de datum van dit vonnis, verzoeker van het vrouwelijk geslacht is in plaats van het mannelijk geslacht; (...)”.

Bijgevolg kunnen we stellen dat er heden een vrij grote(87) consensus bestaat dat de rectificatie van de geslachtsaanduiding geen terugwerkende kracht heeft en pas uitwerking heeft vanaf de datum van het vonnis. Hoewel de beslissingen „ex tunc” in bepaalde omstandigheden een gemakkelijksoplossing blijken te bieden, komt het ons voor dat de ingeslagen weg van de rechtspraak de meest aanvaardbare is, zoals hierna zal mogen blijken.

3. Het huwelijk voor de geslachtswijziging

Volgens Prof. Meulders-Klein(88) bestaat het voordeel van de uitwerking *ex tunc* vooral met betrekking tot de nietigverklaring van een voor de geslachtswijziging bestaand huwelijk, immers wordt de nietigheid van het huwelijk omwille van een dwaling over de essentiële hoedanigheid van de persoon door de Belgische rechtspraak niet toegelaten en bovendien moet het verschil van geslacht bestaan op de dag van het huwelijk en wanneer het verschil in de loop van het huwelijk niet meer bestaat is er geen grond tot nietigheid van het huwelijk, maar slechts tot echtscheiding. Bijgevolg zou een wijziging met terugwerkende kracht aanleiding geven tot het bestaan van een huwelijk van twee personen met hetzelfde geslacht, wat een volkomen afdoend huwelijksbeletsel is en waartegen bijgevolg, krachtens artikel 184 B.W., door iedere belanghebbende mag worden opgekoemen, waaronder het openbaar ministerie.

Echter kan, ons inziens, een beschikking of vonnis met uitwerking *ex nunc* tot hetzelfde resultaat aanleiding geven, immers gezien

(85) Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 354.

(86) Rb. Mechelen, 31 mei 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 510.

(87) Uitzondering: Rb. Leuven, 24 oktober 1988, onuitgegeven.

(88) MEULDERS-KLEIN, M.T., „La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme”, *T.B.B.R.*, 1989, p. 16, nr. 21.

actueel het psychologisch criterium als volwaardig geslachtsbepalend criterium wordt weerhouden, staat het vast dat een vergissing werd begaan tijdens de geslachtsaanduiding bij de geboorte, waarvan het bewijs ligt in de rechtmatige medische tussenkomst. Bijgevolg dateert de transseksualiteit van voor het huwelijk, wat een onzekerheid over het geslacht op het ogenblik van het huwelijk impliceert(89). Deze onzekerheid geeft op zijn beurt aanleiding tot een vermoeden van „onbepaald” geslacht op het ogenblik van het huwelijk, gezien slechts na medische tussenkomst met therapeutisch doel het geslacht definitief werd bepaald. Dit kan opnieuw aanleiding geven tot de procedure tot nietigverklaring, omdat ook in dit geval het huwelijk is aangegaan met overtreding van een volkomen afdoend huwelijks-beletsel.

Bovendien menen wij dat indien geen enkele van de door artikel 184 B.W. bepaalde belanghebbenden enig initiatief tot het inleiden van de vordering tot nietigverklaring neemt, dit door het openbaar ministerie ambtshalve moet worden gedaan. Echter, gezien deze procedure tot onbillijke gevolgen kan leiden voor de echtgenoot te goeder trouw en in het bijzonder voor de afstammelingen, zou eventueel toepassing kunnen worden gemaakt van de artikelen 201 en 202 B.W., zijnde het putatief huwelijk. Dit heeft voor gevolg dat de uit het huwelijk geputte rechten blijven bestaan, zowel de reeds verkregen rechten als de rechten die uit hun aard verder uitwerking moeten hebben.

De visie van Prof. Pauwels op deze gekunstelde „pendelbeweging der ficties” indachtig(90), kan hier de vraag worden gesteld of de recht-bank bij wie de vordering tot aanpassing van de geboorteakte werd aanhangig gemaakt, op vordering van het openbaar ministerie indien op dat ogenblik nog steeds een huwelijk bestaat, de ontbinding *ex nunc* kan bevelen van het nietig huwelijk(91). Deze procedure zou tevens een oplossing bieden voor het probleem gesteld ten aanzien van de afstammelingen, wiens rechten door de nieuwe tekst van artikel 202 B.W. in ieder geval bij wet worden beschermd, maar die er geen enkel belang bij hebben dat noch de beslissing tot geslachts-aanpassing, noch de nietigverklaring van het huwelijk met terugwer-kende kracht zouden geschieden.

