

Transsexualisme et Droit :

« État des lieux »

G. Fauré *

2, rue Albert Camus, 75010 Paris.

Correspondance

G. Fauré, à l'adresse ci-contre.
e-mail : georgesfaure@hotmail.com

Est définie comme transsexuelle la personne qui désire obsessionnellement changer d'état sexuel, physique et juridique, au nom de la ferme conviction que son identité sexuelle est contraire à sa conformation psychologique. C'est ce qui d'ailleurs permet de distinguer le transsexualisme de l'homosexualité ou du travestissement.

La question du transsexualisme a posé et pose toujours difficulté aux juristes. En effet, à sa naissance, l'enfant est déclaré à l'état civil de sexe masculin ou de sexe féminin

Rappel des textes

Cf. art. 57 alinéa 1^{er} du Code Civil : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant ... ».

Or, la conviction du transsexuel d'appartenir au sexe opposé s'affirme progressivement. Ainsi la mention du sexe de naissance sur l'acte d'état civil ne fait pas l'objet d'une erreur initiale susceptible en Droit d'une simple rectification susceptible alors d'une action judiciaire simplifiée, cf. art. 99 du Code Civil., mais plutôt d'un changement ultérieur impliquant une véritable action judiciaire (*Encadré 1*).

Encadré 1 :

Devant le tribunal de grande instance, le transsexuel engageant une action contre le Procureur de la République. Ce dernier, en effet, contrôle la tenue des registres de l'État civil.

Le sujet était par exemple de sexe masculin à sa naissance et revendique une vingtaine d'années plus tard le sexe féminin, au nom d'un transsexualisme avéré.

Normalement, l'état civil de naissance d'une personne échappe, par principe, à sa volonté toute puissante : on dit que l'état des personnes est indisponible. Pourtant dans le transsexualisme, le sujet au nom de sa volonté, va demander et obtenir une opération de conversion sexuelle. Son acte de naissance doit-il, en conséquence, traduire en droit cet état de fait ?

Devant ce problème, la loi française est silencieuse. La reconnaissance du transsexualisme par le Droit français a été l'œuvre de la jurisprudence donc celle des tribunaux. Voyons tout d'abord dans un état des lieux ce qui est d'ores et déjà réglé par le Droit français puis ensuite ce qui ne l'est pas encore.

Ce qui est d'ores et déjà réglé par le Droit français

Chronologiquement c'est une décision rendue par la Cour Européenne des droits de l'homme, le 25 mars 1992, qui a unifié la jurisprudence française en matière de transsexualisme. Dès lors, il convient d'étudier cette jurisprudence avant et après 1992.

La jurisprudence avant 1992

Avant 1992, même après expertise médicale posant un diagnostic de transsexualisme véritable, la Cour de cassation refusait la demande de changement de la mention de sexe sur l'acte de naissance.

À l'appui de ce refus, plusieurs arguments furent mis en avant.

Tout d'abord, en 1975, la Cour de cassation se plaça sur le terrain de l'indisponibilité de l'état des personnes « au respect duquel l'ordre public est attaché » et qui « interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues »¹. En d'autres termes, la Haute Juridiction considérait que l'intervention chirurgicale demandée par un transsexuel à un médecin était l'expression d'une volonté portant atteinte au dogme de l'indisponibilité de l'état des personnes, en l'occurrence de l'état civil de naissance d'une personne².

Puis la Cour de cassation changea de justification : pour elle, le sexe se définissait principalement par son caractère chromosomique et non par sa conformation morphologique ou par le sentiment identitaire du sujet. En 1983, l'affirmation est implicite : « En dépit des opérations auxquelles elle s'était soumise, Nadine S... n'était pas de sexe masculin »³ ; puis en 1990, la position devient on ne peut plus explicite : « Le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe »⁴.

Ce faisant, la Cour de cassation, refusait au Droit français d'apporter sa part au traitement médico-juridique du transsexualisme. Le transsexuel opéré ne pouvait être « transsexualisé » c'est-à-dire obtenir le changement de la mention du sexe sur les actes d'état civil.

