

## L'identité sexuelle

Jean Hauser, Professeur à la faculté de droit de Bordeaux

Ce n'est pas le plus mince paradoxe de notre temps que l'on apprenne en même temps que le sexe des embryons humains peut être déterminé trois jours seulement après la fécondation et que certains adultes vivent encore dans l'incertitude sur leur appartenance sexuelle. Au fond le sage serait tenté de dire : qu'ils vivent en fait comme ils l'entendent. Mais notre époque est trop soucieuse d'image et de reconnaissance sociale pour qu'on se contente d'un sexe de fait. La possibilité implicite mais évidente d'un prénom de fait, celle consacrée par la loi d'un nom d'usage n'ont pas tari les demandes de changement de prénom ou de nom : on ne s'en tirera pas ici avec un sexe d'usage ! Ceux qui revendiquent la légitimité juridique en ont d'autant plus besoin que leur équilibre est perturbé et d'aucuns pourront s'étonner de voir qu'alors que le mariage est encore souvent boudé par ses sujets habituels, le droit au mariage est revendiqué haut et fort pas des homosexuels ou des transsexuels.

Les lecteurs de cette *Revue* savent déjà tout sur l'historique de la question (V. l'étude complète menée par M<sup>me</sup> Rubellin-Devichi, cette *Revue*, 1989.721 et s.) et n'ignorent donc pas qu'en 1975, 1987 et 1989, la Cour de cassation n'avait pas réussi à dire clairement ce qu'il en était. Ce serait chose faite avec les 4 arrêts rendus par la première chambre civile le 21 mai 1990 (*JCP* 1991.II.21588, concl. Flipo, rap. Massip, *Gaz. Pal.* 16-17 janv.

1991, p. 21, concl. Flipo, *D.* 1991.J.169, rapp . Massip). Trois de ces arrêts concernant des transsexuels reproduisent une formule qui a l'allure des déclarations de principe « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé », le 4<sup>e</sup> se borne à constater que l'état de transsexualisme n'était pas constaté en l'espèce. La cause est donc entendue et « le non de la Cour de cassation est sans ambiguïté » (M. Gobert, « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister », *JCP* 1991.I.3475). Certes mais le passé, la motivation des arrêts (peu convaincante selon M<sup>me</sup> Gobert, chron. préc. n° 22), et l'ombre de l'Europe méritent qu'on établisse un argumentaire rapide hors de toutes les discussions déjà magistralement développées.

Contre, puisque ce fut historiquement la première réponse, se présentent des arguments de fait et de droit. On retiendra tout d'abord l'idée qu'il n'y a pas de vrai changement car la technique médicale ne le permet pas. L'invasion du droit par la médecine a conduit à ne nous faire grâce d'aucun détail et le dernier lecteur des revues juridiques sait tout ou presque sur la question. Il n'y a pas de changement juridique possible parce qu'il n'y a pas de changement, tout simplement. Entraînée par les conclusions de M<sup>me</sup> l'avocat général Flippo c'est l'argument central de la Cour de cassation mais aussi celui que l'on peut trouver insuffisant. Toujours dans les arguments de fait, et pour prévenir toute discussion sur la « réalité » du changement qu'elle dénie, la Cour balaie d'un revers l'autorité d'une vérité médicale dont le danger était évident, tant la question est scientifiquement discutée. L'affirmation réjouira les auteurs qui pensent que la nature des choses n'est pas source de droit et déplorent l'asservissement de la décision juridique à la tyrannie des sciences dites exactes. C'est encore un argument de fait que l'on rencontre en réponse à l'admonestation éventuelle de ceux qui veulent seulement soigner : le droit n'est pas une thérapeutique et M. Massip de noter à propos des médecins « pour eux le problème est d'améliorer l'état du transsexuel : leur approche est médicale et thérapeutique ». Le droit retrouve son empire avec l'armement classique de l'indisponibilité de l'état et surtout avec les risques que comporterait la solution permissive. Le changement officiel permettrait le mariage, ce que recherchent sans aucun doute certains demandeurs et ce qui retire une part d'intérêt aux succédanés de solution du type changement de prénom ou changement de l'apparence administrative (la solution empirique britannique exposée par M. Massip qui en mesure les limites), avec éventuellement la fondation d'une famille par la voie de l'adoption. Enfin planent toujours les risques plus précis d'atteintes à l'ordre public et de changements provoqués par un tiers (V. déjà obs. M<sup>me</sup> Rubellin-Devichi, cette *Revue* 1981.845, n° 18 et Suétone, *Les Douzes Césars*, Néron XXVIII : *puerum Sporum, exsectis testibus, etiam in muliebrum naturam transfigurare conatus est*).