(89) BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht, Deel 2*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 246.

(90) PAUWELS, J.M., „Nietigverklaring van het huwelijk”, *T.P.R.*, 1975, p. 159 e.v.

(91) Zie voetnoot (90), p. 165.

4. Een huwelijk na de geslachtswijziging

Prof. J. Gerlo is de mening toegedaan dat niets een (nieuw) huwelijk van de transseksueel met een persoon behorend tot zijn „vroegere” geslacht in de weg staat en dit onder voorbehoud dat echtscheiding mogelijk is op grond van grove beledigingen indien de echtgenoot niet werd ingelicht over de ondergane geslachtsoperatie(92).

Inderdaad, hoewel deze problematiek actueel bijzonder gevoelig ligt, meer bepaald gezien de stelling die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens terzake in de arresten Rees en Cossey(93) heeft ingenomen, waarbij het traditioneel concept van het huwelijk zijnde de basis voor het gezin de bovenhand haalt(94), bestaat er in België geen enkele wettelijke bepaling die een dergelijk huwelijk kan verbieden. Immers het biologisch criterium gehanteerd door het Europees Hof en door sommige landen door middel van een voorhuwelijks medisch onderzoek in rekening gebracht(95), geldt in onze gemeenschap niet als nodige voorwaarde voor het huwelijk, wat bewezen wordt door het feit dat geen maximale leeftijdsgrens is voorgeschreven(96). Bovendien kan zelfs in de huidige stand van de wet niet worden verhinderd dat dit huwelijk opnieuw de basis zou vormen voor een gezin, zij het door alternatieve artificiële technieken of door adoptie. Het is dan ook uitermate interessant, zowel in dit kader in het bijzonder als ook met betrekking tot de transseksualiteit naar Frans recht in het algemeen, de opvolging van de desbetreffende rechtspraak van het Europees Hof in een zeer recent arrest van 25 maart 1992(97) te evalueren. Immers, daar waar de twee vermelde arresten Rees en Cossey een beoordeling vormden van de Engelse wetgeving, werd onlangs in de zaak Botella tegen Frankrijk, waarvan reeds voorheen melding was gemaakt in de Franse literatuur terzake(98), Frankrijk veroordeeld wegens schending van artikel 8 van het Verdrag, omdat het Franse Hof van Cassatie een negatieve stelling had

(92) GERLO, J., „Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?”, *R. W.*, 1990-1991, p. 513.

(93) E.H.R.M., Arrest REES, 17 oktober 1986, serie A nr. 106; E.H.R.M., Arrest COSSEY, 27 september 1990, serie A nr. 184.

(94) E.H.R.M., Arrest COSSEY, 27 september 1990, serie A nr. 184, par. 44-48.

(95) O.m. Frankrijk.

(96) BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht, Deel 2*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 247.

(97) E.H.R.M., Arrest BOTELLA, 25 maart 1992, *La Semaine Juridique*, éd. G, 8 april 1992, Actualités (loutere vermelding van het arrest, waarvan de tekst bij het afsluiten van deze studie nog niet beschikbaar was).

(98) GOBERT, M., „La transsexualisme ou de la difficulté d'exister”, *La Semaine Juridique*, Parijs, 1990, 3475.

ingenomen betreffende de vordering tot erkenning van het nieuwe geslacht en tot wijziging van de geboorteakte van Botella(99). Deze vorderingen werden ingesteld na opeenvolgende hormonale behandelingen en een chirurgische ingreep, waarna Botella wenste te huwen met haar levensgezel. Het Europees Hof oordeelde dat door het feit van de weigering „la requérante se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée et qu'il y a infraction à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales”.

BESLUIT

Ter afronding van deze studie kan worden samengevat dat de Belgische rechtspraak over een relatief korte periode van twintig jaar is gekomen van een absolute weigering tot een juridische erkenning van een door mystiek en taboes gekenmerkt fenomeen. Dé ultieme oplossing is wellicht nog niet gevonden en dit vooral met betrekking tot de gevolgen, immers is in dit werk enkel sprake van enkele personen- en familierechtelijke gevolgen, maar er zullen zich gaandeweg zeker ook juridische problemen stellen op een ander dan het burgerrechtelijk vlak. Denken we maar aan het sociaal zekerheidsrecht, in verband met de pensioenen, de verzekeringenwetgeving, in verband met een levensverzekering, en wellicht nog andere, waarvan wij de draagwijdte actueel niet kunnen anticiperen.