Pourtant, la jurisprudence n'était pas uniforme et l'on pouvait même observer un mouvement important de résistance de la part des tribunaux de grande instance, voire même de certaines cours d'appel. En 1989, j'avais ainsi relevé que 18 jugements de tribunaux de grande instance et 6 arrêts de cours d'appel sur 16 sur 21 avaient accepté de faire droit à des demandes de changement juridique de sexe⁵. Ain-

1. Cf. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1975, 1^{ère} espèce, D. 1976, 397, note Nerson.

2. Pour une critique de la mauvaise utilisation de cette notion contre les demandes de changement juridique de sexe, Voir G. Fauré, « Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes », Rev. Trim. de Droit sanitaire et social

3. Cf. Civ. 1^{ère}, 30 novembre 1983, J.C.P. 1984, 20 222, obs. J. Penneau.

4. Cf. Civ. 21 mai 1990, J.C.P. 1990, II, 21588.

5. Cf. étude précitée, note 2.

* Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Amiens, Directeur du Master de Droit de la santé.

si, les transsexuels subissaient une inégalité géographique selon la juridiction saisie.

À l'inégalité de la réponse judiciaire, s'ajoutait une attitude empreinte d'hypocrisie. En effet, dans certains cas, les juges refusaient le changement de la mention de sexe sur les registres de l'état civil mais admettaient le changement de prénom, à condition toutefois que l'intéressé demande un prénom neutre donc indifférencié sexuellement.

C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, en 1992, a sonné le glas pour la solution restrictive de la Cour de cassation française.

La jurisprudence depuis 1992

Mécontent de la position de la Cour de cassation, un transsexuel décida d'engager une action contre la France devant la Cour européenne de Strasbourg pour violation de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour de cassation, interprétant elle-même cette Convention européenne avait pourtant considéré que le respect de la vie privée et familiale n'imposait pas « d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien »⁶.

Rappel des textes

Cf. art. 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance... ».

Mais la Cour de Strasbourg, en mars 1992, condamna fermement la France au nom justement du respect de la vie privée : « Violent l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme relatif au respect de la vie privée, les refus opposés à une personne déclarée de sexe masculin à l'officier d'état civil (...) d'ordonner une rectification de son acte de naissance et un changement de son prénom »⁷.

Moins de 9 mois après l'arrêt européen, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, c'est-à-dire dans sa formation la plus importante, bon gré mal gré, décida de s'incliner : le respect dû à la vie privée d'un vrai transsexuel « justifie que son état civil indique désormais le sexe dont il a l'apparence »⁸.

Depuis lors, la Cour de cassation n'a plus changé de position⁹.

Quels sont les enseignements de la jurisprudence quant à l'admission du changement juridique de sexe ?

Un premier enseignement découle d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en 1998 : les juges ont décidé que la modification de la mention de sexe de l'intéressé n'avait pas d'effet sur la filiation de son fils¹⁰. Étant le père à la naissance, il le restait juridiquement malgré son changement de sexe à l'état civil (du sexe masculin au sexe féminin).

Deuxième enseignement : le changement juridique du sexe s'accompagne, fort logiquement, d'un changement de prénom, sans qu'il y ait lieu comme auparavant, à une limitation hypocrite aux seuls prénoms neutres.

Encadré 2 :

Une personne est « transsexualisée » quand elle a changé médicalement et juridiquement de sexe.

Comme nous venons de le constater, depuis l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'homme de Strasbourg en mars 1992, la situation globale des transsexuels au regard du droit français s'est bien nettement améliorée. Même si plusieurs points juridiques sont désormais réglés, il n'en reste pas moins que pose encore problème au Droit français le mariage dont l'un des deux membres est « transsexualisé » (*Encadré 2*).

Ce qui n'est pas encore réglé par le Droit français

Une possible attitude restrictive du Droit français est à nouveau susceptible de passer sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme.

La possible attitude restrictive du Droit français

La restriction concerne le droit au mariage. En effet, de toute évidence, l'article 144 du Code civil pose implicitement le principe de la différenciation des sexes en matière de mariage.

Rappel des textes

Art. 144 du Code civil : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».

Si la différenciation visée par le Code civil est celle qui résulte de la mention du sexe dans l'acte de naissance, aucune difficulté n'interviendrait alors. Un transsexuel originellement de sexe masculin ayant obtenu judiciairement la mention sexe féminin sur son acte de naissance pourrait donc se marier avec un homme.

