

N° 71467

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2017-2018

PROJET DE LOI**relative à la modification de la mention du sexe et du ou
des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Avis du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg	1
2) Avis du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch	
– Dépêche du Président du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch au Procureur Général d'Etat (2.10.2017)	3
3) Avis du Procureur d'Etat de Luxembourg (12.10.2017)	4
4) Avis du Parquet de Diekirch (15.10.2017)	9
5) Avis du Parquet Général (13.10.2017)	17

*

**AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT
DE LUXEMBOURG**

Le projet de loi sous avis a pour objet de permettre aux personnes transsexuelles ou intersexuelles d'obtenir un statut personnel conforme à leur ressenti sans que pour autant elles aient à supporter une procédure administrative lourde.

Ainsi, le projet de loi prévoit la possibilité de demander un changement de sexe et en conséquence de prénom sur base d'une simple demande motivée dont le sort ne peut, selon l'article 2 du projet, dépendre d'interventions médicales antérieures.

Eu égard à la détresse des personnes concernées et partant à la nécessité que tout soit mis en oeuvre pour qu'il y soit remédié, le tribunal approuve en son principe cette volonté de simplification.

Néanmoins, pour ce qui est des procédures prévues pour le changement de sexe d'un enfant mineur, procédures différenciées selon que l'enfant est âgé de moins de cinq ans, âgé de cinq ans au moins sans avoir atteint l'âge de douze ans ou âgé de plus de douze ans, le tribunal tient à faire part de certaines réserves par rapport aux procédures prévues.

Ainsi, le tribunal estime, eu égard au caractère éminemment personnel de la procédure, que l'accord de l'enfant doit être requis dès l'âge de discernement et non pas uniquement à partir de l'âge de 12 ans, tel que prévu au projet de loi.

Pour ce qui est des enfants de moins de cinq ans, l'article 4 du projet soumet la décision relative au changement de sexe de l'enfant au juge des tutelles, qui est appelé à statuer selon l'intérêt de l'enfant.

Comme, avant de trancher, le juge des tutelles peut avoir recours à l'ensemble des mesures d'instruction prévues par le code de procédure civile, il est ainsi garanti que les décisions relatives aux enfants très jeunes seront prises de manière éclairée et ce sur base du seul aspect de l'intérêt de l'enfant.

Cette procédure trouve, en son principe, l'approbation du tribunal pour être garante de l'intérêt de l'enfant.

Le tribunal tient néanmoins à relever que dans sa teneur actuelle, l'article 4 du projet ne permet pas la saisine du juge des tutelles par un seul des titulaires de l'autorité parentale.

Aussi, le projet de loi n'englobe pas les situations où les titulaires d'un enfant âgé de moins de 5 ans sont en désaccord sur l'opportunité d'un changement de sexe de leur enfant où même uniquement sur le nom à porter dorénavant par leur enfant.

Comme l'accès au droit à la modification du sexe ne devrait néanmoins pas être prohibé aux enfants de moins de cinq ans ont les titulaires de l'autorité parentale sont en désaccord, le tribunal estime qu'il convient de rajouter à l'article 4 après „les titulaires de l'autorité parentale“ les mots „ou l'un d'eux“.

Pour ce qui est des enfants âgés d'au moins cinq ans, le projet de loi donne compétence au ministre de la justice pour statuer sur les demandes, sous réserve de ce qu'en cas de désaccord des titulaires de l'autorité parentale, le juge des tutelles donne le cas échéant son accord supplétif.

En premier lieu, le tribunal tient à soulever la question de l'opportunité d'une décision ministérielle consécutive à une décision judiciaire adoptée sur base du résultat de mesures d'instructions et rendre attentif à la lourdeur injustifiée de ce double processus décisionnel.

Le tribunal tient, de plus, à relever que l'accord des titulaires de l'autorité parentale ne constitue pas, à lui seul, un garant du respect de l'intérêt du mineur.

En effet, il n'est pas exclu que des parents, poursuivant des intérêts propres, concourent pour demander un changement de sexe de leur enfant suite à une manipulation conséquente de leur enfant pour correspondre dans ses attitudes et dans ses choix, à l'enfant qu'ils espéraient mettre au monde.

Si la nécessité de l'accord de l'enfant, prévue à l'article 11 du projet, pallie à ce danger, le tribunal estime néanmoins, au vu des conséquences graves du changement de sexe pour le devenir identitaire de l'enfant et de l'influencabilité des enfants pré-adolescents, qu'il serait adapté de maintenir la procédure judiciaire, actuellement uniquement prévue pour les enfants de moins de cinq ans, pour les enfants âgés de moins de 14 ans et de ne prévoir la compétence ministérielle qu'à partir de l'âge de 14 ans accomplis.

Par ailleurs, en raison de l'évolution du processus identitaire d'un enfant et partant de la possibilité qu'une décision de changement de sexe, même la plus éclairée possible, ait été prise contrairement au ressenti de l'enfant devenu adulte, le tribunal estime qu'il y a lieu de préciser à l'article 15 du projet que la personne majeure qui a obtenu un changement de sexe du temps de sa minorité peut néanmoins avoir recours à la procédure administrative prévue par la présente loi au cas où les conditions d'application se trouvent établies.

Outre ces commentaires qui ont pour objet le projet de loi tel que déposé, le tribunal tient néanmoins également à rendre attentif sur l'implication d'un éventuel changement de sexe sur le droit de la filiation.

En effet, il est tout à fait concevable que postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur la modification du sexe une personne née avec des organes génitaux féminins, mais de sexe masculin suite à une modification ministérielle, conçoit par une procédure médicalement assistée un enfant et le mette au monde.

Cette situation peut entraîner des complications au niveau de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de la personne qui l'a mise au monde.

En effet, de par l'article 334 du code civil, l'indication de la qualité de „mère“ dans l'acte de naissance établit la filiation naturelle.

L'action ouverte à l'enfant, à défaut de filiation établie, est selon l'article 341 du code civil à diriger contre la „mère“ qui l'a mise au monde.

Cette dénomination de „mère“ est néanmoins difficilement conciliable avec le sexe masculin d'une personne et partant la pertinence de ces textes en cas de mise au monde d'un enfant par une personne de sexe masculin est du moins douteuse.

Aussi, le tribunal tient à soulever la question s'il ne convient pas d'étendre le projet de loi non à une refonte de la filiation, mais à une adaptation de la terminologie utilisée dans les articles y relatifs par l'utilisation des termes neutres de „parent“ et de „parentalité“, plutôt que des termes à connotation sexuelle „père“, „mère“, „paternité“ et „maternité“ actuellement utilisés.

Ce changement de terminologie aurait par ailleurs l'avantage d'homogénéiser la situation des enfants dont la filiation est établie à l'égard de parents de même sexe et celle des enfants à filiation hétérosexuelle.

Alexandra HUBERTY
*Vice-Président du Tribunal
 d'Arrondissement*

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH
DEPECHE DU PRESIDENT DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT
DE DIEKIRCH AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(2.10.2017)

Madame le Procureur Général d'Etat,

Je vous prie de trouver ci-après l'avis du Tribunal d'arrondissement de Diekirch quant au projet de loi sous rubrique et je vous prie de vouloir le continuer à Monsieur le Ministre de la Justice.

Le projet de loi en cause vise, selon l'exposé des motifs, à un renforcement spécifique des droits des personnes transgenres et intersexes par la création d'un cadre légal permettant la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms de la personne concernée à l'état civil, notamment par l'introduction dans le droit luxembourgeois d'une procédure administrative spécifique réglant ladite modification.

Conformément à la législation actuellement en vigueur une telle modification à l'état civil des mentions d'une personne est possible et se fait par voie judiciaire devant le tribunal d'arrondissement sur base des articles 99 al. 1 du code civil et 994 du Nouveau code de procédure civile. Alors qu'antérieurement il a été exigé pour faire droit à une telle demande, que la personne concernée avait subi une opération chirurgicale de réassignation sexuelle ou un traitement médical hormonal aux effets irréversibles, la jurisprudence actuelle, au vu de l'évolution internationale incitant les Etats à abolir la stérilisation et eu égard aux principes posés à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, considère que l'exigence d'une opération de réassignation sexuelle ou un traitement entraînant une stérilisation irréversible ne peut être maintenue. Seul un traitement hormonal transformant l'apparence de la personne sans effet stérilisant est admissible comme satisfaisant à la condition. L'unique condition requise pour justifier la modification de la mention du sexe dans l'acte de naissance est l'établissement par la personne concernée de la réalité du syndrome de transsexualité dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence, preuve qui est rapportée en pratique par des certificats médicaux, des photographies ou témoignages.

Le présent projet tend à une simplification de la procédure de modification en remplaçant la procédure judiciaire par une procédure administrative, rejoignant la législation des pays progressistes en cette matière; l'initiative est pleinement approuvée par le tribunal d'arrondissement de Diekirch tant en son principe qu'en ses modalités.

Il y aurait cependant lieu de préciser éventuellement si la notification de la décision ministérielle est faite soit à la requérante ou à l'officier de l'état civil compétent, soit à l'une et à l'autre. (article 10, (5) du projet de loi), notamment eu égard aux dispositions de l'article 20 du projet.

Quant à l'article 15 du projet de loi prévoyant pour les personnes qui se sont vues accorder la modification de la mention du sexe à l'état civil la possibilité d'introduire une nouvelle demande devant le tribunal d'arrondissement compétent dans les formes et conditions des articles 99 à 101 du code civil. Cette faculté de „revirement“, c'est-à-dire le droit de demander de revenir au sexe initialement inscrit sur l'acte de naissance, si elle est conforme au principe de l'autonomie de détermination de son sexe par la personne concernée peut cependant en cas d'introduction de demandes de modification successives une instabilité d'état et de sécurité juridique. Par ailleurs le texte ne précise pas avec précision ni la portée ni les critères d'appréciation du pouvoir du juge d'accorder ou de refuser une nouvelle modification des mentions d'état civil. Une telle demande de revirement ne se concevant qu'en principe pour des personnes „transgenre“ dont la définition, selon l'exposé des motifs du projet, englobe

les travestis et autres personnes „qui n’entrent pas strictement dans les catégories homme ou femme“, ainsi que des personnes intersexuées, une inscription comme tel dans l’acte de naissance pourrait permettre une stabilité du statut sexuel de la personne intéressée.

Je vous prie d’agréer, Madame le Procureur Général d’Etat, l’expression de ma haute considération,

*Pour le Tribunal d’arrondissement
de Diekirch,*
Jean-Claude KUREK
Président

*

AVIS DU PROCUREUR D’ETAT DE LUXEMBOURG

(12.10.2017)

La démedicalisation de la procédure de changement de sexe et du ou des prénoms en tant que corollaire de la demande en changement de sexe, ci-après „procédure de changement de sexe“, ou *sa dépathologisation* (expression employée par les rédacteurs du projet de loi), ou encore l’admission du **principe d’autodétermination** en cette matière, est un choix politique appuyé sur les recommandations du Conseil de l’Europe.

Cette approche vise à admettre à la procédure en changement de sexe non seulement les personnes qui souffrent de l’inadéquation entre les indications relatives au sexe dans leurs actes de l’état civil et le sexe auquel elles ont la conviction d’appartenir, mais également aux personnes qui, sans pour autant en souffrir, „peuvent ressentir le besoin de changer de sexe, si le sexe inscrit initialement dans l’acte de naissance n’est pas celui auquel elles aspirent“ (cf. Commentaire des articles, Article 1).

