

**Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent
Transsexualisme. Etat civil. Rectification.**

Jean Hauser, Professeur à la faculté de droit de Bordeaux

Alors que l'on tire encore les dernières salves juridiques pour (avec modération, T. Garé, note sous Cour EDH, 25 mars 1992, *JCP* 1992.II.21955) ou contre (C. Lombois, La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de

l'homme, *D.1992.Chron.* 323) ou pour une solution transactionnelle d'un changement limité à l'apparence sans conséquences juridiques (J. Massip, Le transsexualisme, état de la question, *Deffrénois*, 1992.1009), à propos du droit pour les transsexuels d'obtenir la modification de leur sexe à l'état civil, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation réunie le 11 décembre 1992 s'est prononcée en faveur d'une réponse positive revenant ainsi sur sa jurisprudence de 1990 partiellement condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est inutile de rappeler que la plus grosse partie des juridictions du fond avait refusé de s'incliner devant la position de la Cour de cassation ramenant le sexe au seul sexe

chromosomique (V. nos obs. cette *Revue* 1992.46 ; adde encore, TGI Paris, 4 févr. 1992, *Bull. inf. C. cass.*, 1992, n° 350, p. 38) avec, il est vrai, un certain clivage entre les tribunaux et les cours (V. ainsi l'arrêt cassé, Aix, 15 nov. 1990 et de la même cour, Aix, 9 oct. 1991, *JCP* 1992.IV.334, un beau terrain de psycho-sociologie judiciaire ?).

A chaud ces quelques remarques ne peuvent être que symboliques en attendant que chacun reprenne ses marques. Ce symbole, nous l'avons marqué par un changement de place pour traiter la question : de l'état civil aux droits de la personnalité. C'est d'abord poser, dans une démarche d'un classicisme universitaire, la question du fondement de la décision avant d'en préciser les limites et les conséquences.

Il y a toujours quelque impudeur dans un revirement de jurisprudence et celui-ci n'y fait pas exception. On apprendra donc sans étonnement excessif et sans commentaire que la modification demandée ne se heurte pas au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le fondement plus précis de la décision est d'abord une référence à l'arrêt européen dans l'affaire *B.* : « le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ». L'affirmation va fort loin. Elle donne d'abord à l'article 9 du code civil une résonance imprévue et une valeur supplémentaire. Ce n'est certes pas la première fois que ce principe, sous la forme de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, est invoqué dans des débats liés au droit des personnes ou de la famille, par exemple pour essayer d'écarter le divorce pour rupture de la vie commune ou encore pour tenter de justifier le refus de révéler son adresse pour un débiteur d'aliments (Sur l'ensemble en droit comparé, V. la remarquable synthèse de M^{me} Meulders-Klein, Vie privée, vie familiale et droits de l'homme, *Rev. int. dr. comp.* 1992.767 et s.). Mais précisément l'argument n'a pratiquement jamais été retenu. Comment se fait-il qu'il le soit ici ? On peut tenter une explication que suscite la fameuse théorie du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. A chaque fois l'intérêt général ne se trouvait pas seul d'un côté en face d'un intérêt individuel, il était lié à un intérêt particulier opposé : droit au divorce, droit aux aliments. On est obligé de constater que quand l'intérêt général se trouve seul il perd la partie. Il est facile d'en déduire un repli certain de l'ordre public en matière d'état des personnes sur l'ordre public de protection par disparition de l'ordre public de direction. Une partie de cet état civil des personnes émigre du droit objectif de l'état vers le droit subjectif sur les éléments de la vie privée. Le phénomène n'est pas étonnant et n'oublions pas qu'il avait déjà touché une bonne partie de cette branche du droit (V. par ex. les discussions classiques sur la nature juridique du droit au nom).