De vraag die zich ontegensprekelijk na elk hoofdstuk opdrong, is in hoeverre er nu in de huidige stand van deze evolutie, nood is aan een wetgevende tussenkomst. Evalueren we de doctrine terzake dan stellen we vast dat in een eerste fase een wetgevend ingrijpen nutteloos leek, o.a. „vast staat dat de transseksualiteit een statistisch te verwaarlozen belang heeft”(100). Echter naarmate de problematiek onverwachte dimensies aannam, bleek dat „een wetgevend ingrijpen het voordeel zou bieden dat ingewikkelde kwesties zoals de al dan niet retroactieve werking van de verandering en de mogelijkheden van de transseksueel — met — kinderen daardoor op algemeen vlak

(99) Cass. fr., 31 maart 1987, *La Semaine Juridique*, 1988, éd. G, II, 21000, met noot Eric AGOSTINI.

(100) PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 887.

een oplossing zouden krijgen”(101). De gunstige wending die de rechtspraak nam, waaraan de stellingname van de Europese Commissie niet vreemd is, blijkt een nieuw keerpunt „zodat de hoop gewettigd is dat geen wetgevend optreden nodig zal zijn om de verandering van de geslachtsaanduiding en de voornamen in de geboorteakte van de transseksueel mogelijk te maken”(102). Actueel neemt het besef van de ernst van de gevolgen op de vele domeinen van onze samenleving toe, zodat niet langer de vraag wordt gesteld naar de nood aan een tussenkomst, maar „teneinde tot meer rechtszekerheid te komen... inlassing van een hoofdstuk VII „wijziging van de geslachtstoekenning” in titel II Akten van de burgerlijke stand van het Burgerlijk Wetboek aangewezen (lijkt)”(103).

De bedenking die wij bij deze gedachtengang willen maken is, gezien deze ganse problematiek de openbare orde raakt en men reeds twintig jaar geconfronteerd is met deze werkelijkheid die hoe dan ook niet meer als onbestaand kon en kan worden beschouwd, of ons democratisch stelsel slechts voorziet in wettelijke bescherming en rechtszekerheid als men aan bepaalde statistische voorwaarden voldoet, dan wel of deze bescherming geldt voor elke Belg (en bij nazicht blijkt dat men nog steeds Belg is ook na een geslachtswijziging).

Het lijkt, ons insziens, dan ook de hoogste tijd dat de wetgever zijn standpunt in een klare wet te kennen geeft en dit bij voorkeur vooraleer België door het Europees Hof op deze leemte in de wetgeving wordt gewezen in het kader van een veroordeling, zoals dit voor Frankrijk het geval is naar aanleiding van de zaak Botella: „il appartient aux autorités françaises de choisir le moyen d’y remédier”(104).

BIBLIOGRAFIE

I. BOEKEN

BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht, 3 delen*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 625 p.

(101) PAUWELS, J.M., „Naar de juridische erkenning van de transseksualiteit”, *R.W.*, 1979-1980, k. 2070.

(102) PAUWELS, J.M., „Verbetering van de geboorteakte van een transseksueel: gelukkige evolutie van de hogere rechtspraak”, *R.W.*, 1984-1985, k. 2007.

(103) GERLO, J., „Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?”, *R.W.*, 1990-1991, p. 513.

(104) Zie voetnoot (97).

GORLE, F., BOURGEOIS, G., BOCKEN, H., *Rechtsvergelijking*, Gent, Story-Scientia, 1985, 415 p.

PINTENS, W., *Naam*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1981, 210 p.

II. PROEFSCHRIFTEN

ROELANDT, M., *Aard en bronnen van de gegevens bekend over transseksualiteit: een theoretisch- klinische en juridische benadering*, VUB-proefschrift, 1971.

VAN ROY, D., *Transseksualiteit een evolutieve en evaluatieve literatuurstudie*, VUB-proefschrift, 1984.

III. PUBLIKATIES

BAETEMAN, G., „De recente ontwikkelingen in het personen- en familierecht. Tendensen en kritische beschouwingen”, *Limb. Rechtsl.*, 1985, p. 191-234.

BAETEMAN, G., en GERLO, J., „Overzicht van rechtspraak van personen- en familierecht (1975-1980)”, *T.P.R.*, 1981, p. 749-952.

BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E. en DE WIT, R., „Overzicht van de rechtspraak, Personen- en familierecht 1981-1987”, *T.P.R.*, 1988, p. 415-624.