Elle présente de nombreux inconvénients sur le plan juridique.

1° En l’absence de l’exigence d’un suivi thérapeutique, par un membre du corps médical ou non, de la personne concernée qui aspire à un autre sexe que celui initialement (ou même ultérieurement) inscrit dans son acte de naissance, la loi permet à une personne, majeure ou mineure, de solliciter en sa faveur une modification des indications actuelles dans son acte de naissance relatives au sexe sans pour autant changer quoi que ce soit dans son apparence physique. Ce constat entraîne celui de l’effritement des contours de la notion de sexe en général, en tant qu’appartenance au sexe masculin ou féminin, dans la mesure où ni les caractéristiques physiques primaires de l’un ou l’autre sexe ne sont révélatrices de l’appartenance à ce sexe, (et ceci comme conséquence de l’abandon de l’exigence de réassignation sexuelle), ni même les caractéristiques sexuelles secondaires ne déterminent l’identité du genre. L’appartenance au genre repose exclusivement sur la perception du genre, consciente ou inconsciente, traduite par une déclaration attestant que l’intéressé a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l’acte de naissance. Une personne d’apparence masculine aura dès lors accès à la procédure par le simple dépôt d’une déclaration qu’elle a la conviction intime de ne pas être un homme, sans pour autant être tenu de justifier avoir changé son apparence physique. A défaut de signes extérieurs d’appartenance au sexe opposé à celui inscrit dans l’acte de naissance, la société n’aura pour s’orienter que des clichés obsolètes.

Il va sans dire que l’époque des stéréotypes est révolue, de sorte que la notion de sexe en général en tant qu’appartenance à l’un ou l’autre genre est vidée de son contenu.

Il paraît donc indispensable, dans une logique d’autodétermination, de prévoir la possibilité pour une personne qui ne se sent appartenir ni à l’un ni à l’autre sexe de faire disparaître les indications du sexe de ses actes de l’état civil et de ses documents administratifs ou même de faire inscrire un sexe neutre dans ces documents. Une discrimination entre les personnes présentant des aspirations de changement de sexe, et de celles souhaitant pouvoir se réclamer de sexe neutre ou sans sexe, ne se justifie pas.

La conséquence logique immédiate de l’autodétermination en matière d’identité de genre serait de tout simplement supprimer toute indication relative au sexe dans les actes.

2° En effet, l'indication du sexe dans l'acte de naissance et dans d'autres actes de l'état civil conserve son utilité dans un seul domaine: la filiation. Dans une ère où un enfant peut ne plus avoir qu'un père et une mère, il est très compliqué d'abandonner complètement la notion de „père“ et de „mère“ au profit du terme „parent“.

Ainsi, le Code Civil prévoit notamment qu'une reconnaissance paternelle ne sort ses effets que lorsqu'une précédente filiation paternelle éventuelle a été contestée avec succès devant le Tribunal Civil. Il paraît toutefois impossible, dans l'hypothèse d'une filiation asexuelle, de décréter qu'une reconnaissance parentale ne sera suivie d'effet que si aucune filiation parentale antérieure n'est établie ou si l'inexactitude de cette filiation parentale antérieure a été constatée par une décision judiciaire définitive. Ce serait priver l'enfant de son droit d'avoir un père ou une mère, respectivement d'avoir deux parents.

Inversement, on ne peut pas limiter le nombre de filiations parentales possibles au nombre de deux, sous peine de barrer la voie à la possibilité pourtant légalement prévue de l'adoption simple, qui laisse intacte les liens de filiations existants (la terminologie „filiation biologique“ ne rendant plus entièrement compte de la situation actuelle),

Le projet de loi relatif aux dispositions régissant la filiation des enfants n'abandonne par ailleurs nullement les termes de „père“ et „mère“, et pourtant, en rédigeant le présent projet de loi, ses rédacteurs auraient dû faire transparaître dans les discussions dans le cadre du projet de loi sur la filiation l'obligation de remplacer „père“ et „mère“ par „parent“ et l'obligation de réformer le droit de la filiation dans son ensemble. Il est vrai qu'un amendement dudit projet propose de fixer le nombre de filiations maximal à deux, ouvrant la voie à l'établissement de deux filiations parentales, indépendamment du sexe de ces parents, mais tant que perdurera la filiation légitime sous sa future dénomination „filiation dans le mariage“, aucune *asexualisation* des filiations ne sera possible.

Actuellement, seul le premier point de l'article 12 du texte projeté en matière de changement de sexe se penche sur le sort des filiations des descendants de la personne concernée.

„La modification de la mention du sexe et du ou des prénoms d'un parent ne modifie en rien le lien, de filiation avec ses enfants, ni les obligations qui en découlent.“

La jurisprudence élaborée à partir de l'article 99 du Code Civil attribuait au changement de sexe un effet qui n'agissait que pour l'avenir. Il n'était pas mentionné dans les actes de naissance des enfants de l'intéressé déjà nés au moment de la décision rectifiant les indications relatives au sexe. Les officiers de l'état civil hésitaient à tenir compte de la rectification intervenue lors de la rédaction d'actes de mariage, respectivement d'actes de décès intéressant les enfants de la personne dont les indications relatives au sexe et le ou les prénoms avaient été rectifiés.

Le projet de loi ne précise pas si la décision administrative autorisant la modification des indications relatives au sexe présente un caractère déclaratif ou constitutif.

Il est par ailleurs impossible de deviner si l'article 12 point 1 du projet de loi vise uniquement les liens de filiation des enfants déjà nés d'un auteur ayant fait procéder au changement des indications de son sexe, ou si elle concerne également les enfants à naître du chef de ce dernier.

Il est important de savoir que la loi luxembourgeoise prévoit qu'est mère d'un enfant la femme qui le met au monde, et que c'est sur avis de naissance émis par la maternité dans laquelle l'accouchement a eu lieu que sont dressés les actes de naissance. En l'absence d'une disposition claire en ce sens, le personnel médical assistant à l'accouchement sera probablement en peine d'émettre son avis de naissance suite à une délivrance par une personne ayant présenté une carte de sécurité sociale correspondant à un homme.

Lors de la déclaration de naissance devant l'officier de l'état civil, ce dernier devra introduire les données d'un homme ayant accouché de l'enfant dans la rubrique „parent“, ce qui n'est pas compliqué en soi, mais à supposer que ce parent soit marié à un homme, il sera autrement malaisé de déterminer si la présomption de paternité, toujours prévue en faveur du mari de la mère, trouvera à s'appliquer.

Par ailleurs, la personne ayant accouché de l'enfant étant un homme, il peut paraître illégal d'enregistrer le nom de cette dernière en tant que parent sur la simple présentation de l'avis de naissance, la filiation paternelle s'établissant par présomption de paternité, par reconnaissance ou par jugement.

Face à l'arsenal législatif actuel, l'officier de l'état civil ne pourra que mal faire, soit en refusant d'inscrire la filiation maternelle au motif que la personne qui a accouché de l'enfant n'est pas une femme, soit en refusant d'acter la filiation paternelle en constatant qu'aucune présomption de paternité

ne s'applique à l'homme qui a accouché de l'enfant, et qu'à défaut de reconnaissance paternelle et de jugement constatant une filiation paternelle, la filiation paternelle n'est pas établie. Il paraît tout aussi inique de faire signer à l'homme qui a accouché de l'enfant une reconnaissance paternelle.

Il est dès lors essentiel de légiférer sur le sort des filiations des enfants à naître des oeuvres de la personne concernée en même temps qu'on accorde à cette dernière un droit à l'autodétermination en matière de son identité de genre.

3° Tout comme la preuve d'une conviction intime et constante dans le chef d'un requérant est très difficile à rapporter, si ce n'est qu'en accordant crédit aux déclarations signées par le requérant respectivement par les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal du requérant. C'est la solution adoptée par le projet de loi, qui exige comme seule preuve de cette conviction une déclaration signée.

Dans ces circonstances, le Parquet de Luxembourg ne peut concevoir qu'il puisse y avoir un doute quant à la réalité de cette conviction, entraînant la mise en oeuvre de l'article 10 (3) du projet de loi, prévoyant l'obligation pour le Procureur Général d'Etat de fournir un avis.

Le contenu, la portée et l'incidence de cet avis ne sont par ailleurs pas expliqués. Il n'est pas non plus précisé si la décision administrative ultérieure sera obligatoirement conforme à cet avis. Dans la négative, une simple enquête administrative pourra être effectuée pour étoffer le dossier soumis à l'appréciation du Ministre.

4° L'autodétermination en matière d'identité de genre est juridiquement particulièrement délicate lorsqu'elle est conférée à un mineur en-dessous de 16 ans. Le législateur fixe actuellement l'âge de la majorité sexuelle à l'âge de seize ans accomplis.

L'âge de discernement est fixé à des moments différents selon la nature des décisions à prendre; ainsi, l'adopté de plus de quinze ans accomplis doit consentir à son adoption et un enfant de plus de treize ans à son éventuel changement de nom dans le cadre d'une procédure d'adoption. L'article 51 de la loi du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise ne prévoit aucun consentement de l'enfant de moins de dix-huit ans dont le nom sera changé suite à une éventuelle transposition de nom de son auteur. Le juge des tutelles entend l'enfant selon son degré de maturité.

Dans tous les cas, il n'existe actuellement aucune procédure impliquant des mineurs qui fixerait l'âge de discernement à cinq ans accomplis.

Mais le projet de loi ne s'arrête pas à cette limite d'âge; il prévoit la possibilité de l'autodétermination pour le nourrisson, même en dessous de trois mois.

Il paraît évident que ces dispositions visent uniquement les enfants pour lesquels les pédiatres ou autres professionnels de la santé ne sont pas en mesure de déterminer avec certitude l'existence de caractéristiques sexuelles primaires de l'un ou de l'autre sexe. Or, la formulation du texte est à ce point général que rien n'exclut l'accès à la procédure d'un nourrisson issu d'une famille qui aurait souhaité enrichir la fratrie d'une petite soeur au lieu d'un petit frère.

Il est très probable que le juge des tutelles prendra la décision qui s'imposera, mais ce genre de saisine pourrait être évité si la loi distinguait clairement entre les différentes situations, prévoyant éventuellement la procédure de rectification judiciaire même simplifiée dans le contexte d'un bébé né sans que son appartenance à l'un ou l'autre sexe puisse être déterminée avec certitude dès ses premiers jours.

Le projet de loi d'ailleurs semble faire la distinction entre l'âge de discernement, qu'il fixe à l'âge de douze ans, et l'âge auquel l'enfant forme une conviction intime et constante, pour laquelle il n'y a pas de limite vers le bas.

Cette distinction paraît artificielle, dans la mesure où il est difficilement concevable qu'un enfant puisse avoir une conviction intime et constante d'appartenir à l'autre sexe que celui qui a été acté dans son acte de naissance, et éprouver le besoin de faire changer cette indication, sans pour autant faire preuve de discernement. Dans ces circonstances, il y a lieu de déduire que l'intime conviction est recherchée chez l'enfant, et que le besoin de faire changer les indications gênantes dans l'acte de naissance existe dans le chef des parents de l'enfant.