En revanche si la différenciation juridique se double d'une différenciation génétique, le mariage précédent ne pourrait intervenir. En effet, le transsexuel masculin ayant obtenu le changement juridique de sexe n'est pas pour autant génétiquement une femme.

Les juridictions ne se sont pas vraiment prononcées sur cette interprétation, restrictive ou pas, de l'article 144 du Code civil. Pourtant, la décision de la Cour de cassation de 1992 pourrait consacrer l'interprétation restrictive. En effet, les hauts magistrats se sont bien gardés de dire que la personne transsexuelle avait le nouveau sexe demandé mais plutôt que le respect dû à la vie privée « justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »¹¹.

Dès lors, la Cour de cassation se réserve, peut-être, la possibilité d'affirmer que l'article 144 du Code civil exige pour le mariage une différenciation juridique et génétique des sexes. La conséquence d'une telle affirmation pour les transsexuels serait particulièrement grave puisqu'ils ne pourraient pas prétendre au mariage. Ainsi, un homme étant devenu juridiquement de sexe féminin pour l'état civil ne pourrait ni se marier avec une femme (discordance de sexe génétique mais concordance de sexe juridique) ni avec un homme (discordance de sexe juridique mais

6. Cf. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, précité.

7. Cf. CEDH 25 mars 1992, D. 1993, 101, note J.P. Marguénaud.

8. Cf. Ass. Plénière, 11 décembre 1992, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 1^{er}, Dalloz, 11^e édition, 2000, n° 22-23.

9. Voir dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1994, RTD Civ. 1995, 598, obs. Hauser.

10. Cf. Paris, 2 juillet 1998, JCP 1999, II, 10005, note T. Garé.

11. Cf. Ass. Plén. 11 décembre 1992, précité.

concordance de sexe génétique)¹². Il ne lui resterait alors qu'à se passer ou à vivre en concubinage.

Les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme

Un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en juillet 2002, est susceptible à nouveau de changer la donne juridique française. En effet dans cette décision, les juges strasbourgeois ont considéré à l'unanimité le fait que le droit du Royaume-Uni ne retienne en matière de mariage que le sexe enregistré à la naissance (donc le seul sexe génétique) comme une limitation « à la substance même du droit de se marier »¹³ constitutive d'une atteinte à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Encadré 3*).

12. Cette menace en matière de mariage est réelle ; il suffirait qu'un des proches ou le ministère public ne fasse opposition sur le fondement des articles 172 et suivants du Code Civil. Toutefois, des mariages avec des transsexuels ont déjà pu intervenir, sans que l'officier d'état civil qui les a célébrés ne le sache et ce, en application de l'Instruction Générale relative à l'État Civil du 11 mai 1999 ; cf. notamment, J. Hauser, obs. Rev. Trim. Droit Civil 2002, 784.

13. Cf. CEDH 11 juillet 2002, « Christine Goodwin c/ Royaume-Uni », D. 2002, 2305.

Encadré 3 :

À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

Il s'agit d'un revirement important et attendu : 4 ans auparavant, la même juridiction avait affirmé que ce même article 12 ne visait que le « mariage traditionnel de deux personnes de sexe biologique différent »¹⁴.

En conséquence de la décision de 2002, sous peine d'entraîner une condamnation de la France, la Cour de cassation, si elle était saisie de cette question, devrait raisonnablement affirmer que l'article 144 du Code civil ne concerne que la seule différenciation juridique et non génétique des sexes. Le mariage des transsexuels devrait donc devenir très vite pour le Droit français une possibilité légale véritablement reconnue. Toutefois cette évolution, souhaitable pourtant en soi, pourrait être freinée en raison du débat actuel sur le mariage des personnes de même sexe. Ces dernières pourraient alors réclamer un alignement sur la situation juridique des transsexuels au nom de l'égalité génétique des sexes... La guerre des sexes aura-t-elle à nouveau lieu ?

14. CEDH, 30 juillet 1998, « Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni », D. 1998, Somm. 370. Adde : G. Fauré, « Le transsexualisme », in « L'identité politique », sous la direction de J. Chevallier, CURAPP, PUF 1994, pp. 190 et suiv.

Ethique & Santé en ligne !

Retrouvez les articles (en texte intégral pour les abonnés) de la revue Ethique & Santé sur le site internet à l'adresse suivante :

www.e2med.com/es