GOBERT, M., „Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister”, *La Semaine Juridique*, 1990, nr. 3475.

MEULDERS-KLEIN, M.T., „La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme”, *T.B.B.R.*, 1989, p. 5-21.

NIJS, H., „Eigendom in het medisch recht”, *R.W.*, 1983-1984, k. 2357-2374.

PETIT, J., „L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel”, *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1976, p. 236-296.

VIEUJEAN, E., „Sexe”, *R.C.J.B.*, 1985, p. 488-507.

IV. NOTEN ONDER RECHTSPRAAK

DIJON, X., noot onder Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, p. 149-154.

GERLO, J., „Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?”, *R.W.*, 1990-1991, p. 512-513.

PAUWELS, J.M., „Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen”, *R.W.*, 1975-1976, k. 873-888.

PAUWELS, J.M., „Naar de juridische erkenning van de transseksualiteit?”, *R.W.*, 1979-1980, k. 2066-2070.

PAUWELS, J.M., „Verbetering van de geboorteakte van een transseksueel: gelukkige evolutie van de hogere rechtspraak”, *R.W.*, 1984-1985, k. 2007-2008

V. RECHTSPRAAK

Rb. Brussel, 27 september 1969, *J.T.*, 1969, 635 e.v.

Rb. Luik, 9 februari 1973, *Jur. Liège*, 1972-1973, 283 e.v.

Brussel, 7 mai 1974, *J.T.*, 1974, 713.

Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.*, 1975-1976, 870 e.v.

Rb. Gent, 24 april 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 413 e.v.

Rb. Gent, 22 mei 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 416 e.v.

Rb. Antwerpen, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-1980, 2064 e.v.

Rb. Luik, 1 april 1981, *Jur. Liège*, 1981, 219 e.v.

Rb. Antwerpen, 1 april 1981, niet gepubliceerd.

Antwerpen, 15 december 1981, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1982, 411 e.v.

Rb. Namen, 28 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 311 e.v.

Brussel, 12 juni 1984, *R.W.*, 1984-1985, 2001 e.v.

Rb. Luik, 5 december 1984, *Jur. Liège*, 1985, 424 e.v.

Rb. Brussel, 8 januari 1986, niet gepubliceerd.

Rb. Doornik, 13 januari 1986, niet gepubliceerd.

Rb. Brussel, 16 april 1986, *T.B.B.R.*, 1989/1, 47 e.v.

Rb. Tongeren, 23 september 1986, *Limb. Rechtsl.*, 1987, 156 e.v.

Rb. Dendermonde, 12 december 1986, niet gepubliceerd.

Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 354 e.v.

Rb. Doornik, 19 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 356 e.v.

Rb. Dendermonde, 23 januari 1987, niet gepubliceerd.

Rb. Charleroi, 7 mei 1987, niet gepubliceerd.

Luik, 15 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 837 e.v.

Antwerpen, 27 april 1988, *R.W.*, 1988-1989, 614 e.v.

Rb. Hasselt, 27 juni 1988, niet gepubliceerd.

Antwerpen, 29 juni 1988, *Pas.*, 1989/1, II, 12.

Rb. Antwerpen, 27 september 1988, niet gepubliceerd.

Rb. Antwerpen, 28 september 1988, niet gepubliceerd.

Rb. Antwerpen, 11 oktober 1988, niet gepubliceerd.

Rb. Leuven, 24 oktober 1988, niet gepubliceerd.

Rb. Brussel, 7 december 1988, *J.T.*, 1989, 93 e.v.

Rb. Antwerpen, 10 januari 1989, niet gepubliceerd.

Rb. Antwerpen, 14 februari 1989, niet gepubliceerd.

Rb. Tongeren, 2 mei 1989, niet gepubliceerd.

Rb. Antwerpen, 23 mei 1989, niet gepubliceerd.

Rb. Tongeren, 2 oktober 1989, *T.B.B.R.*, 1990/2, 165 e.v.

Rb. Dendermonde, 1 december 1989, *T.B.B.R.*, 1990/2, 163 e.v.

Rb. Antwerpen, 12 december 1989, niet gepubliceerd.

Rb. Brussel, 16 januari 1990, niet gepubliceerd.

Rb. Mechelen, 12 april 1990, niet gepubliceerd.

Rb. Mechelen, 31 mei 1990, *R.W.*, 1990-1991, 510 e.v.

Rb. Leuven, 3 september 1990, niet gepubliceerd.