Entendu de cette façon, le principe d'autodétermination commanderait en effet que lors de la déclaration de leur enfant, les parents seraient libres de déclarer, en même temps qu'ils choisissent un nom, et, pourquoi pas, sur un même formulaire, le sexe qu'ils souhaitent attribuer à leur enfant, rendant ainsi

superflue la rubrique „de sexe ...“ actuellement portée sur l’avis de naissance rempli par les soins de la sage-femme ayant assisté à l’accouchement.

Toujours dans cette optique, il y a lieu de s’interroger sur le droit des enfants, surtout adolescents, qui ont la conviction intime et constante d’appartenir à l’autre sexe, mais pour lesquels les titulaires de l’autorité parentale ou le représentant légal ne reconnaissent pas le besoin de faire modifier l’identité sexuelle sur les actes de l’état civil et qui refusent d’introduire une demande au nom de l’enfant. Pour garantir l’égalité de tous les enfants devant la loi, il y aurait lieu de prévoir une procédure de nomination par le juge des tutelles des mineurs d’un administrateur *ad hoc* susceptible d’introduire la demande au nom et pour compte de ce mineur.

Le chapitre I^{er} du projet de loi désigne les **personnes** qui peuvent aspirer à une modification des indications relatives au sexe.

Ont été oubliés les étrangers en-dessous de 5 ans accomplis.

Contrairement aux indications au commentaire de l’article 1^{er}, une personne qui est soumise au régime d’une sauvegarde de justice est capable.

Les étrangers bénéficiant d’une protection internationale, d’une protection subsidiaire ou du statut d’apatride sont étrangers tout court et il n’est pas indispensable, à ce titre, qu’un article spécifique leur soit consacré, et ce d’autant moins que les conditions de résidence des étrangers qui ne sont pas bénéficiaires d’une telle protection sont expliquées en fin de chapitre tout comme celles des apatrides, des réfugiés et des bénéficiaires d’une protection subsidiaire.

Aussi louable qu’il soit, l’effort d’inclure les étrangers efficacement dans le processus d’autodétermination s’avérera inefficace lorsque les autorités de l’Etat d’origine de l’intéressé soit ne connaissent pas une procédure similaire, soit ne reconnaissent pas du tout la décision administrative luxembourgeoise.

Un ressortissant extra-communautaire, par exemple, aura besoin, pour se déplacer en dehors des limites territoriales de l’Espace Schengen, de son passeport émis par ses autorités nationales, et d’une carte de séjour émise par l’Etat de l’Espace Schengen dans lequel il réside. Lorsque les informations inscrites sur ces deux documents ne coïncident pas entre elles, il pourra certes quitter l’Espace Schengen, mais aura de grandes difficultés à franchir les frontières extérieures lors de son retour, à moins de prévoir la possibilité pour le Grand-Duché d’émettre une autorisation de séjour avec la nouvelle identité, mieux adaptée à sa conviction intime et constante, et une carte de séjour, pour les besoins du voyage, renseignant son identité telle qu’elle figure sur son passeport.

Le chapitre II, censé énumérer **les autorités compétentes**, ne règle que la procédure et les recours devant le ministre de la justice, à l’exclusion de celle devant le juge des tutelles mineurs et le juge des tutelles majeurs, qui n’apparaît que lors du chapitre V relatif aux dispositions modificatives.

La compétence du juge des tutelles des mineurs en cas de désaccord entre les titulaires de l’autorité parentale d’un mineur de plus de cinq ans, telle qu’inscrite à l’article 3 (2) du projet, n’est pas claire. Il ne résulte pas de la rédaction du texte si ce magistrat toise uniquement le désaccord entre parents dans l’intérêt de l’enfant, en autorisant ou en n’autorisant pas le parent désireux d’introduire une procédure devant le ministre de la justice à ce faire, ou, si au contraire, il est appelé à statuer immédiatement sur la demande en modification des indications relatives au sexe et au prénom.

Il est vrai que le Tribunal Civil est cité dans le cadre d’une nouvelle demande en modification de l’indication du sexe, après une première décision ministérielle favorable.

L’exigence de l’article 11, (2), second alinéa, (le consentement du mineur de plus de douze ans) aurait sa place plutôt au chapitre 3 relatif aux formalités à accomplir.

Il est clair à la lecture de ces deux premiers chapitres que dès que la production d’un certificat médical paraît indispensable, la procédure est aiguillée vers les autorités judiciaires. Effectivement, le juge des tutelles des mineurs a la possibilité de vérifier, outre la conviction intime et constante de l’enfant d’appartenir à l’autre sexe que celui inscrit sur son acte de naissance, son intérêt supérieur.

En cas de doute sur la conviction d’un majeur pourtant clairement exprimée par écrit, le Procureur Général d’Etat sera prié de rédiger un avis, et cet avis devra obligatoirement se baser sur d’autres pièces que celles d’ores et déjà contenues dans le dossier administratif et ne pourra se contenter de paraphraser le formulaire de déclaration produit par le requérant. Une enquête sera dès lors diligentée et il sera nécessaire de compléter le dossier par un certificat qui aura probablement des caractéristiques proches d’un certificat médical.

Le projet de loi consacre dès lors en apparence le principe d'autodétermination en matière d'identité sexuelle, mais n'a pas le courage d'aller jusqu'au bout et laisse le soin aux autorités judiciaires de recalculer les demandes manifestement abusives.

Il s'en suit une multitude d'autorités compétentes dans un domaine qui, en tant qu'élément de l'état civil, relevait jusqu'ici tout naturellement de la compétence du juge civil.

Il n'y a pas de véritable raison de mettre fin à cette compétence traditionnelle, et ceci d'autant moins que le recours à la justice n'est pas obligatoirement fastidieux. Une saisine par simple requête d'un particulier pourra notamment être prévue.

Le chapitre IV relatif aux **mentions à l'état civil** n'appelle pas d'autre commentaire que des précisions de terminologie.

Les mentions effectuées sur les actes de l'état civil suite à une décision, qu'elle soit judiciaire ou administrative, intéressant l'état civil, sont traditionnellement appelées „mentions en marge“, ou „mentions marginales“ ou „mentions ultérieures“ sur les actes de l'état civil. En l'occurrence, sont visées les mentions ultérieures sur les actes de naissance, la modification du sexe n'étant renseignée sur aucun autre acte de l'état civil impliquant le requérant qui a prospéré dans sa demande.

C'est pour cette raison qu'il paraît prudent de désigner les modifications du sexe et du et des prénoms comme une modification des *indications* relatives au sexe et au(x) prénoms sur l'acte de naissance, pour éviter une confusion avec les mentions ultérieures, qui sont souvent appelées „mentions“ tout court dans la pratique quotidienne de l'officier de l'état civil.

L'article 20 semble permettre la mention sur les actes de naissance des Luxembourgeois même résidents étrangers.

L'article 21 vise probablement les actes des Luxembourgeois dressés ou transcrits au Grand-Duché.

Le chapitre V permettrait de supprimer une fois pour toutes la **distinction entre actes de naissances d'enfants légitimes et d'actes de naissance d'enfants naturels et adoptifs**. Aucun intérêt particulier ne commande le libre accès aux actes de naissances des enfants légitimes, de sorte que la première phrase du 3^e alinéa de l'article 45 du Code Civil pourrait se lire comme suit: „*A l'exception des autorités publiques, de la personne que l'acte concerne, de son conjoint ou de son conjoint survivant, nul ne peut obtenir une copie conforme d'un acte de l'état civil datant de moins de cent ans, s'il ne justifie pas d'un intérêt familial, scientifique ou de tout autre intérêt légitime.*“

Les points 2. et 3. de l'article 22 du projet prévoient la compétence du juge des tutelles des majeurs, sans pour autant préciser le mode de la saisine, ni le titulaire du droit de demander le changement des mentions relatives au sexe et au(x) prénom(s) des majeurs sous tutelle ou sous curatelle, aucun accès à la procédure en modification des indications relatives au sexe et au(x) prénom(s) n'étant prévu pour les majeurs incapables par le chapitre I^{er}, „Des personnes concernées“.

*p. le Procureur d'Etat,
Dominique PETERS
substitut principal*

AVIS DU PARQUET DE DIEKIRCH

(15.10.2017)

Le projet de loi relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil entend régler législativement les demandes des personnes transgenres et intersexuées qui désirent modifier la mention de leur sexe inscrite dans les registres de l'état civil, et plus spécialement dans leur acte de naissance, et changer de prénom suite à la modification de cette mention, afin de pouvoir répercuter ces modifications sur tous les documents officiels les concernant, tels que papiers d'identité, carte de sécurité sociale, diplômes etc.

Le droit luxembourgeois ne connaît en effet à l'heure actuelle aucune disposition législative ou réglementaire qui préciserait les conditions d'une telle modification, l'article 99 du Code civil se bornant à énoncer que „Lorsque la rectification de l'acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf l'appel, par le tribunal compétent, et sur les conclusions du procureur d'Etat. Les parties intéressées sont appelées, s'il y a lieu.“.

Le procureur d'Etat est d'ailleurs tenu, en application des dispositions de l'article 53 du Code civil, de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en est fait au greffe, partant d'effectuer un contrôle ex post des mentions y inscrites par les officiers de l'état civil.

Le procureur d'Etat vérifie ainsi si les actes de naissance sont dressés en conformité des prescriptions des articles 55 et 57 du Code civil qui disposent que „les déclarations de naissance sont faites dans les cinq jours de l'accouchement“ et que „l'acte de naissance énonce le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant, le nom et les prénoms qui lui sont donnés ...“.

Il convient de constater que le projet de loi n'entend pas modifier les dispositions précitées qui ont pour conséquence qu'un sexe, masculin ou féminin, doit être assigné à chaque enfant endéans les cinq jours de sa naissance.

Le projet de loi ne règle dès lors pas les problèmes des parents d'enfants qui naissent avec une ambiguïté sexuelle, c'est-à-dire qui, à la naissance, ont des caractéristiques génétiques, hormonales et physiques à la fois des deux sexes et qui ne sont ainsi ni exclusivement mâle, ni exclusivement femelle.

L'obligation des parents de ces enfants de déclarer endéans un délai de 5 jours le sexe de l'enfant à l'officier de l'état civil, et leur dilemme face à cette obligation légale, fera que, pour certains enfants, des traitements médicaux, hormonaux, voire des opérations chirurgicales continueront à être pratiquées dans le seul but de faire correspondre, dès leur naissance, les organes génitaux et l'apparence physique de ces enfants au sexe indiqué dans leur acte de naissance.

Comme le législateur n'envisage pas, dans le cadre du présent projet de loi, de modifier les prescriptions prévues aux articles 55 et 57 du Code civil, les parents des enfants naissant avec une ambiguïté sexuelle, doivent continuer à faire le choix de faire figurer leur enfant dans les actes de l'état civil, soit comme étant de sexe masculin, soit comme étant de sexe féminin et il ne leur est dès lors toujours pas permis de répercuter l'identité de genre de ces enfants sur les actes de l'état civil, ni sur les autres documents officiels à émettre ultérieurement, tels que leur carte d'identité ou leur passeport.

