

Les transsexuels opérés ont droit à leur conversion sexuelle sur le plan juridique et droit au mariage

Corneliu Birisan

Le droit à la vie privée (art. 8 Conv. EDH, 1re espèce)

1 - Ces deux arrêts marquent clairement un changement tout à fait notable de la jurisprudence de la Cour concernant le statut juridique des transsexuels. On pouvait même dire que les opinions dissidentes, amplement argumentées dans les affaires précédentes en la matière (cf. arrêts CEDH 27 sept. 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, Rec. A-184, p. 20 et s. ; 22 avr. 1997, *Royaume-Uni*, Rec. V, p. 639 et s. ; D. 1997, Jur. p. 583, note S. Grataloup, et Somm. p. 362, obs. N. Fricero⁽¹⁾ ; 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, Rec. V, p. 2037 et s. ; D. 1998, Somm. p. 370, obs. J.-F. Renucci⁽²⁾) ont eu cette fois-ci gain de cause. De surcroît, il s'agit d'arrêts de la Grande chambre, adoptés à l'unanimité.

2 - Au-delà des quelques différences entre la situation de chacune d'entre elles, la Cour a retenu dans la première espèce que les requérantes, déclarées de sexe masculin à leur naissance, ont subi une opération de conversion sexuelle et mènent depuis une vie sociale de femme mais, sur le plan juridique, elles restent des hommes, puisque la législation britannique continue à ne pas reconnaître une telle conversion. Cette situation a eu et a encore des répercussions négatives sur leurs vies, chaque fois que le sexe revêt une pertinence juridique et que des distinctions sont opérées entre hommes et femmes, par exemple pour les pensions et l'âge d'admission à la retraite. Les requérantes invoquent la violation de l'art. 8 de la Convention, parce que, malgré les avertissements de la Cour quant à l'importance de se livrer à un examen constant de la nécessité d'une réforme juridique, le gouvernement britannique n'a toujours pas pris des mesures constructives pour remédier aux souffrances et à la détresse qu'elles-mêmes et d'autres transsexuels opérés éprouvent.

3 - La Cour réaffirme qu'il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de la vie personnelle et que le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le statut social d'un transsexuel opéré et l'impossibilité pour lui de consacrer juridiquement sa conversion sexuelle ne peuvent pas être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité ; il s'agit d'un « conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété ». Elle constate que la conversion sexuelle des requérantes a été effectuée en toute légalité et prise en charge par le service national de santé, ce qui imposerait, sous l'angle de l'art. 8 de la Convention, une cohérence des pratiques administratives et juridiques internes. Pour la Cour, lorsqu'un Etat autorise et finance tout ou partie d'une opération de conversion sexuelle, il paraît illogique qu'il refuse de reconnaître les implications juridiques du résultat d'une telle opération.

Par ailleurs, les tribunaux internes (cf. aff. *Bellinger c/ Bellinger*, *England and Wales Court of Appeal, Civil division*, 2001, n° 1140, *Family Court reporter*, vol. 3, p. 1) et un groupe de travail interministériel qui a examiné la situation des transsexuels au Royaume-Uni, ont reconnu que, nonobstant les dispositions prises en pratique, ceux-ci se heurtent aux difficultés et aux problèmes auxquels la majorité de la population n'a pas à faire face.

En analysant les aspects médicaux et scientifiques en la matière, la Cour constate que la

sophistication croissante des interventions chirurgicales pour réaliser une conversion sexuelle et les traitements hormonaux qui peuvent être administrés font que le principal aspect de l'identité sexuelle qui reste inchangé est l'élément chromosomique. Or, elle considère qu'il n'est pas évident que cet élément doit inévitablement constituer - à l'exclusion de tout autre - le critère déterminant pour l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels.

De même, s'il est vrai qu'une absence de démarche européenne commune quant à la manière de traiter les conséquences juridiques d'une opération de changement de sexe continue à exister, il ne faut pas oublier que, d'une part, cela peut se comprendre aisément, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques des Etats membres du Conseil de l'Europe ; d'autre part, conformément au principe de subsidiarité, il appartient à chaque Etat contractant de décider sur les mesures à prendre pour assurer la reconnaissance juridique d'une conversion sexuelle, les Etats pouvant avoir sur ce point une large marge d'appréciation. De toute manière, pour la Cour, ce n'est pas l'absence de consensus juridique dans ce domaine qui importe, mais la tendance internationale incontestable vers une acceptation sociale accrue des transsexuels en général et de leur éventuelle reconversion sexuelle. Enfin, même si la Cour a reconnu, par le passé, la grande importance de la nature historique du système britannique d'enregistrement des naissances, le fait que sur le plan interne ont déjà été formulées des propositions de réforme qui tendent à rendre possible en permanence la modification des données relatives à l'état civil, montre bien qu'un tel système peut connaître des adaptations et des changements. Elle ne sous-estime pas les difficultés qui en découlent, non seulement pour l'enregistrement des naissances, mais aussi dans des domaines tels que l'accès aux registres, le droit de la famille, la filiation, la succession la justice pénale, l'emploi, la sécurité sociale et les assurances. Toutefois, ces difficultés peuvent être surmontées par l'adoption des mesures appropriées dans chaque matière concernée.

