



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

COUR (PLÉNIÈRE)

AFFAIRE VAN OOSTERWIJCK c. BELGIQUE

(Requête n° 7654/76)

ARRÊT

STRASBOURG

6 novembre 1980

En l'affaire Van Oosterwijck,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 48 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. G. BALLADORE PALLIERI, *président*,

G. WIARDA,

M. ZEKIA,

J. CREMONA,

Thór VILHJÁLMSSON,

R. RYSSDAL,

W. GANSHOF VAN DER MEERSCH,

Sir Gerald FITZMAURICE,

MM. D. EVRIGENIS,

G. LAGERGREN,

L. LIESCH,

F. GÖLCÜKLÜ,

F. MATSCHER,

J. PINHEIRO FARINHA,

E. GARCÍA DE ENTERRÍA,

L.-E. PETTITI,

B. WALSH,

ainsi que de MM. M.-A. EISSEN, *greffier*, et H. PETZOLD, *greffier adjoint*,

Après avoir délibéré en chambre du Conseil le 25 avril, puis les 3 et 4 octobre 1980,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

PROCEDURE

1. L'affaire Van Oosterwijck a été déférée à la Cour par le gouvernement du Royaume de Belgique ("le Gouvernement") et la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission"). A son origine se trouve une requête dirigée contre le Royaume de Belgique et dont Danielle Van Oosterwijck, de nationalité belge, avait saisi la Commission le 1er septembre 1976 en vertu de l'article 25 (art. 25) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention").

2. La requête du Gouvernement et la demande de la Commission, laquelle s'accompagnait du rapport prévu à l'article 31 (art. 31) de la Convention, ont été déposées au greffe de la Cour dans le délai de trois mois ouvert par les articles 32 paragraphe 1 et 47 (art. 32-1, art. 47), les 22 juin et 16 juillet 1979 respectivement. La première renvoyait à l'article 48 (art. 48),

du règlement de la Cour).

La Cour a ouï en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, M de Meyer pour le Gouvernement, M. Kiernan, M. Custers et Me Van Oosterwijck pour la Commission. Les comparants lui ont fourni plusieurs documents à cette occasion.

FAITS

1. Les circonstances de l'espèce

7. Lors de l'introduction de sa requête, Danielle Van Oosterwijck travaillait depuis 1963 au secrétariat de la Commission des Communautés européennes; elle accomplissait en même temps à l'Université libre de Bruxelles des études qu'elle a terminées en juin 1979 en obtenant le grade de licencié en droit. Elle a été admise par la suite au barreau de Bruxelles en première année de stage; elle figure au tableau des stagiaires comme "Van Oosterwijck D."

8. Présentant à sa naissance, le 23 décembre 1944, tous les caractères physiques et biologiques d'un enfant de sexe féminin, elle fut inscrite au registre des naissances de la commune d'Uccle (Bruxelles) sous les prénoms de Danielle, Juliette, Laure, Colette, fille de J. van Oosterwijck.

Cependant, dès l'âge de cinq ans elle aurait pris conscience d'une dualité de personnalités: morphologiquement féminine, elle se sentait, selon ses dires, psychologiquement de sexe masculin. Après avoir traversé pour cette raison une période de dépression, elle se livra en 1962 à une tentative de suicide qui nécessita une hospitalisation (paragraphe 12 du rapport de la Commission).

9. A partir de 1966, le requérant - on utilisera désormais le masculin, conformément au "sexe social" que Danielle Van Oosterwijck affirmait assumer au moment de la saisine de la Commission - s'efforça de résoudre son problème par un processus de "conversion sexuelle" de son corps.

En 1969, les docteurs Slosse et Dumont, spécialistes en neurologie et endocrinologie, établirent que les symptômes constatés chez le requérant relevaient indiscutablement de la transsexualité. Disposant du rapport d'un psychiatre belge, ils avaient en outre consulté un psychiatre britannique, le docteur Randell.

S'ils considérèrent comme inefficaces en ce domaine l'application de la psychothérapie, ils conclurent, à la lumière de travaux américains, anglais et danois, que la chirurgie offrait d'excellentes perspectives de succès. Ils notèrent d'ailleurs que le requérant refusait systématiquement l'emploi de la première méthode et estimèrent probable qu'il essaierait de se suicider si l'on n'adoptait pas la seconde.

Dès lors, ils décidèrent de recourir à une hormonothérapie puis à des interventions chirurgicales.

10. Informé des buts, modalités et conséquences du traitement, l'intéressé déclara en accepter les risques. Il fut ainsi soumis à une hormonothérapie qui produisit au bout de quelques mois l'apparition des caractères sexuels mâles secondaires, tels que la pilosité et la modification de la voix.

En juillet et décembre 1970, à Bruxelles, les docteurs Fardeau et Longrée réussirent sur sa personne deux opérations de conversion sexuelle (mammectomie bilatérale); hystérectomie – ovariectomie bilatérale). Le docteur Fardeau avait au préalable sollicité l'accord de l'ordre des médecins; le 8 mai 1970, le secrétaire du conseil de l'ordre la province de Brabant lui avait répondu en ces termes: "Le problème que vous soulevez étant un problème médical, il vous appartient d'agir suivant votre conscience mais nous ne pouvons assez vous recommander de vous entourer du maximum de précautions, étant donné le caractère très délicat de ce genre d'interventions."

Par la suite, le requérant subit à Londres, en dix termes opératoires échelonnés d'octobre 1971 à octobre 1973, une phalloplastie réalisée par le professeur Evans, chirurgien au Queen Mary's Hospital.

11. Le traitement a substitué sans conteste à une morphologie externe féminine une morphologie d'apparence masculine, mais les chromosomes demeurent ceux du sexe féminin.

Une partie des frais fut prise en charge par le service médical de la Commission des Communautés européennes dont l'administration délivra au requérant une carte de service au nom de Monsieur D. van Oosterwijck.

12. L'intéressé introduit le 18 octobre 1973 une "requête en rectification d'un acte de l'état civil": il pria le tribunal de première instance de Bruxelles de prescrire que son acte de naissance mentionnât désormais "un enfant de sexe masculin prénommé Daniel, Julien, Laurent, né le (...), fils de (...)". Il invoquait notamment une décision du tribunal de première instance de Gand, du 20 octobre 1965, qui avait adopté pareille solution dans un autre cas (paragraphe 18 ci-dessous).

Le ministère public exprima un avis négatif le 13 novembre 1973: D. Van Oosterwijck n'avait pas fourni la preuve que selon la législation existante il lui incombait d'apporter, celle d'une erreur entachant la constatation initiale de son sexe; l'affaire tranchée à Gand, elle, concernait une telle erreur.

Le tribunal de Bruxelles débouta le demandeur le 30 janvier 1974: celui-ci n'avait pas démontré que l'officier de l'état civil se fût trompé en rédigeant l'acte de naissance; bien mieux, son argumentation révélait le contraire puisqu'il ne prétendait pas avoir été "fondamentalement" un homme dès l'origine.