Le Parquet de Diekirch vient d'aviser le projet de loi portant approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011 et modifiant 1) le Code pénal, 2) le Code de procédure pénale, 3) la loi modifiée du 8 septembre 2003 sur la violence domestique et 4) la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. Il y est prévu de compléter l'article 454 pour faire figurer la notion d'identité de genre parmi les motifs de discrimination illicites énumérés audit article et pénalement répréhensibles. Il convient de poser la question si le fait d'obliger une personne qui n'est ni exclusivement mâle, ni exclusivement femelle, de devoir figurer comme étant de sexe masculin ou de sexe féminin dans les actes de l'état civil ne constitue pas une telle discrimination à laquelle il faudrait mettre fin?

En tout cas, la possibilité pour ces personnes de changer plus facilement la mention du sexe dans les actes de l'état civil n'est pas de nature à solutionner le problème qui les occupe, à savoir de pouvoir évoluer en harmonie avec les spécificités de leur corps sans devoir le faire correspondre à un des sexes masculin ou féminin.

L'article 99 du Code civil n'ayant pas fixé les conditions d'une rectification des données inscrites dans les registres de l'état civil, le système actuel pour changer la mention du sexe inscrite dans ces registres repose sur une construction jurisprudentielle, ce qui a pendant de longues années rendu la situation des personnes transidentitaires souhaitant obtenir une modification de leur état civil particulièrement précaire et difficile.

Les juridictions ont retenu comme principe que: „le transsexualisme se caractérise par la conviction profonde d'une personne de sexe physiquement bien déterminé d'appartenir au sexe opposé, le composant psychologique étant en totale contradiction avec les autres composants d'ordre physique ayant permis de désigner le sexe à la naissance. Pour que ce transsexualisme puisse être considéré comme véritable, il faut entre autres que la mutation révélée chez l'individu résulte d'un déterminisme échappant à sa libre volonté, si bien que ce dernier ne peut plus, personnellement et socialement, assumer son sexe physiologique. La demande du transsexuel vrai a pour objet la constatation de cette discordance et sa prise en considération sur le plan juridique.“

Pour constater cette discordance, les juridictions ont exigé d'une personne qui voulait faire modifier la mention du sexe dans les actes de l'état civil, de procéder préalablement à des interventions médicales et chirurgicales pour faire correspondre irréversiblement son physique au sexe inscrit à l'état civil.

Ainsi, aux termes d'un jugement prononcé en date du 24 février 2016, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a encore décidé que: „Même si la France, l'Allemagne et l'Autriche ne semblent plus exiger l'ablation des organes génitaux pour constater le caractère irréversible du changement de sexe, il n'en reste pas moins que les hommes n'ayant pas subi de vasectomie sont encore physiquement et médicalement capables de procréer et ce quel que soit leur âge.

Ainsi, un transsexuel ayant pu faire rectifier son état civil sans avoir subi de vasectomie peut décider d'interrompre son traitement hormonal et avoir des enfants.

Une telle situation ne serait pas sans poser des problèmes au niveau de la mention du père dans l'acte de naissance de l'enfant ou au niveau juridique étant donné que le Luxembourg ne s'est pas encore doté de législation pouvant régler une telle situation.“

La jurisprudence a entre-temps évolué.

La Cour de Cassation française avait déjà posé dans quatre arrêts, deux rendus le 7 mars 2012 et deux autres le 13 février 2013 le principe que „pour justifier, une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de l'apparence physique“, n'exigeant ainsi plus une transformation effective des organes génitaux, mais une transformation irréversible de l'apparence.

Dans un arrêt rendu en date du 10 mars 2015 c/ la Turquie, la Cour européenne des Droits de l'Homme a fait un relevé complet des législations en vigueur en Europe et a constaté que certains Etats membres du Conseil de l'Europe ont récemment modifié leurs législations ou leurs pratiques en matière de traitements de conversion sexuelle et de reconnaissance légale de celle-ci en abolissant l'exigence d'infertilité/stérilité.

La Cour a alors décidé que la mention dans la loi turque de l'incapacité définitive de procréer comme exigence préalable à une autorisation de changement de sexe dans les registres constitue une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée et ne saurait donc pas être considérée comme nécessaire dans une société démocratique.

Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a également procédé à un revirement de sa jurisprudence et a retenu dans un jugement du 1^{er} juin 2016, après un exposé circonstancié du droit interne et des textes européens et internationaux, que

„eu égard à l'évolution internationale incitant les Etats à abolir la stérilisation et aux principes posés à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le tribunal estime que le principe de l'irréversibilité de la transformation du changement de sexe par une opération de réassignation sexuelle entraînant la stérilisation ne peut être maintenu.

L'irréversibilité doit dès lors uniquement porter sur la transformation de l'apparence de la personne tout en précisant que l'apparence renvoie à „ce qui se présente immédiatement à la vue, à la pensée. (...)

Le traitement hormonal qui transforme l'apparence et n'est pas stérilisant satisfait donc à la condition.

Dès lors, pour justifier la rectification de la mention du sexe dans l'acte de naissance, la personne doit établir la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence“.

Cette motivation a été suivie par le Tribunal d'arrondissement de Diekirch aux termes de deux jugements prononcés en date des 13 décembre 2016 et 21 février 2017.

*

Le projet de loi entend déjudiciariser, du moins dans une première phase, la procédure de modification de la mention du sexe et du ou des prénoms dans les registres de l'état civil et faciliter ainsi les démarches des personnes concernées.

Dans la mesure où cette modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil ne sera plus basée que sur la seule autodétermination de la personne concernée, l'intervention d'un tribunal ne s'impose plus puisqu'il n'existe aucun contentieux à trancher.

Les dispositions proprement dites du projet de loi appellent les observations suivantes:

L'article 1 dispose que toute personne de nationalité luxembourgeoise qui est majeure capable et qui a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l'acte de naissance peut demander à modifier la mention du sexe et d'un ou de plusieurs prénoms, en adressant une demande motivée au ministre de la justice.

La loi exige comme seule condition d'une telle demande la conviction intime et constante du requérant de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l'acte de naissance. Il est toutefois exigé aux termes de l'article 1 que le requérant doit motiver sa demande.

Or, quel autre motif pourrait-il invoquer pour changer la mention du sexe inscrite dans son acte de naissance que sa conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans cet acte?

L'exigence d'une motivation spéciale de la requête semble dès lors superflue puisque le requérant est tenu de joindre à sa demande une déclaration attestant qu'il a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans son acte de naissance. Cette déclaration devrait être suffisante.

Comme il s'agit en quelque sorte d'une procédure déclarative, il est proposé de faire abstraction du terme „motivée“.

L'article 2 tel qu'il figure dans le projet de loi, fait interdiction au ministre de la justice de motiver un éventuel refus de faire droit à la demande par le fait que le requérant n'a subi ni de traitements médicaux, ni d'opération chirurgicale, ni de stérilisation.

Cette interdiction n'est pas reprise à l'article 15 qui prévoit qu'une personne majeure qui a déjà obtenu une modification de la mention du sexe lui accordée par le ministre de la justice, peut introduire une nouvelle demande de modification de la mention du sexe au tribunal d'arrondissement compétent dans les formes et conditions prévues aux articles 99 à 101 du Code civil.

Comme la Cour européenne des Droits de l'Homme a décidé dans son arrêt précité du 10 mars 2015 c/ la Turquie que l'exigence d'une incapacité définitive de procréer comme préalable à une autorisation de changement de sexe dans les registres constitue une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, l'article 2 devrait être reformulé dans le sens qu'aucune demande en modification de la mention du sexe, qu'elle soit administrative ou judiciaire, ne pourra être refusée au motif que le requérant n'a pas subi de traitements médicaux, d'opération chirurgicale, voire de stérilisation.

Les articles 3 et 4 règlent les demandes tendant à une modification de la mention du sexe des enfants mineurs et il y est fait une différence entre les mineurs de moins de 5 ans et ceux qui sont plus âgés.

Les raisons pour introduire cette différenciation de régime ne sont pas précisées.

Il n'est pas non plus indiqué pourquoi la limite d'âge prévue pour faire traiter la demande par le ministre, à savoir selon une procédure administrative, ou par un magistrat, à savoir selon une procédure judiciaire, est fixée à 5 ans accomplis.

Dans les deux cas, le projet de loi prévoit que la demande est à introduire par les titulaires de l'autorité parentale ou par le représentant légal de l'enfant. Dans les deux cas, il est statué dans l'intérêt de

l'enfant, ce qui est chose évidente. Mais pour les enfants de 5 ans accomplis, il appartient au ministre de la justice de décider, alors que pour les mineurs qui ont moins de 5 ans accomplis, cette décision appartient au juge des tutelles, et après la mise en vigueur de la loi instituant un juge aux affaires familiales, à ce juge.

Le Parquet de Diekirch approuve la démarche gouvernementale qui est motivée par le souci de ne pas faire attendre les mineurs transgenres jusqu'à leur majorité pour permettre un changement de la mention de leur sexe et de leur(s) prénom(s) dans leur acte de naissance, et de ce fait sur bon nombre d'autres documents tels que carte d'identité, bulletins de classe, certificats scolaires, licences sportives etc.

Il estime toutefois que ce changement de la mention du sexe, lourd de conséquences et toujours délicat, devrait en toutes circonstances être décidé par un juge qui pourra apprécier, selon discernement du mineur, s'il y a lieu d'entendre celui-ci en personne, en présence ou sans la présence de son représentant légal ou des titulaires de l'autorité parentale, s'il y a lieu de se faire éclairer par un expert, voire même entendre cet expert en présence des parties avant de statuer.

Toute requête concernant un mineur, quel que soit son âge, devrait en effet être traitée de la même façon et les conditions et garanties pour aboutir à une décision qui ne peut avoir pour objectif que le plus grand bien de l'enfant, devraient être identiques.

Il est par ailleurs difficilement compréhensible pourquoi les titulaires de l'autorité parentale devraient agir conjointement en cas d'un enfant âgé de moins de 5 ans accomplis, alors que l'un d'entre eux aurait la possibilité de porter seul la demande devant le ministre au cas où l'enfant aurait l'âge de 5 ans accomplis, puisqu'en toute hypothèse, la décision à prendre devait considérer le seul intérêt de l'enfant, à l'exclusion de celui d'un de ses parents.

Enfin, pourquoi un enfant capable de discernement, ne serait-il pas recevable à agir lui-même, après s'être fait nommer un avocat et s'être fait conseiller par celui-ci, et après avoir notifié sa demande à son représentant légal ou aux titulaires de l'autorité parentale?

L'enfant capable de discernement devrait en effet avoir droit à l'autodétermination de son sexe et son action ne devrait pas être subordonnée au consentement de son représentant légal ou des titulaires de l'autorité parentale puisque l'enjeu n'est pas l'intérêt du ou des parents, mais l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est dès lors proposé de prévoir expressément la possibilité d'un mineur capable de discernement d'introduire une demande judiciaire en modification de la mention du sexe après en avoir informé son représentant légal ou les titulaires de l'autorité parentale.

Les articles 5 et 6 prévoient que le ministre de la justice luxembourgeois peut autoriser une modification de la mention du sexe et des prénoms d'une personne majeure ou mineure étrangère, à l'instar de ce qui lui est permis pour les personnes de nationalité luxembourgeoise, à condition que la personne de nationalité étrangère ait eu une résidence habituelle et un séjour régulier au Grand-Duché de Luxembourg pendant au moins douze mois consécutifs et précédant immédiatement la demande.

