

Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2012 p. 1648

Transsexualisme : l'irréversibilité en question

François Vialla, Professeur, Université de Pau et des Pays de l'Adour

Nam quae femina nuper eras, puer es ! (1)

La question de l'identité de genre (2), et celle de la possible modification du « sexe » sont de celles que notre droit est rétif à aborder. Les vers d'Ovide (3) nous conduisent à percevoir que la question n'est pas née de manière contemporaine. La *summa divisio* de l'humanité conduit à assigner, à la naissance, un sexe (mâle/femelle) qui est aussi, dans nos sociétés (4), notre genre (masculin/féminin). Cette distinction conduit alors davantage à opposer qu'à classer les deux moitiés de l'humanité (5).

L'approche des contours du corps se révèle, aujourd'hui encore, complexe pour le juriste (6), et, en l'absence de définition légale, la question de l'abord juridique du sexe et du genre apparaît délicate et hésitante (7). Remarquons que la notion d'état des personnes fait, elle aussi, l'objet d'approches fluctuantes.

L'étude du transsexualisme, et plus généralement de la transidentité, se révèle souvent source de confusions. Il conviendrait pourtant de bien distinguer : « *Genre, de Transgenre, de dysphorie de genre, d'Identité et d'interidentité, de transidentité et de transsexualisme. Réalités voisines, voire imbriquées, sans pour autant être unies par une synonymie conceptuelle, ces ensembles induisent des situations impliquant des personnes et influent sur leurs existences. Médecins, juristes et corps social doivent d'abord comprendre avant d'envisager de poser un cadre* » (8).

La position du droit français semblait fixée avec les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation (9). On se souvient que cette évolution fut quelque peu contrainte par la position de la CEDH (10). Les conditions émises par la Cour de cassation étaient cependant inscrites dans une logique pathologique et une nécessaire réassignation chirurgicale synonyme d'agénésie.

La transidentité est au demeurant une question qui divise au-delà du droit. On sait que son abord est souvent ancré dans une dimension psychiatrique. Ainsi en est-il pour l'OMS dans sa *Classification Internationale des Maladies*, mais aussi pour l'American Psychiatric Association et son très contesté *Diagnostical and Statistical Manual of Mental Disorders*. La France, quant à elle, intégrait la transidentité dans l'Affection Longue Durée 23 « *troubles anxieux graves* ».

Sous l'influence du droit européen (11), l'approche juridique de la question évolua. En 2010 s'opéra une rupture avec la logique de psychiatisation (12). Cette même année, une circulaire du 14 mai (13) laissait entrevoir la possibilité d'une évolution prétorienne sur la question du changement de sexe à l'état civil. Il était en effet précisé qu'un tel changement n'impliquait pas obligatoirement une « réassignation » chirurgicale dès lors que serait établi son caractère irréversible.

Les débats ont alors rebondi sur la question de l'irréversibilité et sur l'acceptation qu'il convenait d'en avoir (14). L'ouverture opérée par la circulaire de 2010 permit à un courant prétorien d'avoir une conception étendue du caractère irréversible (I). Loin de faire consensus, cette approche était combattue par d'autres juridictions. Les positions opposées adoptées par les magistrats du fond laissaient envisager une prise de position de la Cour de cassation. C'est désormais chose faite, la haute juridiction s'inscrivant dans une approche des plus limitatives (II).

I - Une approche étendue de l'irréversibilité

Influencée par les travaux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (15), la Haute autorité de santé (HAS) fut conduite à aborder la question de l'irréversibilité (16). Elle s'inscrit

sur ce point dans un courant « limitatif » où la dimension médicale domine ¶(17).

A la suite de questions parlementaires ¶(18), la perspective d'une évolution de la question fut perceptible. M^{me} la garde des Sceaux précisait ¶(19) que : « *L'opération de réassignation sexuelle ne doit pas être systématiquement exigée dès lors que le demandeur apporte la preuve qu'il a suivi des traitements médico-chirurgicaux (hormonothérapie, chirurgie plastique...) ayant pour effet de rendre irréversible le changement de sexe et de lui conférer une apparence physique et un comportement social correspondant au sexe qu'il revendique* ».

Une circulaire du 14 mai 2010 ¶(20) vint préciser un certain nombre d'éléments. Est tout d'abord dressé le constat d'absence de législation, source d'insécurité juridique. Il est noté que si certains magistrats exigent la « réassignation », d'autres ne l'imposent plus. Le texte ajoute que les arrêts de 1992 sont datés si l'on envisage les évolutions de la science médicale, sur le point des traitements hormonaux notamment. Il est par conséquent recommandé de « *donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèse ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux* ».