13. D. Van Oosterwijck saisit la Cour d'appel de Bruxelles le 14 février 1974. Alléguant que par définition le transsexuel est du sexe opposé au sexe apparent à l'époque de la venue au monde, il reprochait au tribunal d'avoir ignoré la notion de transsexualité. A l'en croire, la rectification réclamée par lui constituait donc une nécessité juridique impérieuse. Il invitait de surcroît la cour à juger en équité, humainement et conformément à l'intérêt de la société comme lui-même. Elle reconnaîtrait alors en lui un homme qui n'offrait plus les caractéristiques féminines; que l'on ne concevait pas de ne pas tirer les conséquences d'une transsexualité dûment établie; que l'ordonnance attaquée aboutissait à des résultats absurdes et nuisibles à l'ordre social, par exemple la possession de pièces d'identité manifestement inexactes.

Le parquet conclut au rejet de l'appel. Le syndrome dit de transsexualité prêtait à controverse dans les milieux médicaux. En outre, les faits ne corroboraient pas l'affirmation d'après laquelle D. Van Oosterwijck avait toujours appartenu "fondamentalement" au sexe masculin; l'officier de l'état civil ne s'était pas fourvoyé en consignait ce qui ressortait des apparences. A la vérité, des juristes s'interrogeaient sur le point de savoir si en l'absence d'erreur l'unique remède légal imaginable ne consistait pas en "une action d'état préalable"; leur théorie avait sans doute sa valeur, mais en l'espèce le problème ne se présentait pas de la sorte. Assurément, le requérant se trouvait atteint d'une affection dont il souffrait beaucoup sur le plan humain et individuel; peut-être aurait-on pu accueillir sa demande s'il n'avait fallu considérer que ce seul aspect. Au regard de l'ordre public, en revanche, elle soulevait les plus expresses réserves: à l'accepter on eût risqué d'en susciter de nombreuses autres; or il serait dangereux d'encourager ainsi de manière indirecte la multiplication de traitements dont les effets, irréversibles, pourraient par la suite inspirer des regrets aux patients eux-mêmes. Enfin, la constante remise en cause de certaines situations, surtout en matière d'état des personnes, se heurtait aux exigences d'une organisation rationnelle de la collectivité: elle eût favorisé la prolifération de troubles individuels et engendré un climat d'insécurité et d'instabilité dans les relations familiales et sociales.

La Cour d'appel de Bruxelles débouta D. Van Oosterwijck le 7 mai 1974. Pour pouvoir être rectifié, un acte d'état civil devait renfermer une erreur contemporaine de son établissement; aucune clause des lois en vigueur n'autorisait à "tenir compte de changements apportés artificiellement à la morphologie de l'individu", comme en l'espèce, "dussent-ils correspondre à ses tendances psychiques profondes". Or "ni l'examen corporel de la partie appelante (...) ni l'offre de preuve scientifique de l'étiologie biologique de la transsexualité" n'étaient de nature à déceler l'existence, dès le début, de "caractéristique physique du sexe masculin ou même (de) tendances à la transsexualité".

14. D. Van Oosterwijck résolut de ne pas se pourvoir en cassation. D'après l'annexe II du rapport de la Commission, il avait auparavant consulté "plusieurs personnes qualifiées". De son côté un avocat à la Cour de cassation, Me Ansiaux lui a indiqué rétrospectivement, le 20 septembre 1976 et en 1977, qu'à ses yeux pareil recours n'aurait offert aucune chance de succès (compte rendu des audiences du 24 avril 1980 devant la Cour et paragraphe 37 ci-dessous).

15. Jusqu'ici, le requérant n'a pas sollicité l'autorisation de changer de prénoms, que le gouvernement peut accorder en vertu d'une loi du 2 juillet 1974 complétant celle du 11 germinal an XI - 1er avril 1803 (paragraphe 20 ci-dessous). Il est porteur d'une carte d'identité où figurent ses prénoms féminins, mais aussi une photographie conforme à son aspect actuel.

2. Législation belge

16. La transsexualité ne fait l'objet en Belgique d'aucune législation. Dans le seul cas du genre qui semble avoir donné lieu à des poursuites, le tribunal de première instance de Bruxelles a jugé, le 27 septembre 1969, que les traitements et opérations de conversion sexuelle ne constituent pas en soi des infractions pénales. Ils relèvent de la libre décision des médecins et chirurgiens qui se prononcent en conscience avec l'accord des patients.

17. L'établissement des actes d'état civil, tels les actes de naissance, se trouve régi par le code civil. Aux termes de l'article 55, les déclarations de naissance sont recueillies par l'officier de l'état civil du lieu. Rédigé aussitôt et devant deux témoins, l'acte indique notamment le sexe et les prénoms de l'enfant (articles 56 et 57).

La rectification d'un acte d'état civil obéit aux articles 1383 à 1385 du code judiciaire. L'intéressé introduit une requête devant le tribunal de première instance (article 1383). Le président de la chambre saisie en ordonne la communication au ministère public et désigne un juge-rapporteur; le requérant est invité à comparaître à l'audience pour y être entendu (article 1384). Le dispositif des jugements et arrêts de rectification est remis à l'officier de l'état civil qui le transcrit sans tarder sur ses registres et le mentionne en marge de l'acte réformé; celui-ci n'est plus délivré qu'avec les rectifications décidées (article 1385).

Le Gouvernement a signalé à la Cour une décision relative à l'interprétation de ces textes: le tribunal de première instance de Verviers a jugé le 22 septembre 1969, à propos d'époux séparés de corps puis ayant repris la vie commune, que "rectifier un acte d'état civil" consiste à y apporter "les additions, suppressions ou modifications nécessaires pour le rendre conforme à la loi et à la vérité sur l'état de la ou des personnes qu'il concerne", y compris l'hypothèse où "un acte, régulièrement dressé, n'est plus conforme à la vérité".

18. Plusieurs juridictions belges ont eu à examiner des requêtes en rectification émanant de personnes sur lesquelles on avait pratiqué des

conversions sexuelles dans des circonstances assez différentes d'un cas à l'autre. Les tribunaux de première instance de Charleroi (8 juin 1973) et Malines (17 juin 1975) ont rejeté les demandes, tandis que celui de Gand (20 octobre 1965) y a réservé une suite favorable. Une autre espèce a elle aussi abouti à une décision positive bien que le requérant, à la différence de D. Van Oosterwijck, n'eût pas subi de phalloplastie (tribunal de première instance de Gand, 24 avril 1978).

La Cour de cassation n'a jamais eu à traiter le problème.

19. Selon le Gouvernement, tout acte d'état civil peut au surplus être adapté à la situation présente de l'intéressé au moyen action d'état. Cette "mise en concordance" ne vaudrait que pour l'avenir. Jusqu'ici, nul ne semble avoir intenté pareille action d'état pour se faire reconnaître une nouvelle identité sexuelle.

20. Depuis le 23 août 1974, date d'entrée en vigueur de la loi précitée du 2 juillet 1974 (paragraphe 15 ci-dessus), quiconque a une raison de changer de prénoms peut en adresser la demande, motivée, au gouvernement (article 4). Si elle est admise, ce dernier autorise le changement par un arrêté royal qu'à l'initiative de l'intéressé, l'officier de l'état civil transcrit sur ses registres et mentionne en marge de l'acte de naissance. Tout extrait de cet acte délivré ultérieurement doit énoncer les nouveaux prénoms à l'exclusion des anciens.