Il n'est dès lors pas prescrit pour l'accueil d'une telle demande que les changements autorisés par le ministre de la justice luxembourgeois puissent être répercutés sur les registres de l'état civil du pays d'origine du requérant.

Un changement de la mention du sexe et du ou des prénoms autorisé au Luxembourg peut dès lors avoir pour conséquence, du moment que ces changements seraient contraires aux dispositions de la loi nationale de la personne concernée, que les changements décidés au Luxembourg ne pourraient pas être transcrits sur les registres de l'état civil de l'Etat dont la personne concernée a la nationalité.

Ce changement effectué au Luxembourg fera dès lors que la personne concernée a des sexes et prénoms différents sur ses papiers d'identité établis par l'Etat dont il a la nationalité d'une part, et sur les documents le concernant établis au Luxembourg, d'autre part.

Cette solution a certes l'avantage d'améliorer psychologiquement, dans son pays de résidence, la situation d'une personne qui a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l'acte de naissance établi dans son pays d'origine.

Mais, il faut également souligner que du moment où le changement de sexe et de prénom n'est pas répercuté sur les papiers d'identité de la personne concernée qui ne peuvent être établis que par l'Etat dont elle a la nationalité, une même personne aura des sexes et des prénoms différents dans des docu-

ments officiels de deux Etats différents, ce qui n'est pas sans créer d'innombrables difficultés du moment que cette personne quitte le Luxembourg, traverse les frontières et va se déplacer, voire contracter et conférer des droits et des biens à d'autres personnes à l'étranger.

Les difficultés résultant nécessairement de cette dualité de documents établis au Luxembourg et par l'Etat dont la personne à la nationalité, pourront devenir inextricables.

Il convient encore de relever que le Luxembourg a ratifié la Convention n° 4 de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), signée à Istanbul le 4 septembre 1958, aux termes de laquelle il s'est engagé à ne pas accorder de changements de noms ou de prénoms aux ressortissants d'un autre Etat contractant, sauf s'ils sont également ses propres ressortissants.

Les articles 5 et 6 semblent contraires à cet engagement international.

En tout cas, dans l'hypothèse où les dispositions de l'article 6 seraient maintenues, il conviendrait de prévoir une notification obligatoire de la décision luxembourgeoise aux autorités de l'Etat dont la personne qui est autorisée à changer ses prénoms ainsi que la mention de son sexe, à la nationalité.

Les difficultés dont question ci-dessus seront moindres pour les personnes bénéficiant du statut de réfugié ou d'un statut protection, dont les demandes sont traitées aux *articles 7, 8 et 9*, étant donné que ces personnes ont le plus souvent rompu tous leurs contacts avec leur pays d'origine et ne sont plus en mesure, sinon s'abstiendront de faire valoir ou de se référer aux actes de l'état civil qui les concernent dans cet Etat.

Les dispositions concernant les personnes apatrides ne comportent pas d'observations particulières.

Les articles 10 à 15 établissent la procédure à suivre pour être autorisé à modifier la mention du sexe et d'un ou de plusieurs prénoms ainsi que les effets des changements autorisés.

La demande est présentée au ministre de la justice qui statue par arrêté ministériel.

Conformément au *paragraphe (3) de l'article 10*, le ministre informe le procureur général d'Etat s'il a un doute quant „à la réalité des conditions prévues à l'article 1^{er}“ afin que celui-ci lui fournisse un avis.

Or, la seule condition prévue à l'article 1^{er} consiste en la déclaration de la personne majeure qu'elle a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l'acte de naissance.

La déclaration d'un requérant qu'il a cette conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l'acte de naissance, ne devrait-elle pas suffire à elle seule pour qu'il puisse être fait droit à la demande, du moment que le législateur a retenu qu'il est interdit d'exiger de la part du demandeur de se soumettre à un traitement médical, voire à une opération chirurgicale et qu'il n'est pas non plus exigé, comme à l'heure actuelle par les jurisprudences française et luxembourgeoise, que la personne intéressée a irréversiblement transformé son apparence physique pour l'aligner au sexe choisi?

A part la non-production des documents énumérés à l'article 16, il est difficile de voir pour quel motif le ministre pourrait refuser la demande d'une personne qui a rédigé une déclaration en bonne et due forme qu'elle a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l'acte de naissance.

Ou est-ce que le législateur estime que lors de la comparution de la personne intéressée devant le ministre, celui-ci aura l'obligation de scruter, interroger, puis apprécier la conviction intime de cette personne d'appartenir au sexe opposé?

Si le procureur général d'Etat est sollicité pour donner un avis, est-ce qu'il est entendu que celui-ci devrait ordonner des investigations pour faire contrôler l'intime conviction du demandeur et qui serait la personne appropriée pour fournir ces éléments au procureur général d'Etat? Est-ce qu'il est envisagé que le procureur général d'Etat devrait faire procéder à une enquête sociale ou à une enquête policière en vue de faire interroger des témoins ou des proches du requérant, voire solliciter l'avis d'un expert-médecin?

Si tel devait être le vœu du législateur, il conviendrait de le préciser dans le texte de loi.

Il devrait d'ailleurs être permis de poser la question s'il ne serait pas plus opportun, dans un but de faciliter encore davantage et de façon effective la démarche de la personne transgenre, d'introduire une

procédure déclarative devant l'Officier de l'état civil compétent qui inscrira, du moment que toutes les formalités légales s'avèrent remplies, le changement de la mention du sexe dans les actes de l'état civil?

L'article 11 règle tout d'abord la comparution du demandeur majeur devant le ministre de la justice.

Il est prévu que chaque personne est convoquée devant le ministre pour vérification de son identité et qu'elle devra alors être munie de sa carte d'identité ou de son passeport.

L'article 11 ne précise toutefois pas si lors de cette vérification d'identité, le ministre de la justice va également auditionner le demandeur sur le fond de sa demande, c'est-à-dire sur sa conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans son acte de naissance.

Si tel devait être le cas, il conviendrait de le mentionner dans le texte de loi et d'y préciser que la personne majeure pourra s'y faire assister par un avocat.

Si au contraire, la comparution devant le ministre ne devait servir qu'à une vérification d'identité, il faudra se poser la question de l'utilité et de la nécessité de cette démarche, étant donné que les documents qui doivent accompagner la demande, à savoir une copie intégrale de l'acte de naissance, une copie du passeport ou de la carte d'identité et un extrait du casier judiciaire ne peuvent être rassemblés que par la personne qui introduit la demande et devraient partant suffire à prouver l'identité du demandeur.

L'article 11 règle également la comparution du demandeur mineur devant le ministre de la justice. Conformément aux dispositions de l'article 3, ci-dessus critiqué en son principe, cette comparution ne concerne que le mineur âgé de 5 ans accomplis.

Il y est prévu que le mineur âgé de douze ans accomplis doit marquer son accord pour la modification de la mention de son sexe et de ses prénoms.

L'article 11 ne prévoit toutefois pas comment le mineur est entendu. A côté de la vérification de son identité, si tel devait être nécessaire au vu des pièces jointes à la demande, il faut en effet donner la parole au mineur et l'écouter avec beaucoup d'attention sur une question qui touche de plein sa personnalité. L'audition du mineur devrait être mentionnée et précisée dans le texte de loi.

L'article 11 omet également de régler la question de l'assistance de l'avocat pendant la comparution et l'audition de l'enfant mineur.

Cette assistance devrait être obligatoire pour un enfant mineur capable de discernement qui est convoqué devant le ministre pour être entendu sur une demande qui le concerne. Le rôle de l'avocat de l'enfant devrait également être clairement défini dans le texte de loi.

Ainsi, l'avocat de l'enfant capable de discernement devrait avoir pour mission, avant la comparution devant le ministre, d'écouter le mineur dont le représentant légal ou les titulaires de l'autorité parentale ont introduit une demande en vue de faire changer la mention de son sexe et le cas échéant son ou ses prénoms, de lui fournir toute information pertinente sur le déroulement de la procédure engagée, de lui expliquer les conséquences des décisions à intervenir et des possibilités de recours et d'être le porte-parole de l'enfant tant devant le ministre de la justice où l'enfant est convoqué, que lors d'un recours, en cas d'un arrêté ministériel de refus, devant les juridictions administratives compétentes.

Pour un mineur non capable de discernement, ne faudrait-il pas nommer un administrateur ad hoc pour garantir encore davantage le respect de ses intérêts?

Les articles 12 et 13 n'appellent pas d'observations particulières.

L'article 14 prévoit la possibilité pour le ministre de la justice d'annuler la modification de la mention du sexe et d'un ou de plusieurs prénoms en cas de faux, fausses informations, fraude ou dissimulation de faits.

S'il est précisé que cette annulation ne peut être prononcée que sur avis du procureur général d'Etat et après avoir donné à la personne concernée la possibilité de fournir des explications écrites, il n'est par contre pas réglé qui a qualité pour saisir le ministre de la justice afin de voir procéder à une telle annulation et de quelle façon le ministre pourra procéder pour vérifier si les informations lui fournies antérieurement étaient effectivement fausses ou s'il y a eu fraude.

Est-ce qu'en effet, tout tiers a qualité pour saisir le ministre à ces fins, est-ce qu'une dénonciation anonyme pourrait être suffisante pour lancer une telle procédure et quels organes pourront être chargés

de vérifier la véracité ou la fausseté des données fournies au ministre, celles-ci s'étant bornées pour l'essentiel à la déclaration de la personne intéressée d'avoir la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans son acte de naissance? Est-ce que dans pareil cas, il sera procédé à une enquête policière puisqu'il est fait référence à la notion de faux ou est-ce qu'il sera procédé à une enquête sociale?

S'il y a eu fraude ou dissimulation des faits, est-il envisagé de faire procéder à des perquisitions et des saisies à ordonner par un juge d'instruction? Et est-ce que dans cette hypothèse l'enquête ne devrait pas être confiée aux procureurs d'Etat qui ont seuls qualité pour saisir un juge d'instruction?

La procédure à appliquer devrait en tout cas être précisée.

L'article 15 prévoit la possibilité pour une personne qui a déjà obtenu une modification de la mention de son sexe et d'un ou de plusieurs prénoms, d'introduire une nouvelle demande de modification de la mention de son sexe et d'un ou de plusieurs prénoms.

Cette deuxième demande en changement de la mention de son sexe et d'un ou de plusieurs prénoms devra être portée devant le tribunal d'arrondissement.

Le projet de loi omet toutefois d'indiquer les conditions requises pour que le tribunal puisse faire droit à une telle demande.

Il est indiqué dans le commentaire des articles que le tribunal pourra faire usage de son pouvoir d'appréciation afin de statuer sur la nécessité d'une nouvelle rectification de la mention du sexe et du ou des prénoms.

Cette formulation ne facilitera pas la tâche des tribunaux. En effet, la première rectification n'était pas de droit et le ministre de la justice avait également un pouvoir d'appréciation pour toiser la première demande puisque celle-ci aurait pu aboutir à un arrêté ministériel de refus.