SOMMAIRE

LA TRANSSEXUALITÉ EN DROIT BELGE

La transsexualité est la situation dans laquelle se trouve une personne qui, suivant tous les critères physiques, est un homme ou une femme, mais qui, par ses dispositions psychologiques et son organisation mentale, a la conviction irréfutable d'appartenir „substantiellement” à l'autre sexe. Sur base de cette conviction, le transsexuel s'efforce d'adapter son corps à cette disposition psychologique et, sur ce point, la science médicale actuelle lui offre des moyens efficaces.

Si, dans une première phase, ce phénomène ne devait être situé que sur le seul plan médical, il devait forcément produire également ses conséquences sur le plan du droit civil, et ce principalement dans le cadre des valeurs juridiques qui étaient ou sont reconnues à une donnée de fait, c'est-à-dire le sexe, ceci se manifestant dans le fait que le sexe se trouve enregistré lors de la naissance dans un acte de l'état civil. Dans sa recherche de la reconnaissance et de l'intégration totales, le transsexuel demandera dès lors à la société d'adapter son acte de naissance en conséquence.

Compte tenu cependant du caractère assez récent de cette évolution, il n'est très logiquement pas possible de trouver une solution chez le législateur de 1804 qui, même s'il connaissait certainement la situation d'intersexualité physique, ne pouvait encore prévoir cette problématique spécifique dans des règles explicites. En conséquence, le juge belge, aujourd'hui encore confronté à cette lacune de la loi, doit la combler à la lumière des conceptions sociales en la matière. La présente étude s'attache à l'évolution remarquable intervenue en cette matière dans la jurisprudence, celle-ci allant en une période relativement brève de 20 ans, de la réticence initiale, en passant par le doute, vers une acceptation totale.

C'est pour la première fois en 1969, avec l'affaire Wijnen, que le phénomène de la transsexualité a rencontré en Belgique un intérêt plus large, en ce sens qu'il a quitté alors le cercle restreint des scientifiques et praticiens de la médecine. Ce procès retentissant, où se trouvait essentiellement en cause l'immunité pénale des médecins, a permis de jeter un pont vers la problématique de droit civil par l'examen du droit à disposer de soi-même en tant qu'élément de la problématique d'ensemble de la transsexualité.

Il fallut toutefois attendre jusqu'en septembre 1976 pour voir la jurisprudence et la doctrine belges prendre exactement conscience du problème, et ce par l'intervention de D. Van Oosterwijck dont la demande en rectification de l'acte de naissance avait été rejetée par la Cour d'Appel de Bruxelles et qui en saisit la Commission Européenne des Droits de l'Homme. La Commission décida, à l'unanimité, en son rapport du 1^{er} mars 1979, que le refus de la rectification constituait une violation de l'article 8 du Traité. Bien que la Cour européenne n'avait pas à connaître elle-même du fond de l'affaire, les voies de recours nationales n'étant pas épuisées, le point de vue adopté par la Commission a exercé une influence de la plus haute importance sur la jurisprudence belge.

Après son étude du cadre dans lequel se situe, en théorie du droit, la problématique de la rectification de l'acte de naissance et de la modification d'état, l'auteur procède à une évaluation de la jurisprudence belge. Afin de donner un clair aperçu chronologique, il analyse l'évolution intervenue en cinq phases pour lesquelles il envisage chaque fois la jurisprudence dans son cadre lié aux circonstances caractéristiques de l'époque, et ce également en ce qui concerne les influences typiques des transitions entre les diverses phases.

L'état actuel de l'évolution de la jurisprudence permettant de présumer que l'intégration totale du transsexuel est en passe de devenir réalité, l'auteur attire également l'attention sur quelques conséquences du changement de sexe en droit des personnes et de la famille. Il examine les problématiques de la modification des prénoms et du mariage avant et après le changement de sexe, dans le cadre de la contestation qui subsiste encore concernant le moment de l'entrée en vigueur de la décision portant rectification de l'acte de naissance ou rectification d'état, plus spécialement sur le point de savoir si la décision acceptant le changement de sexe constitue une naissance ou une re-naissance.

L'auteur termine son étude en posant la question de la nécessité d'une intervention législative en cette matière: cette question ne peut que recevoir une réponse affirmative, notamment à la lumière du très récent arrêt Botella de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (en date du 25 mars 1992), condamnant la France pour violation de l'article 8 du Traité en raison de l'attitude négative adoptée par la Cour de Cassation française à l'endroit de l'action en reconnaissance d'un changement de sexe et en rectification de l'acte de naissance.