A ce jour, au moins sept transsexuels ont bénéficié de ladite loi dont l'application n'a aucune incidence juridique sur le sexe de l'intéressé.

21. Les extraits d'actes d'état civil que des tiers peuvent se procurer n'indiquent ni la filiation ni le sexe des personnes que ces actes concernent (article 45 par. 1, premier alinéa, du code civil), mais seulement leurs lieu et date de naissance, leur nom et leurs prénoms.

En revanche, peuvent obtenir des copies conformes le principal intéressé, son conjoint ou son conjoint survivant, son représentant légal, ses ascendants, descendants ou héritiers légaux, les autorités publiques et les personnes ayant un intérêt familial, scientifique ou tout autre intérêt légitime (article 45 par. 1, deuxième alinéa).

Quant aux cartes d'identité, passeports et permis de conduire, ils ne précisent pas le sexe de leur titulaire.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

22. Dans sa requête du 1er septembre 1976 à la Commission, D. Van Oosterwijck invoquait

- l'article 3 (art. 3) de la Convention, car il vivrait dans une situation inhumaine et dégradante de "mort civile";

- l'article 8 (art. 8), en ce que l'application de la loi l'obligerait à utiliser des pièces non conformes à son identité réelle;
- l'article 12 (art. 12), parce que les décisions litigieuses, en laissant subsister une distorsion entre son être légal et son être physique, l'empêcheraient de se marier et de fonder une famille.

23. La Commission a retenu la requête le 9 mai 1978.

Dans son rapport du 1er mars 1979, elle conclut à l'existence d'une violation des articles 8 (art. 8) (unanimité) et 12 (art. 12) (sept voix contre trois). Dès lors elle n'estime pas nécessaire d'étendre son examen à l'article 3 (art. 3), eu égard au fait que la situation incriminée ne lui paraît pas présenter le degré de gravité qu'elle envisage en général dans le cadre de cet article (art. 3).

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR

24. À l'audience du 24 avril 1980, le Gouvernement a invité la Cour:

"(...) en ordre principal, à (...) dire que, faute d'épuisement des voies de recours internes, la requête n'est pas recevable et, en ordre subsidiaire, à (...) dire qu'elle n'est pas fondée et qu'il n'est pas démontré que la Belgique aurait violé la Convention (...)".

De leur côté, les délégués de la Commission ont demandé à la Cour,

"si (elle estime) devoir réexaminer la question de l'article 26 (art. 26), de dire que le moyen tiré par le Gouvernement de l'inobservation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas fondé (...)".

EN DROIT

Sur le moyen de non-épuisement des voies de recours internes

I. SUR LA COMPÉTENCE DE LA COUR ET LA FORCLUSION

25. D'après le Gouvernement, les voies de recours internes ne se trouvent pas épuisées en l'espèce.

La Cour connaît de tels moyens préliminaires pour autant que l'État défendeur les ait soulevés d'abord devant la Commission, en principe dès le stade circonstances s'y prêtaient (arrêt Artico du 13 mai 1980, série A n° 37, pp. 12-14, par. 24 et 27).

26. Le Gouvernement reproche à D. Van Oosterwijck

- de ne pas avoir formé un pourvoi en cassation;
- de n'avoir invoqué la Convention ni en première instance ni en appel;

- de ne pas avoir sollicité un changement de prénoms, en vertu de la loi de 2 juillet 1974;
- de ne pas avoir introduit une action d'état.

Les trois premiers points figuraient dans ses observations écrites de 1977 sur la recevabilité, de sorte que la Cour doit les prendre en considération.

Quant au quatrième mode de redressement, le Gouvernement ne l'a pas expressément cité avant la décision du 9 mai 1978 retenant la requête. Ses représentants s'y étaient cependant référés en substance lors de l'audience qui avait précédé: ils avaient plaidé en particulier que l'intéressé "aurait pu demander une constatation judiciaire de sa nouvelle situation et (...) la mention, dans la marge de l'acte (...), de la modification" réalisée; ils avaient souligné en outre qu'il existait "une différence fondamentale" entre pareille "mise en concordance de l'acte de naissance" et "une véritable rectification" (pages 35 et 36 du compte rendu des audiences devant la Commission). Il n'y a par conséquent pas forclusion.

II. SUR LE BIEN-FONDÉ DU MOYEN

27. L'article 26 (art. 26) de la Convention exige l'épuisement des seuls recours à la fois relatifs aux violations alléguées, accessibles et adéquats (arrêt Deweer du 27 février 1980, série A n° 35, p. 16, par. 29). Pour déterminer si un recours remplit ces diverses conditions et, partant, se révèle apte à porter remède aux griefs de l'intéressé, la Cour ne saurait apprécier le bien-fondé de ceux-ci: il lui faut le présumer, de manière strictement provisoire et comme une pure hypothèse de travail (sentence arbitrale du 9 mai 1934 dans l'affaire "des navires finlandais", Recueil des sentences arbitrale de l'O.N.U., III, pp. 1503-1504, mentionnée aussi par la Commission dans sa décision du 17 janvier 1963 sur la recevabilité de la requête no 1661/62, X et Y contre la Belgique, Annuaire de la Convention, vol. 6, p. 367).

Sur la base de ces principes, il y a lieu de rechercher si tel(s) des recours énumérés par le Gouvernement entre(nt) en ligne de compte sur le terrain de l'article 26 (art. 26) et, dans l'affirmative, si des raisons particulières dispensaient néanmoins D. Van Oosterwijck d'en user.

1. Sur l'existence de recours à exercer en principe

a) Demande de changement de prénoms (paragraphe 15 et 20 ci-dessus)

28. Dans sa décision du 9 mai 1978 sur la recevabilité, la Commission n'a pas répondu aux arguments que le Gouvernement avait tirés de la loi du 2 juillet 1974. Après avoir écarté ceux qui concernaient la possibilité de se pourvoir en cassation et d'invoquer la Convention devant les juges belges, elle a conclu: "Il n'a pas été soutenu que le requérant aurait eu d'autres

moyens de faire mettre fin à la situation qu'il dénonce." Elle n'a eu égard à ladite loi que dans son avis du 1er mars 1979 sur le fond du litige (paragraphe 47 du rapport).

29. Les manquements allégués par D. Van Oosterwijck consistent en des atteintes à la prohibition des traitements inhumains et dégradants (article 3) (art. 3), au droit au respect de la vie privée (article 8) (art. 8) et au droit de se marier ainsi que de fonder une famille (article 12) (art. 12). Ils découleraient d'une législation et de sentences judiciaires qui, en attribuant aux mentions de l'acte de naissance une "valeur scientifique définitive", le placeraient sous un régime juridique et administratif intolérable.