La limite de la solution est plus difficile à préciser et elle est loin de garantir un avenir immédiatement clair. La Cour reprend d'abord, heureusement selon nous, la référence qui fut la sienne dans certaines décisions au « traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique » ce qui devrait permettre d'exclure les abus et trafics. Le renvoi aux critères thérapeutiques, qui repose sur les fondements les plus solides, n'est-il pas manière de dépit envers la médecine qui se trouve alors aux premières lignes de la discrimination ? Après avoir superbement ignoré la complexité scientifique du sexe en 1990, n'est-ce pas une façon de prendre la science au mot ? L'entreprise n'est pas plus impossible que bien d'autres demandes faites à l'art médical (décider si un prévenu était privé de discernement au moment des faits ? art. 122-1 nouveau c. pén.), elle renvoie à une casuistique arbitraire par les juges du fond.

La Cour limite ensuite sa solution au cas où la personne présentait le syndrome du transsexualisme et ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine. La formule est souple. Il suffit d'avoir perdu certains caractères de son sexe d'origine ce qui exclut tout *a priori* qu'une simple expertise de type chromosomique pouvait permettre. C'est plus à un bilan global qu'est invité le juge du fond.

Elle exige encore que la personne ait pris une apparence physique la rapprochant de l'autre

sexe. On retrouve de nouveau le même souci de souplesse puisque n'est exigé que le rapprochement apparent ce que confirme enfin la référence, cumulative, au comportement social. L'abandon du critère chromosomique au profit d'un critère comportementaliste, scientifiquement toujours discutable, a, par contre, une signification essentielle en droit. F. Gény y eût vu le passage du sexe du donné vers le construit (*Science et technique en droit privé positif*, I, n° 33) mais en écho, et bien avant, ne peut-on rappeler Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre prélimin. titre II, IX) : « Les hermaphrodites sont ceux qui ont les marques des deux sexes. Et ils sont réputés de celui qui prévaut en eux ».

La référence par deux fois à l'apparence conduit alors à s'interroger sur la portée proche et plus lointaine de la décision puisque tout ceci « justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ». Il y aurait donc désormais un droit à la conformité entre l'apparence et l'état civil de l'individu. Ce qui est valable pour le sexe devrait *a fortiori*, puisque la nature n'est plus en jeu, être valable pour le nom ou le prénom. Or si, sur ce dernier élément, la loi récente sur l'état civil apporte d'importants assouplissements, il n'en est pas de même sur le nom où la « révolution » est beaucoup plus limitée. La différence de traitement ne pourrait se justifier que si on souligne l'importance du nom en tant qu'élément de police civile ce qui réintroduirait l'ordre public de direction. Mais est-ce encore bien vrai ? Pourra-t-on encore longtemps accorder par une procédure simple un changement de sexe à l'état civil au transsexuel qui a changé d'apparence et soumettre à une procédure compliquée celui qui veut simplement changer de nom ?

Quant à la portée proprement dite de la décision sur les points qui, à tort ou à raison, ont mobilisé les commentateurs, à savoir le mariage, le divorce et l'adoption ils méritent sans doute examen plus approfondi désormais. On n'évoquera pas l'adoption, l'intérêt de l'enfant qui en est le seul critère ne nous semblant pas susceptible de fournir une réponse générale, même si les contre-indications générales peuvent sembler nombreuses. Sur le premier point nous avons dit ce que nous en pensons. M. Garé (préc.) et M. Renucci

(D. 1992.Somm. 325) ont raison de souligner que le droit au mariage est indissociable de la position prise, même si la jurisprudence de la Cour européenne n'est pas sur ce point des plus claires. Si l'on voulait soutenir le contraire il faudrait admettre qu'à côté d'un état civil apparent il y aurait un état civil réel qui seul compterait pour le mariage ce qui conduirait à bien des difficultés et dépasserait sans doute ce que ses partisans envisagent. Le mariage s'est longtemps satisfait, et se satisfait encore, de certaines apparences, y compris de consentement ce qui était autrement plus grave, il en faut sans doute plus pour le déstabiliser. Une fois célébré, et puisque par hypothèse le conjoint était au courant des circonstances, il sera hors d'atteinte de la nullité, au moins pour erreur, sur les qualités essentielles.