Or, la Cour constate que, malgré une meilleure acceptation sociale du transsexualisme, l'Etat défendeur n'a adopté aucune mesure concernant la reconnaissance juridique des opérations de conversion sexuelle. Ceci étant, la Cour constate maintenant qu'aucun facteur important d'intérêt public ne s'oppose plus à l'intérêt des requérantes d'obtenir une telle reconnaissance, et que la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait résolument pencher la balance en faveur de celles-ci, ce qui l'amène à la constatation d'un manquement au respect du droit des intéressées à leur vie privée, en violation de l'art. 8 de la Convention.

4 - A notre avis, ces deux arrêts ont encore un mérite : ils établissent une cohérence certaine de la jurisprudence de la Cour en la matière. En effet, rappelons que dans l'affaire *B. c/ France* (25 mars 1992, Rec. A-232-C, p. 28 et s. ; D. 1993, Jur. p. 101, note J.-P. Marguénaud, et Somm. p. 325, obs. J.-F. Renucci¹), la Cour a constaté l'existence d'une violation de l'art. 8 du fait que la requérante, toujours transsexuelle opérée, s'est vue refuser par les autorités nationales la reconnaissance de sa véritable identité sexuelle par la non-inscription de celle-ci dans le registre d'état civil, parce qu'« elle se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect de sa vie privée. Dès lors, même eu égard la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu », et que plusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'Etat défendeur, la Cour n'ayant pas à les indiquer.

Dans cet arrêt, la Cour a mis l'accent sur les différences entre les systèmes français et anglais quant à leur droit et à leur pratique en matière d'état civil, de changement de prénoms, d'emploi des pièces d'identité, etc. (cf. § 19-22, 25, p. 51 et 52 de l'arrêt *B. c/ France*). A propos de l'organisation de l'état civil au Royaume-Uni, la Cour a retenu que les registres ont pour objet non pas de noter l'identité actuelle d'un individu, mais de relater un fait historique. En effet, leur caractère public rendrait illusoire la protection de la vie privée, si on devait les remanier ou compléter avec des « faits nouveaux ». Par contre, en France, les actes de naissance ont la vocation d'être mis à jour tout au long de la vie de la personne concernée. Donc, il apparaît parfaitement concevable qu'on puisse faire mention d'un jugement ordonnant la modification du sexe d'origine. De même, en France, seuls les agents de l'Etat habilités et les personnes munies d'une autorisation du Procureur de la République peuvent accéder aux registres d'état civil. Mais, que ce soit un registre d'état civil à caractère historique comme au Royaume-Uni ou un registre qui constitue un « miroir » des

changements intervenus dans l'état civil d'une personne pendant toute sa vie comme en France, les autorités nationales concernées ont la même obligation positive en cas d'opération de changement de sexe subi par un transsexuel : la reconnaissance sur le plan juridique d'une telle conversion sexuelle ; en d'autres termes, la reconnaissance de tous les effets juridiques sur la vie d'une personne qu'un tel changement peut produire. En fin de compte, il s'agit d'une modification de l'état civil de la personne concernée, en l'espèce un transsexuel. Les effets de cette conversion auront à se produire *ex nunc*. Comme on l'a très bien souligné, une très grande prudence en la matière s'impose, au moins pour sauvegarder les intérêts d'un enfant de la personne opérée, né antérieurement d'un éventuel mariage, ou bien hors mariage (cf. J.-F. Renucci, *Droit européen des Droits de l'Homme*, LGDJ, coll. Manuel, 3e éd., p. 157). C'est d'ailleurs le sens dans lequel s'est prononcé la jurisprudence française en la matière (V. en ce sens *ibid.*, note n° 457).