Si le requérant avait sollicité avec succès un changement de prénoms après l'entrée en vigueur de la loi du 2 juillet 1974, les tiers auraient certes eu beaucoup moins d'occasions de s'apercevoir du contraste entre son apparence et son état civil. Toutefois, il n'aurait pas vraiment résolu ses problèmes comme le prétend le Gouvernement: il n'eût réussi qu'à éliminer certains effets du mal dont il se plaint; il ne serait arrivé à en supprimer ni la cause, la non-reconnaissance de son identité sexuelle par l'État défendeur (paragraphe 12, 13 et 21, deuxième alinéa, ci-dessus), ni les conséquences sociales. La Cour se rallie à l'opinion du requérant et des délégués de la Commission sur ce point.

b) Pourvoi en cassation et appui sur la Convention

30. Selon le Gouvernement, D. Van Oosterwijck aurait dû saisir la Cour de cassation et l'inviter à censurer l'arrêt du 7 mai 1974, en particulier pour avoir assigné une portée trop étroite à la notion d'erreur donnant ouverture à rectification, question de droit non encore tranchée par elle et qui divisait les juridictions inférieures (paragraphe 14, 17 et 18 ci-dessus). Le non-épuisement résulterait de surcroît de ce que l'intéressé n'aurait invoqué la Convention ni en première instance ni en appel, fût-ce en substance (paragraphe 12-13 ci-dessus).

31. La Commission ne souscrit pas à cette thèse que combat aussi le requérant. La Cour d'appel de Bruxelles se serait fondée sur des constatations de fait échappant au contrôle de la Cour de cassation et nul n'aurait soutenu qu'elle ait enfreint le droit belge en vigueur; un pourvoi n'eût donc présenté aucune chance réelle de succès. En outre, il ressortirait de l'appel du 14 février 1974 et de l'avis du ministère public (paragraphe 13 ci-dessus) que D. Van Oosterwijck a bien soulevé en Belgique les griefs formulés ensuite par lui devant la Commission. Sans doute n'a-t-il pas essayé à l'époque de les appuyer sur la Convention, mais ne saurait le lui reprocher: les clauses pertinentes de cet instrument n'auraient pas un "caractère suffisamment précis pour pouvoir être considérées comme entrant en conflit avec les normes du code civil et du code judiciaire", à "l'objet immédiat (...) très différent"; si le juge belge avait néanmoins décelé une incompatibilité avec l'article 8 (art. 8), il n'aurait pu aller jusqu'à

écarter purement et simplement la loi interne, sous peine de "créer un vide juridique insupportable".

32. La Cour note que l'arrêt du 7 mai 1974 reposait non seulement sur des éléments de fait, mais aussi, et de manière distincte, sur un raisonnement juridique: la Cour d'appel y relevait

- que l'acte de naissance fixait "en principe définitivement" le sexe, "élément de l'état de l'intéressé";

- en substance, que sa rectification présupposait la présence d'une erreur contemporaine de son établissement;

- qu'en "l'état actuel de la législation, aucune disposition ne permet(tait) de tenir compte de changements apportés artificiellement à la morphologie d'un individu, fussent-ils correspondre à ses tendances psychiques profondes" (paragraphe 13 ci-dessus).

Il échet de constater en outre qu'en interprétant les mêmes textes d'autres juridictions belges avaient abouti à des conclusions divergentes (paragraphe 17 in fine et 18 ci-dessus).

Or la Cour de cassation, si elle ne connaît pas du fond des affaires (article 95 de la Constitution), a compétence pour dire le droit et orienter ainsi la jurisprudence. Rien ne prouve, par conséquent, qu'un pourvoi fondé sur la loi nationale stricto sensu aurait été voué à l'échec.

33. Quant à la requête adressée à la Commission, sa seule base juridique réside dans la Convention. Or D. Van Oosterwijk n'a tiré argument de celle-ci ni en première instance ni en appel et ne s'est pas pourvu en cassation. La Convention forme pourtant partie intégrante du système juridique belge où elle prime la législation interne, antérieure ou postérieure (Cour de cassation, arrêt du 27 mai 1971 en l'affaire Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, Pasicrisie belge, 1971, I, pp. 886-920). En outre, son article 8 (art. 8) revêt un caractère directement applicable ainsi que la Cour l'a constaté (arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 46. paragraphe 95) et que l'ont reconnu la jurisprudence belge (Cour de cassation, arrêts des 21 septembre 1959 et 26 septembre 1978, Annuaire de la Convention, vol. 3, pp. 625-629, et Pasicrisie belge, 1979, I, pp. 126-128) et celle d'autres États (voir, pour les Pays-Bas, Hoge Raad, arrêt du 18 janvier 1980, Nederlandse Jurisprudentie, 1980, n° 462; pour le Grand-Duché de Luxembourg, Cour supérieure de Justice, arrêt du 2 avril 1980, Journal des Tribunaux, 1980, p. 491). L'intéressé aurait donc pu se prévaloir dans son pays de cette disposition et plaider qu'elle se trouvait violée dans son chef.

La Cour écarte l'objection selon laquelle la Convention n'offre pas en la matière la précision voulue pour l'exercice d'un recours interne efficace. Le libellé de l'article 8 (art. 8) a paru à la Commission assez clair pour qu'elle ait épousé dans une large mesure la thèse défendue auprès d'elle par D. Van Oosterwijk - et à réputer exacte par la Cour aux fins de l'article 26 (art. 26) (paragraphe 27 ci-dessus). On ne discerne pas ce qui eût empêché le

requérant de soutenir la même thèse devant les juges belges et ceux-ci d'aboutir à la même conclusion, voire d'en dégager les conséquences nécessaires à la réalisation du droit revendiqué.

Assurément, la Convention fournit en général devant les juridictions internes une ressource supplémentaire, à utiliser si on l'estime adéquate pour atteindre un but que d'autres arguments juridiques rendent en principe accessible (décision de la Commission, du 11 janvier 1961, sur la recevabilité de la requête n° 788/60, Autriche contre Italie, Annuaire de la Convention, vol. 4, pp. 167-177). Il peut cependant arriver, dans des circonstances particulières, que son invocation expresse auprès des autorités nationales constitue l'unique manière appropriée de leur poser d'abord, comme le prescrit l'article 26 (art. 26), un problème dont on entend saisir après coup, au besoin, les organes européens de contrôle (décision de la Commission, du 18 décembre 1963, sur la recevabilité de la requête n° 1488/62, X contre Belgique, Recueil de décisions, n° 13 pp. 93-98).

34. Quoiqu'il en soit en l'espèce, D. Van Oosterwijck n'a pas même formulé en substance dans son pays les griefs qu'il présente à Strasbourg; il ne s'est appuyé devant ses juges ni sur la Convention ni sur des moyens d'un effet équivalent ou similaire (décision précitée sur la recevabilité de la requête n° 1661/62, p. 367; décision de la Commission, du 28 mai 1971, sur la recevabilité de la requête n° 4464/70, Syndicat national de la police belge, série B n° 17, p. 79). Par là même, il ne leur a pas laissé l'occasion que la règle de l'épuisement a précisément pour finalité de ménager en principe aux États: redresser les manquements allégués à leur encontre (arrêt De Wilde, Ooms et Versyp précité, p. 29, paragraphe 50; arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 10, paragraphe 18).

c) Action d'état

35. Il existe un lien entre ce raisonnement et les observations que suscite la quatrième et dernière branche de l'exception préliminaire du Gouvernement (paragraphe 26 ci-dessus).