ZUSAMMENFASSUNG

TRANSSEXUALITÄT NACH BELGISCHEM RECHT

Transsexualität ist der Zustand in dem sich eine Person befindet, wenn dieser nach allen psychischen Kriterien ein Mann oder eine Frau ist, aber von der psychologischen Veranlagung und der mentalen Organisation her die unwiderlegbare Überzeugung hat, „im Wesen“ zum anderen Geschlecht zu gehören. Aufgrund dieser Überzeugung wird der Transsexuelle versuchen, seiner Körper dieser psychologischen Veranlagung anzupassen und dazu bietet die jetzige medizinische Wissenschaft alle Voraussetzungen.

Obwohl das Phänomen in einer ersten Phase nur rein medizinisch situiert werden muß, konnten die Folgen im zivilrechtlichen Bereich nicht ausbleiben und dies vor allem im Rahmen der juristischen Werte die einer tatsächlichen Gegebenheit, in casu dem Geschlecht, zuerteilt wurden und werden, was sich in der Tatsache ausdrückt, daß das Geschlecht bei der Geburt in einer standesamtlichen Urkunde festgelegt wird. In seinem Streben nach vollständiger Integration und Anerkennung wird demzufolge der Transsexuelle die Gesellschaft bitten, seine Geburtsurkunde folgerichtig anzupassen.

In Anbetracht jedoch des neuen Charakters dieser Entwicklung, kann logischerweise beim Gesetzgeber von 1804 keine Lösung gefunden werden, der, obwohl sehr vertraut mit dem Zustand physischer Intersexualität, diese spezifische Problematik nicht in einer expliziten Regelung vorhersehen konnte. Folglich muß der belgische Richter, der heute noch immer mit dieser Lücke in der Gesetzgebung konfrontiert wird, diese Lücke im Licht der einschlägigen gesellschaftlichen Auffassungen ergänzen. Die bemerkenswerte Entwicklung in dieser Rechtsprechung, von anfänglicher Zurückhaltung über Zweifel zu völliger Akzeptanz, die sich in einer relativ kurzen Frist von 20 Jahren vollzogen hat, bildet das Thema dieser Studie.

Das Phänomen der Transsexualität bekam 1969 mit dem Fall Wijnen zum ersten Mal ein breiteres belgisches Interesse, breiter in dem Sinne, daß es den beschränkten

Kreis der medizinischen Wissenschaftler und Praktiker überschritten hatte. Über diesen aufsehenerregenden Prozeß, wo im Wesen über die strafrechtliche Immunität der Mediziner geurteilt wurde, wird durch die Besprechung des Selbstbestimmungsrechtes als Teilaspekt der gesamten Problematik hinsichtlich der Transsexualität zu der zivilrechtlichen Problematik die Verbindung gemacht.

Es hat jedoch bis zum September 1976 gedauert, ehe sich die belgische Rechtslehre und Rechtspflege über dieses Problem gründlich Rechenschaft gegeben haben und zwar durch das Auftreten von D. Van Oosterwijck, dessen Forderung zur Berichtigung der Geburtsurkunde vom Brüsseler Appellationsgericht abgelehnt wurde und der danach die Sache bei der Europäischen Kommission für die Menschenrechte anhängig machte. Die Kommission entschied einstimmig in ihrem Gutachten vom 1. März 1979, daß durch die Verweigerung einer Berichtigung den Art. 8 des Vertrags verletzt wurde. Obwohl das Europäische Gericht für die Menschenrechte selbst wegen mangelnder Erschöpfung der nationalen Rechtsmittel den Grund der Sache nicht zur Kenntnis genommen hat, ist der Einfluß des von der Kommission eingenommenen Standpunktes auf die belgische Rechtspflege dennoch sehr bedeutend gewesen.

Nach der Studie des rechtstheoretischen Rahmens worin sich die Problematik hinsichtlich der Berichtigung der Geburtsurkunde und des Personenstandes situiert, folgt die abwägende Besprechung der belgischen Rechtspflege. Um die Abwägung chronologisch übersichtlich behandeln zu können, wurde sie in fünf Phasen aufgeteilt, in denen jeweils die Rechtspflege in ihrem charakteristischen zeitgebundenen Rahmen besprochen wird und dies auch hinsichtlich der Einflüsse die die unterschiedlichen Übergänge typisieren.