On le voit, l'évolution est notable mais elle se cantonne dans une approche strictement pathologique et médicale de la question. Comme le remarquait M. Reigné ¶(21), « *Les personnes qui veulent changer juridiquement de genre le payeront donc de leur fécondité. Cette solution eugénique n'honore pas le droit français* », et il ajoutait, « *quel rapport logique existe-t-il d'ailleurs entre l'intervention du juge et l'irréversibilité du traitement médical ? Comment le droit au respect de la vie privée peut-il dépendre, dans son application, du métabolisme de chacun* » ?

C'est sur cette question complexe de l'irréversibilité qu'avait à se prononcer la cour de Versailles ¶(22) (22 mars 2012, n° 11/03116). Le parcours transidentitaire de Laurent B. est attesté sur le plan médical et social. Ainsi de nombreux documents médicaux permettent de suivre le lourd parcours imposé : travail psychologique auprès d'une clinicienne psychologue, traitement hormonal féminisant, épilation définitive du visage et du corps, séances de rééducation vocale...

Il est cependant un point remarquable dans cette affaire puisque l'expert « *conclut, en réponse à la question qui lui était posée de savoir si le traitement suivi présentait un caractère irréversible, que "le traitement suivi ne présente pas un caractère irréversible dès lors qu'il est à craindre que l'arrêt du traitement suivi est susceptible de redonner à Patricia B. ses caractéristiques masculines et que seule une castration chirurgicale permettrait la conservation d'un état féminisé durable"* ». On le voit, pour l'homme de l'art, l'irréversibilité rend incontournable la réassignation chirurgicale et la castration !

Les magistrats versaillais vont prendre une tout autre position, en ancrant davantage leur raisonnement dans le droit des patients et la sécurité sanitaire que dans l'indisponibilité de l'état des personnes. Ils relèvent que la personne « *énonce qu'elle n'entend pas se soumettre à une intervention de réassignation sexuelle compte tenu des aléas de cette chirurgie ; qu'elle fait justement valoir que le respect dû à son intégrité physique s'oppose à ce que lui soit imposée toute mutilation corporelle* ». Le point est notable, la cour rappelle que le consentement requis induit le droit à ne consentir point. Rappelons encore les propos de M. Hammarberg : « *Le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou toute autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions* » ¶(23).

La cour considère alors « *qu'il s'infère de l'ensemble des éléments du dossier et en particulier des constatations médicales, que le processus de changement de sexe engagé depuis de nombreuses années par Laurent B., [...] qui ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et qui a pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe auquel correspond son comportement social, présente un caractère irréversible* ».

Inévitablement, il sera reproché à la cour de Versailles de laisser une place trop importante à

l'autonomie de la volonté (24) et de remettre en cause le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Remarquons cependant que l'indisponibilité ne saurait être synonyme d'immutabilité. Notons ensuite que la lecture des décisions laisse entrevoir que la volonté des personnes inscrites dans un parcours transidentitaire ne semble pas intervenir *a priori* dans leur démarche, mais bien davantage *a posteriori*, lorsque la dysphorie de genre est identifiée, qu'elle est expliquée et qu'un accompagnement est proposé.

Loin d'être unanimement partagée, cette décision de la cour de Versailles est contredite par la position adoptée par d'autres juridictions du fond, mais surtout par celle choisie le 7 juin par la Cour de cassation.

II - Une approche restrictive de l'irréversibilité

La cour de Limoges (25) (20 mars 2012, n° 10/01188), qui devait étudier la demande de Jean-Pierre M., a rejeté le caractère irréversible du changement, tout en admettant qu'il « *présentait le syndrome de transsexualisme* ».

Les éléments du dossier permettaient d'établir que Jean-Pierre M. s'inscrivait depuis plusieurs années dans un parcours de changement de genre. Il était notamment suivi sur le plan psychiatrique et endocrinologique (26). En outre il était engagé dans un « *processus hormono-chirurgical de réassignation sexuelle* » et produisait en ce sens un certificat médical cosigné par un endocrinologue, un psychiatre et un chirurgien ! Au-delà de la dimension médicale, il semble qu'il était aussi considéré comme une femme dans le cadre administratif et dans son environnement social.

En dépit de ces éléments, la cour affirmera que l'irréversibilité n'est pas établie, elle refusera donc le changement d'état mais aussi le changement de prénom ! Son raisonnement est sciemment circonscrit dans un abord objectif de l'irréversibilité où les réalités physiques et physiologiques semblent être les seules prises en considération.

Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 7 juin dernier s'inscrivent, eux aussi, dans une approche particulièrement limitative de l'irréversibilité. Ils concernent deux personnes transgenres, l'une dans un parcours FtM (27), l'autre dans un cheminement MtF (28).

Dans ses deux décisions, la Cour de cassation pose une double exigence. Il convient, tout d'abord, d'établir « *au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel* ». Il faut, ensuite, apporter la preuve du « *caractère irréversible de la transformation de son apparence* ».

Dans la première affaire, la personne avait produit de nombreux documents médicaux et la Cour de cassation relève, notamment, « *qu'elle avait subi une mastectomie totale avec greffe des aréoles et suivait un traitement hormonal* ». Permettons-nous de rappeler que le sens des suffixes *tomie* (29) voire *ectomie* (30), semble suffisamment explicite sur le caractère irréversible de certains actes réalisés à la lumière des termes de la circulaire du 14 mai 2010 (31).

Dans la seconde affaire, la personne avait, là encore, produit « *à l'appui de sa demande, divers certificats médicaux émanant de praticiens français et étrangers, dont l'un faisait état d'une intervention chirurgicale de "réassignation" sexuelle réalisée en Thaïlande le 3 juillet 2008 à la clinique B...* ».

La Cour de cassation rejettera cependant les pourvois dans les deux affaires. La position de la haute juridiction semble particulièrement restrictive. Plusieurs éléments d'explication peuvent être envisagés.

Il est probable, tout d'abord, que la Cour de cassation considère qu'une évolution marquée en la matière ne peut être opérée sur la base d'une « simple » circulaire et qu'il appartient au législateur de prendre position sur une question qui met en conflit l'état, le droit des personnes et le respect dû au corps humain (32).

La Cour de cassation semble, par ailleurs, implicitement considérer que la question de

l'irréversibilité doit être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle fait alors sienne la position de la HAS (33) : « *Qu'entend-on par transsexualisme irréversible ? La réponse à cette question se situe ici sur un plan médical, et non plus juridique* ». Ce faisant, l'irréversibilité n'est pas considérée comme une question de droit. Pour autant, il paraît très restrictif de la circonscrire dans une dimension exclusivement médicale et pathologique au mépris de toute considération sociale et psychosociale.

Il semble, enfin, que la justification puisse être trouvée dans le refus émis par la personne, dans les deux affaires, de se soumettre à une expertise. Le débat se « *crystallise* », donc, sur le plan judiciaire sur le recours à une expertise. Il convient ici de rappeler que la circulaire du 14 mai 2010 constatait l'existence de dérives sur ce point particulier. Fort de ce constat, elle recommandait de les limiter aux situations où « *les éléments fournis révèlent un doute sur la réalité du transsexualisme du demandeur* » (34). A l'occasion de plusieurs questions parlementaires, le sujet de l'expertise avait déjà été évoqué et leur limitation semblait être souhaitée (35). A ce stade, il convient de revenir sur l'arrêt de la cour de Montpellier qui, dans sa décision (27 sept. 2010, n° 09/08494) objet du pourvoi dans la seconde affaire, avait affirmé que « *la réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire. Cette interprétation ne peut être modifiée par une circulaire. C'est donc à bon droit que les premiers juges ont ordonné une expertise et, sur le refus de l'intéressée de s'y soumettre, ont rejeté sa demande* » ! La circulaire de la Direction des affaires civiles et du Sceau est considérée comme ne liant pas la cour d'appel, contrairement à la position de l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Implicitement, la jurisprudence est considérée comme une véritable source du droit, ce que n'est pas la réglementation émanant du ministère. En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation admet l'argument. Cet élément nous semble renforcer l'hypothèse selon laquelle les arrêts rendus le 7 juin sont aussi un appel à l'intervention législative.

Comme nous le notions, « *de telles investigations expertales sont particulièrement invasives tant sur le plan de l'intimité psychique que sur le plan de l'intégrité physique. Lorsqu'elles sont menées il conviendrait de s'assurer que des principes de base du droit des patients soient respectés. Le respect du secret des informations concernant la personne, notamment, conduit à s'interroger sur la pratique révélée "d'enquêtes" auprès de l'entourage familial, amical, professionnel...* » (36). Sur ce point, le commissaire européen aux droits de l'homme s'était ému que : « *D'après les informations dont on dispose, les personnes transgenres sont obligées de subir des examens génitaux réalisés par des psychiatres* » (37). La cour d'appel de Montpellier (préc.) balaie l'argument en affirmant que « *les opérations d'expertise peuvent être menées avec tact par un expert particulièrement averti de ces questions et ne peuvent s'analyser en une atteinte à l'intimité de la vie privée* ».