La doctrine, la législation et la pratique judiciaire belges distinguent entre actions d'état et actions en rectification d'actes de l'état civil. Les premières ont trait à des questions de fond: elles tendent à établir, modifier ou détruire l'état d'une personne; le but des secondes consiste seulement à réparer une erreur ou combler une lacune dans les documents destinés à prouver l'état. De cette différence de nature découlent des conséquences juridiques notables qui ressortent du code judiciaire (articles 92 paragraphe 1, 569 et 764).

Une action d'état eût permis au requérant non seulement de se prévaloir de la Convention, mais aussi de provoquer une décision préalable des juridictions de son pays sur le problème soulevé par lui devant la Commission puis la Cour et de donner d'emblée à celui-ci sa portée

véritable. Il incombera auxdites juridictions de déterminer, le cas échéant, si elle lui demeure ouverte.

En l'absence de jurisprudence belge en la matière, on ne saurait pourtant reprocher à D. Van Oosterwijck de ne pas avoir engagé jusqu'ici pareille action. En effet, la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu; en en contrôlant le respect il faut avoir égard aux circonstances de la cause (comp.: l'arrêt Stögmüller du 10 novembre 1969, série A n° 9, p. 42, paragraphe 11; l'arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A n° 13, pp. 37-38, paragraphes 89 et 92; l'arrêt Deweer précité, p. 17, paragraphe 29 in fine).

2. Sur l'existence de raisons particulières propres à dispenser le requérant d'exercer les recours retenus par la Cour

36. Il reste à rechercher, à la lumière des "principes de droit international généralement reconnus" auxquels renvoie l'article 26 (art. 26), si des raisons particulières dispensaient le requérant d'employer l'un des modes de redressement retenus aux paragraphes 32 à 34 ci-dessus.

37. D. Van Oosterwijck affirme n'avoir renoncé à se pourvoir en cassation qu'après avoir consulté "plusieurs personnes qualifiées"; elles l'auraient "unanimentement" dissuadé "d'entreprendre une telle démarche", l'estimant vaine car l'arrêt du 7 mai 1974 n'enfreignait d'après elles ni la loi ni les formes à observer (article 608 du code judiciaire). Me Ansiaux, avocat à la Cour de cassation, a exprimé un sentiment voisin le 20 septembre 1976 et en 1977 - donc après l'expiration du délai légal de trois mois (article 1073 du code judiciaire) et la saisine de la Commission (1er septembre 1976).

Aux yeux de la Cour, une telle opinion négative ne saurait à elle seule justifier ou excuser la non-utilisation d'un recours (voir par exemple la décision finale de la Commission, du 5 avril 1968, sur la recevabilité de la requête n° 2257/64, Graf Soltikow contre République fédérale d'Allemagne de la Convention, vol. 11, p. 225): elle peut au maximum contribuer à révéler, avec d'autres données, l'inefficacité ou insuffisance probables de ce dernier (décision de la Commission, du 12 juillet 1978, sur la recevabilité de la requête n° 7907/77, Mme X contre Royaume-Uni, Décisions et rapports, n° 14, p. 210).

En l'espèce, les pièces du dossier n'indiquent pas sur quelle base juridique précise les personnes qualifiées que mentionne le requérant lui ont livré leur avis. La Cour ne dispose pas d'éléments montrant qu'elles aient abordé le problème sous chacun de ses aspects, y compris la Convention. Elle n'aperçoit donc rien, sur ce point, qui soit de nature à altérer la conclusion se dégageant des paragraphes 32 à 34 ci-dessus.

38. Le requérant a aussi allégué sa mauvaise situation financière, mais la Cour note avec le Gouvernement qu'il ne l'a pas établie et qu'au demeurant il n'a pas sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite pour se pourvoir en cassation (décision de la Commission, du 6 mars 1957, sur la

recevabilité de la requête n° 181/56, Annuaire de la Convention, vol. 1, p. 140).

39. D. Van Oosterwijck a plaidé enfin qu'en vertu du principe *jura novit curia* ses juges étaient tenus d'appliquer la Convention quoiqu'il ne les y eût pas invités; il en irait d'autant plus ainsi qu'elle revêtirait un caractère d'ordre public en Belgique.

L'argument ne convainc pas la Cour. La circonstance que les juridictions belges auraient pu, voire dû examiner d'office le litige sous l'angle de la Convention ne saurait avoir dispensé le requérant de s'appuyer devant elles sur ce traité ou de leur présenter des moyens d'effet équivalent ou similaire (voir, *mutatis mutandis*, la décision non publiée de la Commission, du 4 septembre 1958, sur la recevabilité de la requête n° 342/57, X contre République fédérale d'Allemagne). Le respect de l'obligation que consacre l'article 26 (art. 26) s'apprécie dans le chef de la victime de la violation alléguée. En outre, la manière dont l'intéressé a présenté sa cause au tribunal de première instance et à la Cour d'appel de Bruxelles ne leur offrait guère l'occasion de prendre en compte la Convention.

40. Au surplus, jamais la Cour de cassation n'avait eu à se prononcer en la matière (paragraphe 18 ci-dessus). Partant, il n'existait pas même une jurisprudence qui passât pour vouer à l'échec un recours fondé sur la Convention ou sur des moyens d'effet équivalent ou similaire (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp précité, p. 34, paragraphe 62).

41. Dès lors, l'épuisement des voies de recours internes ne se trouve pas réalisé en l'espèce.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

Dit, par treize voix contre quatre, que faute d'épuisement des voies de recours internes elle ne peut connaître du fond de l'affaire.

Rendu en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le six novembre mil neuf cent quatre-vingts.

Pour le Président
Gérard WIARDA
Vice-président

Marc-André EISSEN
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 paragraphe 2 de la Convention (art. 51-2) et 50 paragraphe 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion concordante de M. Thór Vilhjálmsson;
- opinion partiellement concordante de M. Ganshof van der Meersch;
- opinion dissidente commune à MM. Evrigenis, Liesch, Gölcüklü et Matscher.

G. W.
M.-A. E.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE THÓR
VILHJÁLMSOON

(Traduction)

Par les motifs exposés au paragraphe 32 de l'arrêt, j'estime avec la majorité de la Cour que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées en l'espèce comme l'exige l'article 26 (art. 26) de la Convention. Les raisons figurant dans ce paragraphe me paraissent suffire; j'éprouve quelques doutes au sujet de celles qu'énoncent les paragraphes suivants.

OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE DE M. LE
JUGE GANSHOF VAN DER MEERSCH

J'ai voté, comme la majorité de mes collègues, pour le défaut d'épuisement des voies de recours internes. Je souscris donc au dispositif de l'arrêt.

Mais je regrette de ne pas pouvoir souscrire à certains des motifs qui fondent cette décision.

* * *

I.