Quels sont les éléments supplémentaires dont le tribunal devra tenir compte dans le cadre d'une deuxième demande? Est-ce que le tribunal ne devrait pas ordonner dans tous les cas par une expertise médicale et est-ce qu'il ne serait pas bénéfique, pour la clarté du texte et la précision des conditions de l'action intentée devant le tribunal, de prévoir l'institution obligatoire d'une expertise médicale comme préalable à toute décision judiciaire fondée sur l'article 15?

Ceci ne résoudra certes pas tous les problèmes qui pourront se poser, notamment les difficultés à trancher une demande d'une personne présentant une ambiguïté sexuelle, c'est-à-dire qui a des caractéristiques génétiques, hormonales et physiques à la fois des deux sexes et qui n'est ainsi ni exclusivement mâle, ni exclusivement femelle.

En tout cas, il semble indiqué de préciser dans le texte de loi les critères à prendre en considération par le tribunal et d'interdire de façon explicite à la juridiction de faire dépendre sa décision exclusivement de traitements médicaux, opérations chirurgicales ou stérilisation non encore exécutés par le demandeur.

L'article 16 énumère les documents que le demandeur qui entend voir changer la mention de son sexe dans les actes de l'état civil et qui entend procéder à un changement du ou de ses prénoms, doit joindre à sa demande.

Le point 5 qui prévoit la production d'un extrait du casier judiciaire pourrait être précisé en ce sens que dans le cas où la personne concernée a résidé dans plusieurs pays pendant les cinq ans avant l'introduction de sa demande, celle-ci devrait produire un extrait de son casier judiciaire délivré par les autorités compétentes de chacun de ces pays.

Les termes „un document similaire délivré par les autorités compétentes du pays de résidence“ devraient ainsi être remplacés par „un document similaire délivré par les autorités compétentes du ou des pays de résidence“

Dans le cas où la possibilité pour des personnes étrangères d'agir en changement de la mention de leur sexe dans les actes de l'état civil ainsi que de leurs prénoms sera maintenue, ces personnes devraient également produire un extrait du casier judiciaire de leur pays d'origine, en vue d'éviter que par le biais du changement de leur prénom et de la mention de leur sexe au Luxembourg, partant d'éléments essentiels à leur identification, celles-ci n'essayent de se soustraire à l'exécution d'une peine encourue dans ce pays et non encore exécutée.

L'article 17 énumère les documents qui doivent être joints à une demande en changement de la mention du sexe dans les actes de l'état civil ainsi que des prénoms d'un enfant mineur.

Conformément au point 1, une déclaration attestant que le mineur concerné a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans son acte de naissance, doit être jointe à la demande. D'après le commentaire des articles, cette déclaration est rédigée par les titulaires de l'autorité parentale ou par le représentant légal du mineur.

Pourquoi un enfant mineur, capable de discernement, assisté d'un avocat, ne devrait-il pas pouvoir rédiger soi-même cette déclaration qui le concerne personnellement et qui a trait à son intime conviction quant à son appartenance à un sexe déterminé? L'enjeu n'est en effet pas l'intérêt des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur, mais l'intérêt supérieur de l'enfant qui, lorsqu'il est capable de discernement, devrait pouvoir rédiger personnellement toute attestation relative à détermination de son sexe.

Les articles 18 et 19 n'appellent aucune observation particulière.

L'article 20 dispose qu'une mention de l'arrêté ministériel portant modification de la mention du sexe et du ou des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de la personne concernée.

Cette disposition devrait être complétée en ce sens qu'un jugement de modification rendu en application de l'article 15 devrait également être inscrit en marge de l'acte de naissance de la personne concernée.

L'article 21 prévoit que les décisions étrangères, judiciaires et administratives, de modification de la mention du sexe et du ou des prénoms sont inscrites en marge de l'acte de naissance de la personne concernée après qu'une demande en exéquat y relative ait été accueillie par le tribunal d'arrondissement compétent.

Il est toutefois superflu de préciser que ceci se fera „sous réserve du respect des conventions ou accords bilatéraux et internationaux applicables“, étant donné que les juges qui statuent sur une demande d'exéquat d'une décision étrangère, devront de toute façon appliquer les traités internationaux en vigueur en la matière où ils statuent.

L'article 22 n'appelle aucune observation particulière.

L'article 23 règle les dispositions transitoires. Il y est précisé au deuxième alinéa qu'il est mis fin à la procédure devant le tribunal compétent sur demande expresse de l'intéressé qui apporte la preuve écrite d'une demande introduite auprès du ministre de la justice.

Cette disposition semble superflue étant donné que chaque demandeur agissant en justice peut mettre fin à l'action qu'il a engagée, sauf au cas où un défendeur ayant des prétentions propres s'y opposerait, hypothèse qui est toutefois exclue en cas de demande en changement de la mention du sexe dans les actes de l'état civil.

Aloyse WEIRICH
*Procureur d'Etat près le Tribunal
d'arrondissement de Diekirch*

AVIS DU PARQUET GENERAL

(13.10.2017)

Le projet de loi vise à éviter aux personnes concernées une discrimination dans leur vie quotidienne en leur facilitant une modification du sexe et du ou des prénoms inscrits sur les actes de l'état civil. Afin d'atteindre ce but, il est proposé de ne requérir aucun certificat médical quelconque à l'appui de la demande et de remplacer la procédure judiciaire actuellement requise par une procédure administrative.

1) Quant au principe du changement de sexe sur simple déclaration attestant de la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe indiqué dans l'acte de naissance

Pour l'intéressé, cette exigence minimale – sans nécessité de verser aucun certificat médical – constitue incontestablement une simplification conforme aux recommandations du Conseil de l'Europe en la matière, telles que résumées dans l'exposé des motifs.

Il y a lieu de mentionner dans ce contexte un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 6 avril 2017 dans une affaire *A.P., Garçon et Nicot c. France*¹, qui a jugé que l'obligation de subir une opération stérilisante ou un traitement entraînant une très forte probabilité de stérilité pour changer la mention du sexe à l'état civil viole le droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention). Il en résulte que le changement de sexe ne saurait être soumis à l'obligation d'établir le caractère irréversible de la transformation de l'apparence. Par contre, la Cour a jugé que l'obligation de subir un examen médical ne viole pas l'article 8 de la Convention.

A noter que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a admis dès 2009 que le changement de sexe et de prénom pouvait être accordé à une femme n'ayant pas subi d'opération stérilisante ou une conversion sexuelle complète (certes au vu de rapports et certificats médicaux).²

Le principe du changement de sexe sur simple déclaration est incontestablement dans l'intérêt des personnes concernées, mais les choses se compliquent dès lors qu'il y va des conséquences du changement de sexe. Traditionnellement, les jugements de changement de sexe ont été considérés comme des jugements constitutifs, c'est-à-dire qui créent une situation juridique nouvelle et qui sont dépourvus d'effet rétroactif.

Ceci a permis au tribunal d'arrondissement de Luxembourg de décider que le changement de sexe sollicité n'exigeait pas la dissolution préalable du mariage de l'intéressé et que ce mariage pouvait subsister après le changement de sexe.³ A noter que dans cette affaire le conjoint avait également exprimé son souhait de voir subsister le mariage.

Qu'en est-il toutefois du conjoint qui ne souhaite pas rester marié à son époux qui aura changé de sexe?⁴ S'il se trouve des couples (même mariés depuis longtemps et parents de plusieurs enfants) qui peuvent survivre à un défi tel que le changement de sexe de l'un des époux, il y aura aussi des époux ou partenaires, qui n'accepteront pas continuer à vivre dans une relation avec un partenaire qui officiellement serait du même sexe qu'eux-mêmes.⁵

Le projet de loi prévoit seulement dans l'article 16, point 6, l'obligation de faire signifier au préalable au conjoint ou au partenaire son intention de demander un changement de sexe.

Si le partenaire n'accepte pas ce choix, il lui sera facile de mettre fin au partenariat. Il suffira de faire signifier à son tour une déclaration de fin de partenariat à son partenaire et de transmettre cette déclaration à l'officier de l'état civil.

Pour le conjoint marié, la situation sera plus délicate:

¹ Requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13

² TAL, 1^e ch., jugement n° 188/2009 du 30 septembre 2009, n° 121494 du rôle

³ TAL 1^e ch., jugement n° 184/2009 du 30 septembre 2009

⁴ Il ne faut surtout pas sous-estimer le nombre de personnes demandant un changement de sexe, et qui sont (ou ont été) mariés et/ou sont parents d'enfants.

⁵ Si je ne parle pas de partenaire „homosexuel“, c'est parce que l'apparence physique n'a pas d'incidence dans le cadre du présent projet de loi.

En cas d'accord – non seulement sur le principe, mais également sur les conséquences du divorce –, les deux époux peuvent évidemment entamer une procédure de divorce par consentement mutuel. Cela suppose un accord sur la résidence de chacun des deux époux, le cas échéant sur la garde des enfants et un droit de visite et d'hébergement, ainsi que sur les conséquences financières (liquidation et partage du régime matrimonial, pensions alimentaires ...). Un tel accord ne pourra pas toujours être trouvé.

Aux termes de l'article 229 du Code civil, *„le divorce pourra être demandé pour cause d'excès, sévices ou injures graves d'un des conjoints envers l'autre, lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie conjugale.“*

Le changement de sexe en tant que tel ne semble pas constituer une cause de divorce, car l'exercice d'un droit prévu par la législation ne saurait être qualifié d'„excès“, de „sévices“ ou d'„injure grave“. Reste alors le divorce pour séparation de fait de plus de trois ans prévu à l'article 230 du Code civil. Pendant une période de trois ans, le conjoint de la personne ayant changé de sexe, qui ne souhaite pas rester marié, ne pourra saisir aucune juridiction pour statuer sur les conséquences de cette nouvelle situation.

La réforme du droit du divorce permettra d'éviter cette difficulté, qui sera toutefois bien réelle tant que l'actuelle législation en matière de divorce perdure.

* Faute de rétroactivité, les jugements de changement de sexe sont seulement mentionnés en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, et non pas sur les actes de naissance des enfants.

L'article 12 (1) du projet de loi dispose: *„La modification de la mention du sexe et du ou des prénoms d'un parent ne modifie en rien le lien de filiation avec ses enfants, ni les droits et obligations qui en découlent.“*

Aucune mention relative à la modification du sexe du parent n'est portée sur l'acte de naissance des descendants.“

Au vu de l'absence de rétroactivité, le changement de sexe n'aura donc pas d'incidence sur les liens de filiation avec les enfants de l'intéressé, dans la mesure où ces liens sont déjà établis au moment du changement de sexe. Il n'est toutefois pas exclu que des actions tendant à l'établissement de tels liens soient pendantes devant les tribunaux. Afin de ne pas entraver l'aboutissement de telles actions, qui seraient pendantes ou susceptibles d'être intentées, il y a lieu de compléter l'article 12 en ajoutant: *„Les actions concernant l'établissement des liens de filiation d'enfants déjà nés et celles relatives aux droits et obligations qui découlent de ces liens, peuvent encore être intentées après le changement de sexe.“*

Et qu'en est-il des enfants à naître? Le projet de loi ne contient aucune disposition relative à de tels liens de filiation.

Or, la question est loin d'être théorique.