Pour l'admission d'un changement juridique du sexe à l'état civil on peut reprendre l'exposé en sens inverse. Est-il encore temps de s'arc-bouter sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes contesté, et à notre sens de façon beaucoup plus inquiétante, jusque dans les techniques de procréation.

L'opposition des présents arrêts avec ceux de la cour de Paris du 15 juin 1990 dans les maternités de substitution (cette *Revue* 1990.458, obs. J.

Rubellin-Devichi , D. 1990.J.540, note F. Boulanger , *JCP* 1991.II.21653, note Edelman et Labrusse-Riou) est philosophiquement évidente : pour la Cour de cassation l'homme subit son

sexe naturel, pour la cour de Paris le temps d'une liberté de procréation face à la nature est venu. Quel que soit l'avenir de cette dernière affirmation il y a eu une certaine cohérence pour la Cour de cassation à censurer le 31 mai 1991 la cour de Paris en refusant ainsi (V. les lumineux développements de MM. Edelman et Labrusse-Riou) le « droit naturel moderne » dont on veut nous gratifier. Mais cette cohérence ne serait qu'apparente. Le droit « naturel » de la procréation repose sur la protection de l'autre, l'enfant qui va naître de l'avenir duquel personne ne peut disposer par avance, le droit « naturel » de la détermination sexuelle ne met en cause que l'intéressé. Dans le premier cas, pour reprendre une distinction traditionnelle en droit des conventions, c'est l'ordre public de protection qui intervient, dans le second c'est l'ordre public de direction traditionnel qui rattache la détermination du sexe à l'intangibilité de l'état. Conscient de la fragilité du rattachement on a parfois insisté sur les effets dangereux d'une jurisprudence ou d'une loi permissive en ce qu'elles provoqueraient un accroissement des demandes (rap. Braibant sur le transsexualisme) à la lumière de certaines expériences étrangères.

Les risques de trouble à l'ordre public sont-ils à ce point qu'ils justifient un refus sans nuance du droit ? N'y a-t-il pas d'autres moyens de les prévenir, par exemple par une procédure adaptée ? L'objection tirée du droit au mariage est évidemment plus délicate. Il est certain que, quoi qu'on ait parfois écrit, le sexe pris en considération en vue du mariage ne peut être que le sexe légal (J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Fondation et vie de la famille*, n° 129) et qu'une fois admis le changement à l'état civil la possibilité de mariage est de droit. Mais n'est-ce pas finalement mal poser le problème que de discuter à ce propos du mariage entre personnes de même sexe et de la permissivité éventuelle de certaines législations ? Car si changement de sexe il y a la question est réglée. De plus est-ce bien opportun d'utiliser un raisonnement récurrent à partir du mariage dans ce cas ? Notre conception du mariage, fort désincarnée, peu soucieuse des relations sexuelles, longtemps réticente devant des erreurs pourtant essentielles sur ce point, indifférente à la consommation, ne nous autorise guère à l'utiliser pour prohiber le mariage d'une personne qui aurait changé de sexe à l'état civil même si son sexe réel demeure biologiquement différent. C'est bien au plan du fait qu'on se trouve de nouveau renvoyé. L'on y retrouve alors un débat inévitable dont la Cour de cassation a voulu faire l'économie fût-ce au prix d'une fiction juridique de sexe. Sans doute le changement physique complet est-il inconcevable mais peut-on négliger toutes les autres dimensions et notamment la simple apparence et en même temps oublier que le droit des personnes n'ignore pas la vérité sociologique ? Il est bien vrai comme l'écrit M<sup>me</sup> Gobert, que « toute l'ambiguïté de la réponse de la Cour de cassation à la question posée vient de ce qu'elle a identifié le sexe à une de ses composantes » et qu'il eût été préférable de parler d'identité sexuelle.