1. La Cour prend successivement en considération dans l'arrêt les quatre moyens qui auraient été, selon le gouvernement belge, accessibles à M. Van Oosterwijck, pour "redresser" la situation dont il se plaint.

Elle cite ces "modes de redressement" et constate que M. Van Oosterwijck n'y a pas recouru:

- Il n'a pas formé de pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles.

- Il n'a invoqué la violation de la Convention ni en première instance ni en appel.

- Il n'a pas sollicité un changement de prénoms en se fondant sur la loi du 2 juillet 1974.

- Il n'a pas introduit d'action d'état.

2. Parmi ces "modes de redressement", la Cour écarte le fait pour M. Van Oosterwijck de n'avoir pas demandé à pouvoir changer de prénoms. Elle en donne la raison: "il n'aurait pas vraiment résolu ses problèmes (...); il n'aurait réussi qu'à éliminer certains effets du mal dont il se plaint; il ne serait (pas) arrivé à en supprimer la cause (...)". Je souscris sans réserve à la manière de voir de la Cour sur ce point.

3. En revanche, la Cour reproche à M. Van Oosterwijck de ne pas avoir utilisé deux des trois autres "voies de recours internes".

Je souscris aux considérations que la Cour fait valoir en ce qui concerne le fait de ne pas avoir invoqué la violation de la Convention et le fait de s'être abstenu d'introduire une demande relative à son état civil par une action d'état, tout en me réservant de formuler quelques observations sur ce dernier point.

4. Je ne saurais, en revanche, me rallier au motif par lequel la Cour justifie sa décision relative au défaut d'épuisement des voies de recours internes, en invoquant l'absence de pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles.

* * *

5. Pour apprécier l'obligation de M. Van Oosterwijck de se pourvoir en cassation pour que les voies de recours qui lui étaient ouvertes soient épuisées, la Cour ne peut procéder que par renvoi. Elle doit se référer au droit interne belge, qui régit la procédure en cassation; en l'espèce les règles de la recevabilité du pourvoi et des moyens à l'appui du pourvoi.

6. Sans doute est-il exact que l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles comporte, comme le dit la Cour, en dehors des considérants de fait, des motifs de pur droit.

C'est le cas là où la Cour d'appel dit: "Attendu que tout individu doit être rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance; que cet acte fixe en principe définitivement cet élément de l'état de l'intéressé." L'arrêt se réfère en s'exprimant ainsi, au droit qu'il dit être le droit belge en vigueur.

C'est le cas également pour le motif suivant: "que dans l'état actuel de la législation, aucune disposition ne permet de tenir compte de changements apportés artificiellement à la morphologie, d'un individu dussent-ils correspondre à ses tendances psychiques profondes."

7. On le voit, aucun des deux motifs n'est mélangé de fait et de droit. Ils allèguent tous deux une règle générale.

8. Mais pour savoir si contre l'arrêt fondé sur ces motifs de droit ou sur l'un d'eux M. Van Oosterwijck pouvait avec succès se pourvoir devant la Cour de cassation, il faut prendre connaissance du surplus de l'arrêt. Il ne suffit, en effet, pas de prendre en considération le motif de droit dans lequel la règle que l'on croit inexacte est énoncée. Il faut vérifier si la décision de la Cour d'appel n'est pas justifiée par d'autres motifs. Or il apparaît évident qu'il en est ainsi.

9. La Cour d'appel déclare, en effet, formellement "Qu'il n'est, dès lors établi que la partie appelante (Van Oosterwijck) appartiendrait fondamentalement, comme elle le soutient, au sexe masculin." Pourquoi "dès lors"? Parce que cette constatation est la conclusion d'un raisonnement formulé par la Cour d'appel en quatre motifs de fait, dont chacun suffit à établir que, dans son esprit, il n'est pas prouvé que M. Van Oosterwijck ait pleinement acquis le sexe masculin. Le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel est donc légalement justifié par ces motifs.

10. Le motif de droit auquel la Cour se réfère pour décider qu'à défaut de s'être pourvu en cassation, M. Van Oosterwijck n'a pas épuisé les voies de recours internes est surabondant. Or, il est de jurisprudence constante de la Cour de cassation de Belgique qu'est irrecevable le moyen qui critique un motif surabondant de la décision attaquée (Cass. 10 mars et 14 avril 1978, Pasicrisie 1978, I, pp. 773 et 912). La Cour de cassation s'est, dans l'énoncé de cette règle, selon l'espèce, prononcée parfois dans des termes différents. Ainsi: Est irrecevable, à défaut d'intérêt, le moyen qui reproche au juge d'avoir commis une erreur de droit, lorsque celle-ci est sans influence sur la

légalité du dispositif attaqué (Cass. 2 décembre 1977, Pasicrisie 1978, I, p. 387). Ou encore: Est irrecevable à défaut d'intérêt le moyen qui ne critique que certains motifs de la décision attaquée, alors que le dispositif est légalement justifié par un autre motif (Cass. 10 mars et 16 juin 1978, Pasicrisie 1978, I, pp. 773 et 1178).

11. Le pourvoi qu'aurait formé M. Van Oosterwijck était voué à l'échec. La voie de recours n'eût pas été adéquate. On ne saurait donc lui faire reproche de ne pas l'avoir tentée.

C'est à tort que le dispositif de l'arrêt de la Cour se fonde, pour décider que l'épuisement des voies de recours internes ne se trouve pas réalisé en l'espèce, sur le fait qu'il ne s'est pas pourvu en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles.

* * *

II.

12. Il existe une seconde raison pour laquelle la Cour ne pouvait fonder le défaut d'avoir épuisé les voies de recours internes qu'impose l'article 26 (art. 26) de la Convention sur le fait que M. Van Oosterwijck ne s'est pas pourvu en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, confirmant l'ordonnance qui l'avait débouté de sa requête.

S'il s'était pourvu en cassation contre l'arrêt, à supposer même que son pourvoi ait été accueilli, cela n'aurait pas permis de lui donner satisfaction. L'action n'était qu'une action en rectification de son acte de naissance. Cet objet de la demande eût lié la Cour de cassation est limité sa juridiction, comme il limitait celle des juges qui ont eu à en connaître. Elle aurait dû demeurer dans le cadre d'une demande qui ne permettait pas d'atteindre l'objet que M. Van Oosterwijck poursuivait. Et dans l'hypothèse même d'une cassation, le juge de renvoi n'aurait pu, sans statuer *ultra petita*, substituer à une demande en rectification de son acte de naissance une demande de modification de son état.

13. En effet, comme la Cour le dit elle-même à raison dans l'arrêt, les deux actions diffèrent fondamentalement: "Les premières (actions d'état) ont trait à des questions de fond; elles tendent à établir, modifier ou détruire l'état d'une personne; le but des secondes consiste seulement à réparer une erreur ou combler une lacune dans les documents destinés à prouver l'état."