Thomas Beatie, né Tracy Lehuanani La Gondino, militant américain des droits des personnes trans, et défenseur du droit pour les hommes trans à porter leur enfant, est connu pour avoir donné vie à ses 3 enfants. Afin de pouvoir mener à bien les grossesses, cet homme, qui avait conservé ses organes sexuels internes et externes féminins, a temporairement arrêté son traitement hormonal. Il a ainsi accouché d'une fille en 2008 et de deux fils nés en 2009 et 2010.

En Allemagne, la première naissance „transgenre“ officiellement connue, a eu lieu au printemps 2013 à Berlin. Un homme transgenre a mis au monde un bébé par accouchement à domicile.

En août 2015, à Melbourne en Australie, AJ Kearns avait vécu en tant que femme pendant 35 ans avant de décider de vouloir devenir un homme. A 41 ans, il a accouché de sa fille.

Aux Etats-Unis, des articles de presse rapportent la naissance d'enfants portés et accouchés par des hommes transgenres.⁶

6 P. ex. „My brother's pregnancy and the making of a New American Family“, article publié sur internet par Jessi Hempel le 12 septembre 2016, „Transgender Man gives birth to a boy“, article publié sur internet par Nancy Coleman, CNN, le 1^{er} août 2017 sur l'enfant de Trystan Reese (et de son partenaire Biff Chaplow)

Souvent des dons de sperme sont requis pour la procréation de ces enfants. Mais ce n'est pas toujours le cas. En Equateur, un couple transgenre a pu mettre au monde un enfant en 2016.⁷ C'est l'homme (né en tant que femme), qui a porté l'enfant procréé par lui et sa femme (née en tant qu'homme).

S'il est possible que des enfants naissent de parents transgenres (ou d'un parent transgenre), il est indispensable de définir des règles permettant d'établir leur filiation!

Ces enfants ont aussi des droits qui méritent une protection juridique, tels que le droit à l'identité (qui comprend l'établissement de la filiation)⁸ et le droit de connaître leurs origines.

Or, les dispositions actuelles du Code civil ne permettent pas d'établir la filiation dans tous les cas, voire prévoient une filiation en contradiction avec le sexe du parent en question.

Ainsi l'article 341 du Code civil considère le parent qui a accouché de l'enfant comme la mère de l'enfant. Qu'en est-il si c'est un homme transgenre qui accouche de l'enfant?

L'article 338 du Code civil dispose que „*lorsqu'une filiation naturelle est établie par un acte ou par un jugement ou par la possession d'état, nulle reconnaissance, nul jugement établissant une filiation contraire ne produisent leurs effets que lorsque l'inexactitude de la première filiation a été constatée par une décision judiciaire définitive.*“ Constitue une „filiation contraire“ une filiation à l'égard d'un autre parent du même sexe que celui à l'égard duquel la filiation a déjà été établie préalablement. Aujourd'hui, en droit luxembourgeois, l'établissement de la filiation d'un enfant vis-à-vis de deux hommes ou de deux femmes n'est possible qu'en cas d'adoption. Cela n'est pas sans poser problème si l'enfant est né de deux hommes, dont un homme transgenre. Ils ne sauraient être tous les deux pères biologiques du même enfant. Par contre, ce problème ne se pose pas si l'homme transgenre est considéré comme mère de l'enfant (ce qui risque de ne pas correspondre aux attentes du parent en question).

L'article 312 du Code civil aux termes duquel „*l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari*“ créera également des confusions au cas le mari est une femme transgenre (et ne saurait partant être le père biologique de l'enfant⁹).

Pourquoi ne pas prévoir des règles prenant en compte les intérêts de tous les concernés?

Le droit luxembourgeois de la filiation est dépassé. Il ne tient pas compte des inséminations artificielles, des dons de gamètes, de la gestation pour autrui, et encore moins du phénomène transgenre ou intersexe.

Pour éviter que les enfants à naître ne soient victimes de la simplification offerte à leur(s) parent(s) et en attendant l'introduction de dispositions spécifiques concernant la filiation des enfants à naître de parents transgenre, il faut pour le moins compléter l'article 12 en ajoutant: „*Si l'intéressé conçoit un enfant ou donne naissance à un enfant après le changement de sexe, la filiation de cet enfant sera établie sur base des dispositions du Code civil applicables au sexe biologique de l'intéressé.*“ Ainsi, lorsqu'une femme passe du sexe féminin au sexe masculin et accouche plus tard d'un enfant, la filiation maternelle sera établie conformément à l'article 341 du Code civil.

Le projet de loi est tout aussi muet en ce qui concerne d'autres problématiques plus fréquentes et „terre à terre“ des changements de sexe accordés en l'absence de modification de l'apparence physique. Qui ne se souvient pas des discussions récentes aux Etats-Unis concernant l'usage des toilettes et vestiaires publics par des personnes transgenres ou intersexes? Au Luxembourg, il n'existe généralement que deux sortes d'installations sanitaires: pour les hommes et pour les femmes¹⁰. Une personne ayant changé de sexe à l'état civil peut-elle désormais utiliser les toilettes publiques, les douches et les vestiaires collectifs assignés au sexe „vécu“? Il semblerait que oui, mais en l'absence de texte clair, un doute peut subsister.

Dans d'autres domaines, des polémiques risquent de surgir, notamment sur le plan professionnel ou en ce qui concerne les compétitions sportives. Le projet de loi est totalement muet à ce sujet.

7 „*Wenn der Vater das Baby der Mutter austrägt*“, article publié sur internet le 25 septembre 2016 sur le site Welt N24 Panorama, sur l'enfant de Fernando Machado et Diane Rodriguez

8 Cf. deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: *Labassee c France* et *Menesson c. France* du 26 juin 2014: „*Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation: un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation*“

9 Sauf exception (cf. cas du couple équatorien)

10 Sous réserve de celles réservées aux personnes handicapées

2) Les personnes concernées:

Le projet de loi ne pose pas de problème particulier en ce qu'il vise les personnes luxembourgeoises majeures capables.

Il concerne toutefois aussi les étrangers (les majeurs qui remplissent les conditions prévues à l'article 5 et les mineurs qui remplissent les conditions prévues à l'article 6 du projet de loi). Même si une résidence habituelle et un séjour régulier au Luxembourg pendant au moins douze mois sont exigés pour éviter du „tourisme“ ou *forum shopping*, un problème majeur persiste: les autorités nationales de l'étranger risquent de ne pas reconnaître la nouvelle identité de leur ressortissant. Ainsi elles vont refuser de délivrer des documents en conformité avec celle-ci, qu'il s'agisse du passeport, du permis de conduire ou d'autres documents officiels. Cela aura des conséquences fâcheuses non seulement pour la vie quotidienne de l'intéressé, mais la divergence d'identité aura aussi des conséquences néfastes pour les autorités publiques: cette personne existera sous des, identités différentes dans des pays différents.

A titre d'exemple: si cette personne commet une infraction au Luxembourg et est condamnée (sous son nouveau prénom et avec l'indication du nouveau sexe), l'autorité centrale luxembourgeoise notifie cette condamnation à l'autorité centrale de l'Etat national de l'intéressé. Etant donné que dans son Etat national cette personne n'est pas connue sous cette identité, la condamnation ne sera pas enregistrée au casier judiciaire national. La centralisation prévue par ECRIS (système d'échange d'informations sur le casier judiciaire) ne fonctionne plus.

Ou cette personne (sous sa nouvelle identité) veut briguer un poste pour travailler dans une crèche. S'il s'agit d'un ressortissant d'un Etat membre de l'UE, l'employeur demandera la délivrance d'un extrait du casier judiciaire national. Celui-ci sera forcément „néant“ puisque le casier judiciaire national n'a rien enregistré sous la nouvelle identité.

Heureusement la plupart des personnes concernées par le présent projet de loi ne sont pas des criminels ou des personnes malhonnêtes, mais il existe néanmoins un risque réel que des criminels ou des personnes malhonnêtes n'abusent de la possibilité de changement de sexe et de prénom en profitant de l'impossibilité pour les autorités de différents Etats de constater que les deux profils (ancienne identité et nouvelle identité) correspondent à la même personne. Les auteurs du projet de loi semblent d'ailleurs être conscients de ce problème, car parmi les formalités à accomplir (chapitre III), il est exigé que l'intéressé verse un extrait de son casier judiciaire. Or, le projet de loi reste muet quant aux conséquences d'un extrait de casier „bien chargé“. L'article 10(3) n'envisage le refus du changement demandé qu'en cas de doute sur la réalité des conditions prévues à l'article 1^{er}.

S'y ajoute que pour les personnes étrangères concernées, leur nouvelle identité ne sera effective que sur le territoire luxembourgeois. En cas de voyages en avion ou en TGV soumis à des contrôles d'identité systématiques, elles seront obligées d'indiquer l'identité renseignée sur leurs documents d'identité.

Le projet de loi ne prévoit même aucune notification du changement de sexe aux autorités nationales de la personne concernée. Un tel échange d'informations est toutefois indispensable.

En ce qui concerne les mineurs:

Pour les mineurs luxembourgeois, le projet de loi distingue entre les mineurs de cinq ans accomplis (article 3) et les mineurs de moins de cinq ans (article 4). Sauf que, dans le premier cas, la demande est de la compétence du ministre de la Justice, et que, dans le deuxième cas, elle est de la compétence du juge des tutelles, il n'existe pas de différence entre ces deux cas de figure et il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de cette distinction.

Dans l'exposé des motifs, il est expliqué que l'article 4 viserait „*les cas où il apparaît évident à un moment très précoce de l'enfance que le mineur ne se sent pas en adéquation avec le sexe inscrit à l'acte de naissance. Sont visés les enfants intersexes qui peuvent présenter des caractéristiques physiques ni exclusivement mâles, ni exclusivement femelles ou non clairement définies comme l'un ou l'autre à leur naissance et se voir attribuer un sexe à l'état civil ne correspondant pas à leur identité de genre et perception subjective.*“

A préciser tout d'abord qu'aucun service de l'état civil n'„attribue“ un sexe à un enfant. L'officier de l'état civil qui dresse l'acte de naissance reprend le sexe que le médecin-accoucheur a inscrit dans l'avis de naissance.

Les naissances de véritables enfants intersexes (présentant des caractéristiques physiques appartenant aux deux sexes) sont rares. Dans de tels cas, des tests génétiques permettent souvent (pas toujours) de déterminer le véritable sexe de l'enfant. Si tel est le cas et que le sexe déterminé ne correspond pas à celui inscrit sur l'acte de naissance, ce dernier est rectifié en suivant la procédure prévue à l'article 99 alinéa 2 du Code civil pour la rectification d'erreurs purement matérielles¹¹, dès que les parents adressent à l'officier de l'état civil ou au procureur d'Etat compétent une demande en ce sens.

Aujourd'hui, en cas de véritable cas d'intersexualité, il est souvent préconisé d'attendre jusqu'à la puberté de l'enfant pour voir comment il va évoluer, avant de prendre une décision. Dans ces cas, les médecins recommandent aux parents de choisir un prénom neutre, qui puisse être porté tant par un homme que par une femme.

Dès lors, il est difficile de voir l'utilité du cas de figure visé à l'article 4. Si, à la naissance, l'enfant présente réellement des caractéristiques physiques des deux sexes, cette situation n'aura pas évolué de façon significative jusqu'à l'âge de cinq ans. A quoi bon décider alors d'un changement de sexe sans attendre que l'enfant n'ait atteint l'âge de la puberté, au risque de devoir, le cas échéant, envisager un nouveau changement de sexe après la puberté?