Quant au mariage antérieur éventuel de la personne ayant changé d'état civil, nous avons posé la question et la réponse devient urgente. Remarquons que si, comme on le prétend parfois, le transsexualisme remonte à un syndrome de la petite enfance (mais M. Massip, chron. préc. remarque alors, non sans malice, que cela cadre mal avec un mariage à l'âge adulte) et était inconnu de l'autre au moment du mariage la nullité pour erreur sur les qualités essentielles ne serait pas inconcevable si toutefois la cohabitation n'a pas duré plus de six mois après la découverte de l'erreur (art. 181 c. civ.). Dans le cas contraire, sauf improbable modification de l'article 227 du code civil par ajout d'un cas, la mort, le divorce... le changement de sexe à l'état civil, il faut se replier sur d'autres solutions.

La solution du divorce doit être envisagée à deux points de vue en considérant d'emblée que le divorce sur requête conjointe est *a priori* possible. Le divorce sur demande acceptée ne devrait pas non plus poser de problème puisque l'accord y est essentiel et que l'exposé des faits rendant intolérable le maintien de la vie commune pourra être nourri sans difficultés ! Pour les autres formes de divorce il faut distinguer. Le divorce pour rupture de la vie commune, à la demande de l'un ou de l'autre, est certainement possible si les conditions sont remplies et on peut penser que, très souvent, la condition centrale d'une séparation de plus de six ans sera satisfaite. On pourrait même imaginer qu'il soit la seule solution ouverte au transsexuel, le délai de carence de six ans de séparation pour aller d'un mariage à un autre pouvant être considéré comme sauvant au moins les apparences. Le divorce pour faute est plus difficile à imaginer. Si le divorce est demandé par le transsexuel lui-même, il pourrait invoquer la faute de son conjoint s'il en existe une mais celui-ci sera tenté de rétorquer en invoquant la réciprocité des torts au titre de l'article 245 du code civil et s'ouvrira alors le débat sur la définition de la faute cause de divorce. En effet si le divorce est demandé par le conjoint du transsexuel le fait du changement de sexe est-il une faute alors que l'arrêt du 11 décembre 1992 évoque plutôt un changement subi ? On va alors se heurter au texte même de l'article 242 du code civil qui exige des faits « imputables ». Certes, dans d'autres domaines, la jurisprudence n'a pas hésité à retenir une faute sans imputabilité mais le texte est clair et la faute cause de divorce ne peut être ramenée à la faute de droit commun. Ce n'est qu'en adhérant à la notion de faute objective qu'on peut sortir de ce dilemme. Il resterait à organiser les conséquences d'un tel divorce et, notamment s'il y avait des enfants, les droits d'autorité parentale et de visite. Ce ne sera pas la moindre des difficultés (V. *infra* n°

18).

Il est aussi permis de proposer autre chose que le divorce dans un cas de ce genre. On est peut-être en présence de la notion de caducité dont la doctrine la plus autorisée estime (J. Ghestin, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation*, n° 725) qu'elle «

sanctionne la perte d'un élément essentiel à la validité du contrat par la survenance d'un événement postérieur à sa formation et indépendant de la volonté des parties ». Le tribunal qui accepte le changement de sexe constaterait d'emblée la caducité du mariage. On ne peut tout de même se dissimuler les obstacles et les incertitudes sur cette voie. Ils tiennent d'abord aux discussions sur la notion même de caducité, les opinions doctrinales étant relativement variées sur ce point et à son régime juridique, notamment le point de savoir si la caducité a un effet rétroactif ou non (Ghestin, préc. *eod. loc.*). Il serait, dans ce cas, évidemment préférable de conclure à la non rétroactivité afin que les conséquences soient autant que possible celles d'un divorce. Ils tiennent ensuite au fait que le mariage n'est pas un contrat et que la caducité ne lui a jamais été appliquée. L'obstacle est contournable car si le mariage n'est pas un contrat c'est à tout le moins un acte juridique et à problème nouveau, réponse nouvelle. Finalement la seule véritable objection tient à la condition d'un changement « indépendant de

la volonté des parties » et l'on revient aux prémisses du raisonnement (1).

Mots clés :
ETAT ET CAPACITE DES PERSONNES * Transsexualisme * Vie privée * Rectification