14. L'action en rectification met en cause une question de preuve, c'est-à-dire l'exactitude et la régularité de cet instrument de preuve qu'est l'acte sur lequel l'état civil d'une personne est inscrit. Elle n'est pas de caractère exclusivement personnel, comme l'est l'action d'état. Elle est mue à l'intervention de tout intéressé et à l'intervention du ministère public, chargé de la vérification et du contrôle des registres de l'état civil qui se fait au moins une fois par an. Les rectifications des actes de l'état civil sont

innombrables, spécialement dans les registres de l'état civil des petites communes, où les échevins de l'état civil n'ont pas toujours toute la formation requise pour l'établissement de pareils actes. A l'opposé de la situation qui est celle de l'action d'état, dans l'action en rectification il n'existe aucune contestation sur l'état de la personne en cause.

15. L'action d'état, par contre, soulève la question de savoir quel est l'état véritable d'une personne. Elle se présente sous la forme d'une contestation ou d'une réclamation de l'état civil de cette personne. C'est toujours l'existence même de la situation dans laquelle se trouve la partie, qui est l'objet de l'action, véhicule de la demande.

16. C'est à juste titre que l'arrêt de la Cour signale que le Code judiciaire organise avec précision la procédure de l'action d'état. Sur le terrain de la procédure, il existe, en effet, une situation parallèle à la différence fondamentale de nature des deux actions.

17. L'action en rectification de l'acte d'état civil bénéficie d'une procédure rapide en raison des intérêts relativement minimes qu'elle met en jeu; il s'agit d'une simple procédure sur requête.

18. En revanche, l'action d'état est soumise à la procédure "ordinaire" et contradictoire. Elle est strictement personnelle à la partie en cause; elle ne peut même pas être exercée par le ministère public. Elle est de la compétence exclusive du tribunal de première instance; elle doit être soumise à une chambre à trois juges et est communicable au ministère public, garanties exceptionnelles prévues par le Code judiciaire en raison de l'importance de la matière pour l'ordre social. La doctrine insiste sur ce qu'il serait inadmissible qu'une action d'état se dissimulât sous la forme d'une action en rectification d'acte d'état civil pour bénéficier des facilités de procédure qu'offre celle-ci. L'action en rectification de l'acte d'état civil est la conséquence automatique de l'action d'état accueillie.

19. L'état des personnes n'est pas disponible. Il est d'ordre public. On n'imagine pas qu'il puisse faire l'objet d'une procédure sur simple requête, sans même exiger de caractère contradictoire, comme c'est le cas pour l'action en rectification de l'acte d'état civil. C'est une chose hors commerce. Le particulier, à qui cette chose est personnelle, ne peut ni en disposer ni la modifier par convention.

20. L'action d'état doit pouvoir être exercée chaque fois qu'un élément de l'état des personnes est contesté ou réclamé. C'est le cas notamment en matière de filiation, de réclamation d'enfant légitime ou naturel, de désaveu de paternité, de divorce, de séparation de corps, d'annulation de mariage. Elle doit pouvoir être exercée aussi dans le cas de réclamation par un individu de la reconnaissance de son sexe.

21. Les matières concernant l'état des personnes qui viennent d'être indiquées, sont des matières qui font l'objet de dispositions complètes du code civil, hormis celle qui concerne le sexe, pourtant incontestablement un élément de l'état des personnes; si celle-ci ne fait sans doute pas l'objet d'un

système particulier du code, elle n'est pas ignorée de celui-ci puisqu'elle intéresse les conditions du mariage. On ne saurait, d'autre part, perdre de vue que l'article 14 (art. 14) de la Convention, qui consacre la règle de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, est aussi une disposition du droit positif belge, étant directement incorporé dans le droit interne.

22. Au défaut de se voir reconnaître son propre sexe, élément de son état, inséparable de sa personne, l'homme ou la femme ne saurait occuper pleinement sa place dans la vie sociale. Le droit à cette reconnaissance est un principe général de droit, on l'a dit.

23. Même ne fût-il pas énoncé dans la loi, le principe général de droit constitue, en droit interne belge, un élément de l'ordre juridique. Il est, dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, une source autonome de droit, qui a valeur de droit positif¹. Le juge est tenu d'en assurer le respect². Nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation qui s'y réfèrent en matière civile, où le pourvoi doit, à peine d'irrecevabilité, indiquer la ou les dispositions violées. Or, notamment en matière de violation du droit de la défense qui ne fait pas l'objet d'une règle général de droit positif, fréquents sont les pourvois en cassation qui se bornent à indiquer le principe général de droit sans se référer à une disposition légale (Cass. 22 décembre 1977, Pasicrisie 1978, I, p. 472; 11 avril 1978, *ibid.*, I, p. 892). Il est même des cas où la violation du principe général de droit, sans référence aucune à la loi, est invoquée comme moyen d'office (Cass. 31 octobre 1972), Pasicrisie 1979, I, p. 265). La Cour de cassation consacre la légalité de cette procédure.

24. Il n'existe aucune différence de nature entre l'action d'état exercée dans une matière réglée par une ou plusieurs dispositions de la loi civile et celle qui ressortit à un principe général de droit. Celle-ci sera éventuellement exercée contre le ministère public.

25. De l'ensemble de ces considérations s'impose la conclusion que l'action d'état exercée par une personne en reconnaissance de son sexe se distingue fondamentalement par sa nature et son objet de l'action en rectification de son acte de naissance, qui n'intéresse que la régularité en l'exactitude de l'instrumentum contenant des éléments de son état civil.

26. Un pourvoi en cassation introduit contre l'arrêt qui confirmait le rejet de la demande de rectification de l'acte de naissance de M. Van Oosterwijck aurait donc été, pour une seconde raison de droit, nécessairement voué à l'échec. Ce n'était pas une voie de recours adéquate.

27. Pour les motifs exposés dans chacun des deux chapitres de la présente opinion, la Cour ne pouvait fonder la dispositif de l'arrêt sur

¹ et ² W. Ganshof van der Meersch. *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Journal des Tribunaux, 1970, pp. 557 ss et 581 ss.

l'absence d'un pourvoi en cassation pour décider que M. Van Oosterwijck n'avait pas épuisé les voies de recours internes avant de saisir la Commission de sa requête.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE À MM. LES JUGES
EVRIGENIS, LIESCH, GÖLCÜKLÜ ET MATSCHER

1. Nous regrettons de ne pas pouvoir partager l'opinion de la majorité de nos collègues selon laquelle l'épuisement des voies de recours ne se trouve pas réalisé en l'espèce.

2. Il est de la jurisprudence constante de la Cour que la règle de l'épuisement ne s'applique que si les voies de recours internes relatives aux manquements allégués sont accessibles et adéquates (paragraphe 27 de l'arrêt).

Il est en outre admis que la preuve de l'existence des voies de recours internes accessibles et adéquates incombe à l'État qui se prévaut de la règle (arrêt Deweer du 27 février 1980, série A n° 35, p. 15, par. 26).

3. Il s'ensuit que l'exception de non-épuisement ne peut se baser sur l'existence théorique et fort contestée en droit positif d'une voie de recours interne, pas plus que sur l'indication d'une voie de recours existante, mais inadéquate à porter remède dans le cas d'espèce.

4. C'est sur la base de ces principes et considérations qu'il faut rechercher si les deux moyens avancés par le gouvernement belge et retenus par la Cour entrent en ligne de compte sur le terrain de l'article 26 (art. 26) et, dans l'affirmative, si des circonstances particulières dispensaient D. Van Oosterwijck d'en user.