Weil der jetzige Stand der Entwicklung der Rechtspflege ahnen läßt, daß die vollständige Integration des Transsexuellen eine Realität wird, werden weiter noch einige personen- und familienrechtlichen Folgen der Geschlechtsänderung betrachtet. Die Problematik hinsichtlich der Änderung der Vornamen und des Ehestandes vor und nach der Geschlechtsänderung wird besprochen im Rahmen des noch immer vorhandenen Streitpunktes hinsichtlich des Zeitpunktes der Inkrafttretung der getroffenen Entscheidung zur Berichtigung der Geburtsurkunde oder des Personenstandes, genauer gesagt hinsichtlich der Frage ob die Akzeptanz der Geschlechtsänderung eine Geburt oder eine Wiedergeburt betrifft.

Diese Studie beschließt mit der Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgebenden Zwischenkunft in dieser Sache, worauf, auch im Licht des jüngsten Arrestes Botella vom 25. März 1992 des Europäischen Gerichtes für die Menschenrechte — worin Frankreich wegen Schändung des Art. 8 des Vertrags verurteilt wird, weil das französische Kassationsgericht gegenüber der Klage zur Anerkennung eines neuen Geschlechtes und zur Berichtigung (ex tunc) der Geburtsurkunde eine negative Stellungnahme vertrat —, nur bejahend geantwortet werden kann.

SUMMARY

TRANSSEXUALITY UNDER BELGIAN LAW

Transsexuality is the situation in which a person finds him/herself where the latter is either a man or a woman by any biological standards, but has the psychological

state of mind and that he/she „essentially” belongs to the other sex. On the basis of this conviction, the transsexual will seek to adjust his/her body to this psychological state of mind, for which present-day medical science has the necessary means. Although in the first instance this phenomenon only needs to be placed in a medical context, there was no escaping the implications at civil law, and in particular as regards those legal principles which arose from a certain fact of life, i.e. in this case a person's sex. These principles find expression in the fact that at birth, a person's sex is recorded in the civil status register. In his/her desire to achieve complete integration and recognition of his situation, the transsexual person will consequently request that society enables him/her to adjust his/her birth certificate accordingly. However, in view of the relatively recent nature of these developments, no solution can be found which is based on legislation passed in 1804, whose authors, although no doubt acquainted with the phenomenon of biological transsexuality, failed to adopt the necessary legislation relating to this problem. As a result, the Belgian courts, who remain confronted with this gap in the legislation, supplement the latter in the light of social attitudes. It is the remarkable evolution of this case law, which has gone from reticence, passed through a stage of doubt, and has culminated in total acceptance over a relatively short period of 20 years, which forms the subject-matter of this study.

The phenomenon of transsexuality for the first time captured the attention in Belgium in the Wijnen case, to the extent that for the first time it exceeded the limited scope of medical scientists and practitioners. This controversial case, in which the immunity under the criminal law of medical doctors was being examined, established a link with the field of civil law by examining the right to self-determination as one of the problems associated with transsexuality.

However, it was not until September 1976 that the Belgian authors and courts became fully aware of the problem. The person who caused this awareness was D. Van Oosterwijck, whose action for amendment of his birth certificate was rejected by the Brussels Court of Appeal, whereupon he brought the case before the European Commission of Human Rights. In its report of 1/3/1979, the Commission unanimously decided that this refusal constituted an infringement of Article 8 of the Human Rights Convention. Although the Court of Human Rights did not itself hear the case, on the grounds that all the available remedies had not been exhausted, the viewpoint adopted by the Commission greatly influenced the Belgian courts.

A section in which the problems surrounding the amendment of birth certificates and changes in a person's civil status, are approached from the point of view of legal theory, is followed by an assessment of the relevant Belgian case law. In order to approach this assessment in a chronological way, the evolution in question has been divided into five stages, in which the case law is placed in its specifically time-related context, as is the influences which characterise the various transitions between these stages.

Since the current state of the case law prompts the suggestion that the total integration of transsexual persons into the legal system is becoming a reality, attention is also drawn to a number of implications for family law of sex changes. The problems surrounding the change in first names and the state of the marriage before and after the sex change are discussed in the light of the persisting controversy on the question of the moment at which the decision to amend the birth certificate or to change a person's civil status enters into effect, more particularly the question whether acceptance of a sex change constitutes a birth or a rebirth.

This study concludes with the question whether legislative intervention is at all necessary in this matter, which can only be answered in the affirmative because of, *inter alia*, a very recent decision by the European Court of Human Rights in the Botella case, which was awarded against France on grounds of having breached Article 8 of the Convention because of the negative attitude adopted by the French Cour de Cassation on an application for the recognition of a sex change and for the amendment of the relevant birth certificate.