A l'issue de ce bref tour d'horizon d'une question complexe, il convient de rappeler que le débat n'est pas clos. D'autres pourvois seront bientôt étudiés, la CEDH devrait aussi être appelée à se prononcer. Le Parlement pourrait lui aussi se saisir de la question.

Mots clés :

ACTE DE L'ETAT CIVIL * Acte de naissance * Rectification * Transsexualisme * Vie privée * Respect
VIE PRIVEE * Intimité * Sexualité * Transsexualisme * Etat civil * Rectification

(1) « *En effet, toi naguère fille, tu es un garçon !* », Ovide, *Les métamorphoses*, 9-785/790, Bibliotheca Classica Selecta - Traductions françaises, <http://bcs.fltr.ucl.ac.be/metam/met09/m09-666-797.htm> ; V. F. Vialla, *Iphis ou Atalante*, la transidentité saisie par le droit, in *Regards croisés sur le genre, Les assises du corps transformé*, Les Etudes Hospitalières 2010, p. 213 s.

(2) Sur la théorie du genre V. R. Stoller, *Sex and Gender*, éd. Science House, New York, 1968, t. 1 ; *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Gallimard, 1978 ; S. W. Hinze et A. D. Gaines, *A conference on the transformed body*, Préface des *Assises du corps transformé*, 4
Regards croisés sur le genre, op. cit., p. 11 s.

(3) V. encore Ovide, *Les métamorphoses*, Livre III, Légendes thébaines, Tiresias, 3, 316-338 ; V. B. Pérez-Jean, Les mamelles de Tirésias : hermaphrodismes et métamorphoses dans l'Antiquité gréco-romaine, *in* Regards croisés sur le genre, *op. cit.*, p. 143 s.



(4) Il n'en est pas toujours de même, V. L. Héroult, De la transition transsexuelle aux rites transgenres amérindiens, *in* Regards croisés sur le genre, *op. cit.*, p. 47 s.







(5) E. Badinter, *Fausse route*, Odile Jacob, p. 196 ; F. Vialla, Du sexe au genre, JCP 2012. 122, p. 230.

(6) V. J.-C. Galloux, Le corps humain dans le code civil, *in* 1804-2004, *Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 381.

(7) On peine parfois à distinguer *sexe et genre* : V. P. Reigné, Sexe, genre et état des personnes, JCP 2010. 1140 ; M. Gobert, Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister, JCP 1990. I. 3475, n° 19 ; F. Vialla *et alii*, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2009, p. 112 s. ; L. Lambert-Garrel, Le transsexualisme en droit interne français, *in* Regards croisés sur le genre, *op. cit.*, p. 177 s.

(8) F. Vialla, *Iphis ou Atalante*, *in* Regards croisés sur le genre, *op. cit.*, p. 221.

(9) Cass., ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373, D. 1993. 1  ; GAJC, 12^e éd., 2007, n° 25-26 ; RTD civ. 1993. 97, obs. J. Hauser  ; JCP 1993. II. 21991, concl. M. Jéol et note G. Mémeteau ; Gaz.Pal. 1993. 1. 180, concl. M. Jéol.

(10) CEDH 25 mars 1992, n° 13343/87, *France*, D. 1993. 101  , note J.-P. Marguénaud  , 1992. 323, chron. C. Lombois  , et 325, obs. J.-F. Renucci  ; RTD civ. 1992. 540, obs. J. Hauser  ; AJDA 1992. 416, chron. J.-F. Flauss  ; JCP 1992. II. 21955, note T. Garé ; F. Vialla, Le droit français sous influence ?, *in* *La mondialisation du droit*, dir. M. Bélanger, préf. A. Laude, Les Etudes Hospitalières, 2011, p. 151 s.

(11) V. T. Hammarberg, doc. de synthèse 2009, Droits de l'homme et identité de genre, <https://wcd.coe.int>.

(12) Décr. n° 2010-125, 8 févr. 2010 ; Rev. dr. et santé 2010, n° 35, Transition. 210.

(13) Circ. DACS n° CIV/07/10, 14 mai 2010 ; V. Rev. dr. et santé 2010, n° 36, Droit en transition... suite. 379.