Est-il enfin vraiment exact que le droit moderne n'a pas de finalité thérapeutique individuelle ? On en doutera. Le divorce de 1975 a une finalité de remède avouée et l'on sait bien que l'enrichissement de ses options a correspondu au voeu d'aboutir au meilleur divorce pour chacun. Tout le droit de l'enfant n'a-t-il pas vocation à assurer le bonheur de celui-ci, son « bien-être » comme le prévoit expressément la convention internationale relative aux droits de l'enfant (préambule et art. 3). Il est pour le moins anachronique de soutenir que le droit des personnes et de la famille de cette fin du XX<sup>e</sup> siècle n'aurait pas pour finalité le bonheur individuel. Mieux même, c'est ce qui lui est parfois reproché par ceux qui sont nostalgiques d'un droit plus hiératique où les valeurs venaient d'en haut. Pourquoi le changement de sexe, somme tout socialement et quantitativement moins grave que le divorce, échapperait-il à l'évolution ? On devine que, derrière une apparence morale, c'est sans doute l'impression de toucher à l'oeuvre de la nature qui explique cette exception. Mais c'est déjà chose faite dans l'adoption plénière, dans les procréations assistées avec d'autres conséquences parfois bien plus critiquables et le droit classique de la filiation n'hésitait pas à en prendre à son aise avec les réalités biologiques pour assurer finalement la stabilité de la famille, gage du bonheur des individus. Alors, en dernière analyse est-ce parce qu'il s'agit du sexe ?

Etait-il vraiment impossible de distinguer, recours classique du juriste ? C'est là, mais là seulement, que le doute peut s'introduire à la lecture des arrêts du 21 mai 1990 car la référence aux « opérations auxquelles elle s'est soumise » s'oppose, dans la dernière espèce, au « résultat d'opérations qu'elle a voulues ». Certes ce ne sont que références aux constatations des arrêts d'appel mais suffisantes pour conduire M<sup>me</sup> Gobert à conclure « que l'on est passé d'un mauvais critère expressément dégagé, mais inutilisable, à un bon critère implicitement exprimé, mais qui n'a pas été utilisé ». Ce dernier critère des opérations, conséquences subies d'un état antérieur et des opérations voulues constituait sans doute la seule distinction concevable, encore que d'un maniement difficile.

Quand le droit interne est défaillant, il est tentant d'en appeler au supranational. Dans l'une des affaires (*Botella*) la question avait été portée devant les juridictions européennes pour violation de l'article 8 de la Convention et le rapport de la Commission conclut à la condamnation de la position française. Pour autant la position de la Cour européenne des droits de l'homme ne conduit pas à une solution de ce type. Dans l'affaire *Cossey* jugée le 27 septembre 1990 (*Bull. inf. C. cass.* 1<sup>er</sup> mars 1991, p. 1) la Cour juge encore que ne constitue pas une violation des articles 8 et 12 de la Convention, l'impossibilité pour une transsexuelle, se

prétendant convertie au sexe féminin grâce à une intervention chirurgicale, d'obtenir un certificat de naissance lui attribuant le sexe féminin et de contracter valablement mariage avec un homme. Faut-il préférer la conclusion de la Commission selon laquelle les conséquences découlant du refus des autorités françaises sont « disproportionnées par rapport à une conception figée de l'intérêt général » ? La vérité européenne ne sera peut-être pas au rendez-vous et sans doute faudra-t-il la rechercher encore dans notre droit ou en nous-mêmes ?

**Mots clés :**

**ETAT ET CAPACITE DES PERSONNES** \* Actes de l'état civil \*

Transsexualisme