RESUMEN

LA TRANSEXUALIDAD DE DERECHO BELGA

La transexualidad es el estado en cual se encuentra una persona, hombre o mujer, con arreglo a criterios físicos, pero que, en cuanto a predisposición psicológica y estructura mental, tiene la convicción incontestable ser „en el fondo” del otro sexo. A causa de esta convicción, el transexual intentará adaptar su cuerpo a esta actitud psicológica y para esto, la ciencia médica de hoy ofrece medios eficaces.

Aunque, en una primera fase, hay que situar el fenómeno únicamente en el ámbito meramente médico, las consecuencias de derecho civil eran inevitables, sobre todo en el marco de los valores jurídicos que se atribuían y se atribuyen a un hecho real, es decir al sexo, lo que se manifiesta en el hecho que, al nacer el niño, se deja constancia formal del sexo en un acta del registro civil. Por consiguiente, en su afán de integración y reconocimiento totales, el transexual pedirá a la comunidad que adapta su partida de nacimiento en consecuencia.

Sin embargo, dado el carácter bastante reciente de esta evolución, lógicamente, no se puede encontrar una solución en la legislación de 1804 que, aunque conocía seguramente el estado de intersexualidad física, no podía prever esta problemática específica en una regulación explícita. Consiguientemente, el juez belga, que hoy aún está confrontado con esta laguna legal, tiene que cubrir ésta a la luz de conceptos sociales. Es la evolución curiosa en esta jurisprudencia, inicialmente una posición reservada, pasando por la duda, hasta la aceptación total, sobre un período relativamente corto de veinte años, la que ha sido objeto de este estudio.

El fenómeno de la transexualidad alcanzó un interés mayor en Bélgica por primera vez en el año 1969 con el asunto Wijnen, puesto que el problema superó el círculo limitado de científicos y médicos. A través de este proceso, muy mediatizado, y en el que se juzgó esencialmente sobre la inmunidad penal de los médicos, se tiende el puente a la problemática del derecho civil puesto que se discute el derecho de libre determinación como un aspecto parcial de toda la problemática alrededor de la transexualidad.

Pero sólo fue en el mes de septiembre de 1976 cuando la doctrina y la jurisprudencia belgas se dieron realmente cuenta del problema, y esto por la intervención de D. Van Oosterwijck, cuya demanda de corrección de la partida de nacimiento fue rechazada por el Tribunal de Apelación de Bruselas y que sometió esto a la Comisión Europea de Derechos del Hombre. En su dictamen del 1 de marzo de 1979, la Comisión decidió unánimemente que, con la denegación de corrección, se había violentado el artículo 8 del Tratado. Aunque el Tribunal de Justicia europeo mismo no conoció del fondo de la causa por no haberse agotado los recursos nacionales,

la influencia de la posición tomada por la Comisión en la jurisprudencia belga fue sin embargo muy considerable.

Después del estudio del marco de la teoría jurídica en el cual se sitúa la problemática alrededor de la corrección de la partida de nacimiento y de la modificación de estado, sigue la discusión evaluativa de la jurisprudencia belga. A fin de enfocar la evaluación cronológicamente de una manera clara, se ha dividido la evolución en cinco fases, en las cuales siempre se discute la jurisprudencia dentro del marco propio de su tiempo y también en cuanto a los factores influyentes típicos en cada una de las diferentes transiciones.

Puesto que la actual situación de la evolución de la jurisprudencia hace suponer que la integración total del transexual se está haciendo una realidad, se fija también la atención en algunas consecuencias del cambio de sexo en el derecho de las personas y de familia. La problemática de la modificación de los nombres y del matrimonio antes y después del cambio de sexo se discute en el marco de la controversia que todavía existe alrededor del momento de entrada en vigor de la decisión tomada de corrección de la partida de nacimiento o de modificación de estado, más en particular alrededor de la cuestión si la aceptación del cambio de sexo concierne un nacimiento o un renacimiento.

Este estudio termina con la cuestión sobre la necesidad de una intervención legislativa en la materia, a la que sólo puede contestarse afirmativamente, entre otros a la luz de la sentencia Botella muy reciente del 25 de marzo de 1992 del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre — que condena a Francia con motivo de violación del artículo 8 del Tratado por la posición negativa tomada por el Tribunal Supremo francés respecto a la demanda de reconocimiento de un nuevo sexo y de modificación de la partida de nacimiento.