5. Il est notamment reproché au requérant de ne pas avoir saisi la Cour de cassation en l'invitant à censurer l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 7 mai 1974.

6. Au sujet de cette voie de recours nos vues diffèrent de celles de la majorité de la Cour.

En effet, la requête introduite par l'intéressé le 18 octobre 1973 devant le tribunal de première instance de Bruxelles avait pour but la "rectification d'un acte de l'état civil" (paragraphe 12 de l'arrêt) sur la base des dispositions y relatives du code judiciaire (paragraphe 17).

Le ministère public conclut au rejet de la demande, parce que D. Van Oosterwijck n'avait pas fourni la preuve d'une erreur entachant la constatation initiale de son sexe.

Le tribunal de Bruxelles débouta le demandeur, car celui-ci n'avait pas démontré que l'officier de l'état civil se fût trompé en rédigeant l'acte de naissance; en outre, son argumentation révélait le contraire puisqu'il ne prétendait pas avoir été "fondamentalement" un homme dès l'origine (paragraphe 12).

7. La Cour d'appel de Bruxelles confirma cette décision de rejet aux motifs que pour pouvoir être rectifié un acte d'état civil devait renfermer une erreur contemporaine de son établissement; aucune clause des lois en vigueur n'autorisait à "tenir compte de changements apportés artificiellement à la morphologie de l'individu", comme en l'espèce,

"dussent-ils correspondre à ses tendances psychiques profondes". Or "ni l'examen corporel de la partie appelante (...) ni l'offre de preuve scientifique de l'étiologie biologique de la transsexualité" n'étaient de nature à déceler l'existence, dès le début, de "caractéristiques physiques du sexe masculin ou même (de) tendances à la transsexualité" (paragraphe 13).

8. Pour autant que le moyen éventuel critiquerait les constatations de fait de la Cour d'appel il serait irrecevable, la Cour de cassation ne contrôlant que l'application du droit.

Il serait encore irrecevable, comme mélangé de fait et de droit, dans la mesure où il contesterait la conclusion du jugement du fait.

De même la détermination de la portée de l'offre de preuve, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il importe encore de relever que même dans l'hypothèse d'un accueil favorable d'un pourvoi en cassation, le juge de renvoi n'aurait pu, sans statuer *ultra petita*, substituer à la demande en rectification d'un acte de l'état civil de requérant une demande en modification de son état, alors que l'objet initial de la demande limitait la compétence des juridictions saisies.

Finalement, l'affirmation que la jurisprudence belge en la matière était incertaine et que la Cour de cassation aurait pu infirmer la décision du juge du fond pour avoir violé les règles de droit en matière de rectification d'actes de l'état civil paraît une pure spéculation juridique (arrêt, paragraphe 32); en effet une telle hypothèse reste à l'état de simple allégation, alors qu'elle n'est étayée par aucune considération juridique suffisamment fondée en droit positif belge.

Avant l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 7 mai 1974 il n'existait en Belgique, semble-t-il, qu'une seule décision, celle du tribunal de première instance de Gand du 20 octobre 1965, statuant dans une affaire comparable, mais dans un sens opposé, tandis que deux autres jugements plus récents (Charleroi, 1973, et Malines, 1975) avaient opiné dans le même sens que le tribunal et la Cour d'appel de Bruxelles.

Certes, depuis lors les conceptions en matière de transsexualité et, par conséquent, la jurisprudence y relative de divers pays européens ont évolué. Toutefois, ce n'est qu'en 1978 qu'un jugement du tribunal de première instance de Gand, d'ailleurs resté isolé semble-t-il, a donné suite à une demande de rectification sur la base d'un prétendu changement de sexe.

Il faut en déduire qu'à l'époque où le requérant a introduit sa demande, la jurisprudence belge dominante en cette matière, loin d'être incertaine, s'opposait à toute procédure en rectification.

Dans ces conditions on ne saurait critiquer le requérant de ne pas avoir, sur l'avis de ses conseillers, tenté sa chance devant la Cour de cassation.

9. Le non-épuisement des voies de recours résulterait de surcroît de ce que l'intéressé n'a invoqué la Convention ni en première instance ni en appel, fût-ce en substance (paragraphe 30 et 34).

Nous devons également marquer notre désaccord avec la conclusion de la Cour sur ce point.

10. D'une part en effet il appert de l'acte d'appel du 14 février 1974, dirigé contre l'ordonnance refusant la rectification de son acte de naissance, que le requérant, s'il ne s'est pas directement appuyé sur la Convention, a néanmoins invoqué un moyen d'un effet équivalent ou similaire (paragraphe 34); il a notamment déclaré que "la Cour doit juger en équité, humainement, conformément à l'intérêt social, et à celui de la requérante; qu'il est certain que Van Oosterwijck est homme" (arrêt Guzzardi, par. 72).*

11. D'autre part, il est admis que l'article 8 (art. 8) de la Convention a des effets directs dans l'ordre juridique interne de la Belgique et que les justiciables peuvent, devant les juridictions belges, invoquer le droit général au respect de leur vie privée.

Mais eu égard au caractère abstrait des termes de cette disposition et à défaut de précédents jurisprudentiels, on ne saurait reprocher au requérant de ne pas l'avoir invoquée expressément devant le juge national belge dans une procédure de rectification de son acte de naissance, soumise à une technique juridique particulière.

En effet, l'application au cas d'espèce de la règle de l'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable à la saisine d'une juridiction internationale appelle les réflexions suivantes.

La règle vise avant tout l'hypothèse où la prétendue violation d'une norme de droit international (coutumier ou conventionnel) est due à un acte administratif ou judiciaire. Dans ce cas, l'État défendeur doit pouvoir redresser le grief allégué d'abord par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne.

Il en est différemment lorsque la prétendue violation de la norme internationale résulte du contenu matériel d'une disposition légale de droit interne ou de la carence d'une telle disposition. Dans cette hypothèse, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un redressement de la situation litigieuse pourra être réalisé par le recours à une autorité judiciaire supérieure.

Or dans la présente affaire nous nous trouvons en présence d'une situation rentrant dans la seconde hypothèse. En effet, la mise en concordance du droit interne avec le droit international ne peut se faire que moyennant l'adaptation du premier, ce qui normalement est en dehors de la compétence et des possibilités d'un particulier.

12. Il est en effet, eu égard au principe de la séparation des pouvoirs, peu probable que le juge national eût pu soit de sa propre initiative, soit sur invitation du requérant, combler une lacune législative, dès lors qu'il s'agit en l'espèce d'une question de fond touchant à l'état des personnes et que

* Note du greffe : Arrêt Guzzardi du 6 novembre 1980, Série A n° 39, pp. 26-27.

l'article 8 (art. 8) de la Convention ne lui donne guère à cet effet des injonctions précises.

Quoi qu'il en soit, pareille lointaine hypothèse ne saurait être retenue comme fondement de l'application de la règle de l'épuisement sans que soit méconnue la finalité de cette règle dans le système de la Convention.