Le droit au mariage (art. 12 Conv. EDH, 2e espèce)

1 - Les arrêts *Goodwin et I. c/ Royaume-Uni* marquent un évident changement de jurisprudence de la Cour sous l'angle de l'art. 12 de la Convention. Il est d'autant plus important puisque, dans les affaires précédemment jugées en la matière qui ont conclu à une non-violation de cet article, des opinions dissidentes quoique amplement motivées, ont été exprimées seulement dans les deux dernières - *Cossey et Sheffield et Horsham* - et sont restées assez minoritaires. Par contre, des arrêts que nous commentons ont été adoptés par la grande chambre à l'unanimité.

2 - La situation de fait dans les deux affaires est identique, ce qui a conduit la Cour à adopter le même raisonnement et à arriver à la même conclusion : les requérantes, transsexuels opérés, devenues femmes et menant une vie sociale de femme, se trouvent dans l'impossibilité d'épouser chacune leur compagnon respectif du fait que la loi britannique les considère comme des hommes.

3 - En analysant l'application des dispositions de l'art. 12 de la Convention dans les deux cas, la Cour souligne tout d'abord que la première partie de ce texte vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier. Mais elle déclare ne pas être convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer à admettre que les termes utilisés impliquent le fait que le sexe de la personne qui veut se marier doit être déterminé selon des critères uniquement biologiques.

En effet, la Cour retient que depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée, d'une part, par l'évolution de la société, de l'autre, par les progrès de la médecine et de la science, qui ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité.

Nous voyons que dans ces deux affaires, la Cour a constaté la violation de l'art. 8 Conv. EDH, parce que la non-concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne peut plus constituer un motif suffisant pour le refus de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'intéressé. Or, à juste titre, la Cour dit que le droit au respect de la vie privée garanti par l'art. 8 n'englobe toutefois pas l'ensemble des questions qui se posent sur le terrain de l'art. 12, qui mentionne expressément les conditions imposées par des lois nationales à l'exercice du droit au mariage. Par conséquent, elle doit examiner si le fait que le droit national retienne aux fins du mariage uniquement le sexe enregistré à la naissance constitue une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier.

Dans le cas soulevé par la seconde espèce, la Cour constate que les requérantes mènent une vie de femme, entretiennent une relation avec des hommes et souhaitent épouser l'homme avec lequel chacune vit. Or, elles n'ont pas cette possibilité, puisqu'elles continuent à figurer en tant qu'hommes dans les registres des naissances et que le droit britannique ne permet pas de mentionner leur nouvelle identité sexuelle. Ceci étant, pour la Cour, les intéressés peuvent invoquer une atteinte à la substance même de leur droit au mariage.

Le gouvernement britannique a soutenu que, dans ce domaine sensible, le contrôle du respect

des conditions requises par le droit national de se marier doit rester l'apanage des autorités internes, dans le cadre de la marge d'appréciation réservée aux Etats. Toutefois, la Cour constate que les tribunaux internes tendent à penser qu'il serait préférable que ce problème soit traité par le pouvoir législatif, ce qui n'a pas été fait. Pour elle, la reconnaissance de la possibilité pour les transsexuels opérés de se marier n'entre plus dans la marge d'appréciation des Etats contractants, puisque cela reviendrait à conclure que l'éventail des options qui leur sont ouvertes peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice de ce droit ; or cette marge ne saurait être aussi large. Si les Etats contractants restent libres de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir un transsexuel qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que celle-ci est bien prise en compte sur le plan juridique et celles dans lesquelles un éventuel mariage antérieur cesse d'être valable ou encore les formalités applicables à un futur mariage - par exemple les informations à fournir aux futurs époux. Mais au-delà de ces compétences, la Cour ne voit plus aucune raison qui puisse justifier le refus du droit de se marier aux transsexuels opérés, ce qui l'a conduit, dans les deux espèces, à un constat de violation de l'art. 12 de la Convention.

4 - Il est encore plus évident, sous l'angle de l'art. 12 de la Convention, que les effets juridiques d'une opération de conversion sexuelle subie par un transsexuel doivent se produire *ex nunc*, que la date prise en compte soit celle à laquelle le jugement des tribunaux nationaux autorisant une telle opération est devenue définitive au lieu de la date à laquelle il en est fait mention dans les registres d'état civil - solution que nous considérons, d'ailleurs, préférable -, peu importe. A partir d'une telle date, s'il n'a pas encore cessé, l'éventuel mariage antérieur de la personne intéressée cesse. Si des enfants sont nés de ce mariage, ils garderont leur statut (V. J.-F. Renucci, *op. cit.*, p. 157). Même si le nouveau couple ne peut, biologiquement, procréer, à notre avis, il n'y a pas d'obstacle juridique pour qu'on lui reconnaisse le droit à l'adoption.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Vie privée * Transsexualisme * Mariage * Situation juridique