(14) V. P. Reigné, Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme, note ss. Nancy, 11 oct. 2010, JCP 2010. 1205 ; F. Vialla, Du sexe au genre, préc., p. 230 ; Transidentité, Rev. dr. et santé 2011, n° 42, p. 442, obs. ss. Nancy, 3 janv. 2011, n° 09/00931 et 11 oct. 2010, n° 09/02179, Paris, 4 févr. 2010, n° 09/21756, et 27 janv. 2011, n° 10/04525.

(15) V. not. Recomm. n° 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; P. ⁵

Reigné, La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence, JCP 2011 480 ; F. Vialla, Le droit français sous influence ?, *op. cit.*, p. 151 s.

(16) HAS, Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, nov. 2009, p. 47 ; http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport_transsexualisme.pdf.

(17) « Certains spécialistes parlent de transsexualisme irréversible à partir de la mise en place de l'hormonothérapie de dévirilisation/défématisation, ce traitement gommant certains aspects physiologiques, notamment la fécondité, d'une façon qui peut être irréversible ».

(18) V. par ex. M. J.-L. Pérat ; Question n° 65910, JOAN Q, 8 déc. 2009, p. 11633 ; Réponse publiée au JO le 2 mars 2010, p. 2452 ; Rev. dr. et santé 2010, n° 35, Transition. 210 s.


(19) V. F. Vialla, Rev. dr. et santé 2010, n° 35, Transition. 211.

(20) Cir. DACS n° CIV/07/10, préc. ; V. Rev. dr. et santé 2010, n° 36, Droit en transition... suite. 379.

(21) P. Reigné, La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence, préc.

(22) Obs. F. Vialla, En attendant la Cour de cassation, JCP 2012. 697, p. 1155.

(23) Doc. de synthèse, préc., p. 18.

(24) V. J. Hauser, Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms, RTD civ. 2010. 759 .

(25) Obs. F. Vialla, préc. note 22.

(26) Le médecin-conseil de l'assurance maladie avait validé un protocole d'hormonothérapie « *au long cours* ».

(27) *Female to male*, arrêt du 7 juin 2012, n° 11-22.490.

(28) *Male to female*, arrêt du 7 juin 2012, n° 10-26.947.

(29) Du grec, *tomê* - coupe, incision -, de *temnein* - couper -.

(30) Du grec, *ektemnein* - exciser -, composé du préfixe *ek*, - hors de -, et de *temnein* - couper - qui en chirurgie indique l'ablation ou l'excision d'un organe : présent, notamment, dans l'acte de *mastectomie*.

(31) Circ. DACS n° CIV/07/10, préc.

(32) On sait que le Sénat étudie la question, La modification de la mention du sexe à l'état civil, Etude de législation comparée n° 223, 14 mai 2012.

(33) HAS, Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, préc., p. 47.

(34) Remarquons cependant que dans sa récente réponse ministérielle (JO Sénat, 29 mars 2012, p. 796), le ministre de la justice et des libertés remarquait que : « *Suite à la diffusion de cette circulaire, une enquête réalisée auprès des parquets généraux pour la période du 14 mai au 31 décembre 2010 permet de constater que sur 127 requêtes en changement de sexe déposées devant les tribunaux de grande instance, les juridictions n'ont ordonné que 21 mesures d'instruction, ce qui représente un pourcentage de 16,5 %* ».

(35) M. Pérat évoquait ainsi des « *expertises médicales humiliantes et coûteuses* », Question n° 65910, JO 8 déc. 2009, p. 11633 ; Réponse JO 2 mars 2010, p. 2452 ; L. Chatel, porte-parole du gouvernement, « *le ministre entend simplifier les démarches en écartant le recours systématique aux expertises* », JO Sénat Q, 19 mai 2010, p. 3402 ; Question n° 0832S, M. Blondin? JO Sénat Q, 25 févr. 2010, p. 411 ; Réponse JO Sénat, 29 mars 2012, p. 796 ; Question écrite n° 21624, M. Blondin, JO Sénat, 22 déc. 2011, p. 3261 : « *La circulaire propose en outre de ne solliciter une mesure d'expertise que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur* » ; F. Vialla, Rev. dr. et santé 2010, n° 35, Transition. 210 s. ; V. J. Hauser, préc., RTD civ. 2010 759 ; V. M. Bruggeman, Transsexualisme et changement de l'état civil : des évolutions jurisprudentielles à prévoir ?, Dr. fam. 2010. Alerte 50.

(36) F. Vialla, *Iphis ou Atalante...*, op. cit., p. 244.

(37) Document de synthèse rédigé par le commissaire Hammarberg en 2009, Droits de l'homme et identité de genre, p. 27.