D'une manière générale, le changement de sexe d'enfants en bas âge est problématique, surtout s'il est totalement déconnecté de l'apparence physique. Il n'est absolument pas inhabituel de voir des petits garçons aux cheveux longs et qui préfèrent jouer avec des poupées, ou des filles ne mettant que des pantalons et n'aimant que le foot. De là à décider d'un changement de sexe ... On voit mal en quoi pourrait se manifester la „conviction intime et constante“ d'appartenir à l'autre sexe, qui serait alors attestée par les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal du mineur.

L'accord du mineur concerné est requis à partir de douze ans (article 11, paragraphe (2), alinéa 2). Or, dans quelle mesure un enfant de cet âge est-il en mesure d'évaluer toutes les conséquences de pareille décision? Et si le garçon, qui se sent être une fille, devait finir par avoir une voix très basse, une barbe poussant très vite et une pilosité du corps très prononcée? Ou serait-ce la prise d'hormones pendant plusieurs décennies qui serait préconisée?

S'il est certain que des cas de véritable transsexualisme puissent exister chez des mineurs, il est toutefois indéniable que c'est à partir de la puberté que ce phénomène s'accroît. Il serait plus prudent de ne permettre un changement de sexe qu'à partir de l'âge de la puberté, notamment pour éviter des „retours en arrière“ après les changements hormonaux liés à la puberté.¹²

En tout état de cause, la répartition des compétences selon que l'enfant a plus ou moins de cinq ans, ne se justifie pas. La même autorité devrait être compétente dans les deux cas. De même, la compétence du juge des tutelles ne se justifie pas. Actuellement la juridiction compétente en matière d'état des personnes est le tribunal d'arrondissement (y compris pour les affaires concernant des mineurs), et non pas le juge des tutelles. S'il semble logique d'attribuer plus tard compétence au juge aux affaires familiales, il faut néanmoins dans une première phase maintenir la compétence du tribunal d'arrondissement.¹³

En ce qui concerne les personnes soumises à un régime de protection, le projet de loi exclut les personnes sous sauvegarde de justice de la possibilité de demander un changement de sexe.¹⁴ Or, non seulement les décisions du juge des tutelles mettant une personne sous sauvegarde de justice, ne sont pas publiées au répertoire civil (et risquent partant de ne pas être considérées au moment de la demande), mais surtout ces personnes sont capables.

11 Modification de l'acte de naissance sur injonction donnée à l'officier de l'état civil par le Procureur d'Etat.

12 Le 11 septembre 2017, le *Daily Mail Australia* a publié sur internet un article „*I'm just not sure that I am a girl: Teen who began gender transition at 12 reveals WHY he changed his mind and wanted to go back to being a boy*“. A l'âge de 12 ans, Patrick Mitchell a commencé à prendre des médicaments destinés à freiner la puberté, et à 13 ans, il a pris les oestrogènes prescrits à sa mère. A 14 ans, il déclare qu'il avait pensé que la prise d'hormones l'aiderait à surmonter ses problèmes émotionnels, mais qu'il ne s'agit pas d'une méthode scientifique. C'est purement expérimental. Tout ce qu'il veut maintenant, c'est redevenir normal („*getting me back to normal*“). Cela signifie qu'il subira une opération destinée à réduire les seins qu'il a développés durant le traitement. Pour cela, il devra se rendre en Corée du Sud, l'un des rares Etats acceptant d'effectuer de telles interventions sur des enfants de 14 ans. (La législation australienne ne permet un traitement hormonal que si la personne a atteint l'âge de 16 ans et a obtenu l'accord d'un tribunal).

13 Quitte à prévoir, le cas échéant, une procédure sur simple requête dans le cadre de laquelle l'assistance d'un avocat à la Cour n'est pas requise

14 Exposé des motifs de l'article 22, paragraphe 2, alinéa 2

L'article 16, point 4, du projet de loi exige la remise d'„une attestation de l'autorité compétente que la personne n'est pas soumise à une mesure de sauvegarde de justice, de tutelle ou de curatelle“. En ce qui concerne la tutelle et la curatelle, l'autorité compétente est le répertoire civil, mais en ce qui concerne les décisions de sauvegarde de justice, seul le juge des tutelles tient un registre y relatif. Il faudrait partant prévoir à l'article 16, point 4, une pluralité d'attestations et d'autorités compétentes.

Concernant les majeurs en tutelle et en curatelle, l'article 22, paragraphes 2 et 3, se limite à attribuer compétence au juge des tutelles. Ici il convient de répéter la remarque déjà faite en ce qui concerne les demandes visant des mineurs: la juridiction compétente en matière d'état des personnes, est le tribunal d'arrondissement, et non pas le juge des tutelles. Les tribunaux d'arrondissement connaissent de toutes sortes d'affaires dans lesquelles un majeur protégé est représenté par son tuteur, cela ne change rien pour autant à la compétence du tribunal. Il y a partant lieu de maintenir la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile.

L'exposé des motifs concernant l'article 22 prévoit – en ce qui concerne la tutelle – que „s'il est dans l'intérêt du majeur sous tutelle, la demande peut également [!] être introduite par le tuteur“, voire – en ce qui concerne la curatelle – que „la demande peut être introduite par la personne protégée elle-même **ou** par le curateur.

De deux choses l'une: soit ce sont les règles habituelles de représentation en justice qui jouent, soit il faut clairement prévoir d'autres dispositions dérogatoires en matière de changement de sexe et de prénom **dans la loi elle-même**, et non pas dans un exposé des motifs.

3) Les autorités compétentes

Le projet de loi prévoit que les demandes présentées par les majeurs capables et les mineurs de cinq accomplis sont de la compétence du ministre de la Justice et sont accordées ou refusées par arrêté ministériel (article 10, paragraphe (4)). Des recours pourront dès lors être exercés devant les tribunaux de l'ordre administratif.

Ainsi ces tribunaux se verront attribuer des compétences dans un domaine qui traditionnellement relève du noyau dur des compétences réservées aux tribunaux de l'ordre judiciaire: l'état des personnes¹⁵.

Par contre, l'article 15 du projet de loi dispose qu'au cas où une personne ayant déjà obtenu une modification de la mention du sexe et d'un ou de plusieurs prénoms, introduit une nouvelle demande, celle-ci sera de la compétence du tribunal d'arrondissement compétent dans les formes et conditions prévues aux articles 99 à 101 du Code civil. De même, l'article 21 du projet de loi attribue compétence au tribunal d'arrondissement pour statuer sur les demandes en exequatur aux fins de l'inscription dans les registres de l'état civil. Il y aurait ainsi une compétence partagée entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, ce qui n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et risque d'être à l'origine de divergences de jurisprudences.

– Tout d'abord il n'y a aucune raison de ne pas maintenir la compétence du tribunal d'arrondissement pour statuer sur les demandes de changement de sexe et de prénom(s). Depuis plus de vingt ans, les tribunaux d'arrondissement se sont reconnus compétents pour statuer sur base de l'article 99 du Code civil et ont développé une jurisprudence permettant de tels changements sous certaines conditions.

En l'absence de texte spécifique régissant la matière, les tribunaux devaient suivre la procédure de droit commun, de sorte que 'lé ministère d'avocat à la Cour était obligatoire.

Si aujourd'hui le législateur estime que la procédure est trop coûteuse et que les conditions développées par la jurisprudence pour accorder de tels changements sont trop restrictives, le législateur n'a qu'à intervenir sur ces points. Il suffit de prévoir que la demande sera présentée au tribunal d'arrondissement compétent par simple requête et que le demandeur sera dispensé du ministère d'avocat à la Cour. Si une loi va désormais définir les conditions auxquelles est soumis un changement de sexe et de prénom(s), les tribunaux judiciaires l'appliqueront. Nul besoin de prévoir une compétence administrative pour accélérer ou simplifier la procédure.

¹⁵ Article 84 de la Constitution: „Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.“

– Ensuite il est étonnant de constater qu’en cas de nouvelle demande présentée par une personne ayant déjà obtenu une modification de la mention du sexe et d’un ou de plusieurs prénoms, non seulement la compétence des tribunaux de l’ordre judiciaire est (exceptionnellement) maintenue, mais il est simplement renvoyé aux „*formes et conditions prévues aux articles 99 à 101 du Code civil.*“ Or, ces articles ne contiennent aucune disposition spécifique ayant trait aux changements en question. Cela signifierait-il qu’il appartiendrait à la jurisprudence de définir les conditions sous lesquelles une suite favorable pourra être donnée à une nouvelle demande? Quels seront les critères à appliquer en l’absence de base légale? Etant donné qu’il s’agit d’une problématique sensible, il serait préférable de retenir des critères légaux précis et de compléter l’article 15 en ce sens.

4) Les formalités à accomplir

En ce qui concerne l’article 16, point 5, du projet de loi, il y a lieu de le modifier en ce sens que les demandeurs luxembourgeois doivent verser un extrait du casier judiciaire luxembourgeois délivré moins de trente jours avant l’introduction de la demande. Par contre, les demandeurs étrangers devront verser un extrait de leur casier judiciaire national s’ils sont ressortissants d’un Etat membre de l’Union européenne¹⁶. Seulement les ressortissants d’Etats tiers devront verser un extrait du casier judiciaire luxembourgeois ET „*un document similaire délivré par les autorités compétentes du pays de résidence dans lequel le demandeur a résidé les derniers cinq ans avant d’établir sa résidence au Luxembourg.*“ Cette double exigence se justifie par le fait que pour ces personnes, il n’existe aucune centralisation des informations sur les condamnations subies. Etant donné que ces personnes auront nécessairement résidé au Luxembourg depuis au moins douze mois avant de présenter une demande, elles peuvent avoir des inscriptions au casier judiciaire luxembourgeois. Elles peuvent également avoir subi des condamnations dans le pays de leur résidence antérieure.

La même modification s’impose pour l’article 17, point 4, en ce qui concerne les extraits de casier à verser par les titulaires de l’autorité parentale ou par le représentant légal.

L’article 19 exige une traduction à fournir concernant des documents qui ne seraient pas rédigés dans une langue visée par la loi du 24 février sur le régime des langues. Par contre, il est muet en ce qui concerne l’exigence de légalisation concernant les documents étrangers. Afin de garantir l’authenticité des documents étrangers versés à l’appui des demandes, il est indispensable de prévoir pareille exigence, sous réserve des conventions internationales et des règlements européens accordant une dispense de cette formalité.

5) Dispositions transitoires

L’article 23 du projet de loi prévoit que, lorsqu’une demande a déjà été introduite devant un tribunal avant l’entrée en vigueur de la nouvelle loi, l’intéressé peut adresser une demande au ministre de la justice et mettre fin à la procédure devant le tribunal compétent sur demande expresse en apportant la preuve écrite d’une demande introduite auprès du ministre de la justice. Etant donné que le demandeur est libre de demander la radiation de l’affaire dont il a saisi le tribunal, l’exigence d’une quelconque preuve est à supprimer.

*Pour le Procureur Général d’Etat,
Le premier avocat général,
Marie-Jeanne KAPPWEILER*

¹⁶ depuis la mise en place du système ECRIS, c’est l’Etat membre de la nationalité qui centralise toutes les condamnations prononcées dans les Etats membres de l’UE

